

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CPGD**

Adriano De Bortoli

**Legalidade administrativa e garantia dos direitos fundamentais: a vinculação jurídica da Administração Pública no Estado Constitucional de Direito**

Tese submetida ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio U. Cademartori

Co-orientador: Prof. Dr. José Luis Serrano Moreno

Florianópolis

2011

Catálogo na fonte elaborada pela biblioteca da  
Universidade Federal de Santa Catarina

B7391 De Bortoli, Adriano  
Legalidade administrativa e garantia dos direitos  
fundamentais [tese] : a vinculação jurídica da Administração  
Pública no Estado Constitucional de Direito / Adriano De  
Bortoli; orientador, Sérgio Cademartori, co-orientador, José  
Luis Serrano Moreno. - Florianópolis, SC, 2011.  
205 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina.  
Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em  
Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Direito administrativo. 3. Direitos civis. 4.  
Garantismo jurídico. I. Cademartori, Sérgio. II. Moreno, José  
Luis Serrano. III. Universidade Federal de Santa Catarina.  
Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

CDU 34

Adriano De Bortoli

**Legalidade administrativa e garantia dos direitos fundamentais:** a vinculação jurídica da Administração Pública no Estado Constitucional de Direito

Esta Tese foi julgada adequada para obtenção do Título de “Doutor”, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós Graduação em Direito.

Florianópolis, 06 de maio de 2011.

\_\_\_\_\_  
Prof. Luiz Otávio Pimentel, Dr.  
Coordenador do Curso

**Banca Examinadora:**

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Sérgio Cademartori (orientador)  
Universidade Federal de Santa Catarina

\_\_\_\_\_  
Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Germana de Oliveira Moraes,  
Universidade Federal do Ceará

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira  
Universidade Federal do Rio de Janeiro

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins  
Universidade de Brasília

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender  
Universidade Federal de Santa Catarina



*E ora siedo sul letto del bosco che ormai ha il tuo nome  
ora il tempo è un signore distratto è un bambino che dorme  
ma se ti svegli e hai ancora paura ridammi la mano  
cosa importa se sono caduto se sono lontano  
perché domani sarà un giorno lungo e senza parole  
perché domani sarà un giorno incerto di nuvole e sole  
ma dove dov'è il tuo cuore, ma dove è finito il tuo cuore.*

Fabrizio De Andrè  
Hotel Sopramonte

Por, com e para  
Camila e Olívia.



## AGRADECIMENTOS

Esta tese surgiu em conversas que se misturavam com os finos cortes arredondados de cebola roxa a ser acomodada sobre pedaços pequenos de linguado, salmão e camarão, mergulhados em *salsa* de limão siciliano, sal marinho, gengibre ralado, um pouco de açúcar para suavizar a acidez ascórbica... ..e, é claro, pimenta dedo-de-moça, sem semente, cortada em rodela suficientes para um *picante ceviche*.

Ao interlocutor, orientador, e, acima de tudo, amigo de longa data meus primeiros agradecimentos, pela gratuidade do apoio e da cobrança indispensáveis para o amadurecimento das idéias, das convicções, das dúvidas e opções que se apresentaram durante esses anos de estudo, pesquisa e ... por que não dizer? De muitos encontros e reencontros na mesa próxima à cozinha e com um bom tinto! *Grazie mille*, Sérgio!

Uma grande contribuição para a minha formação durante o curso de doutorado se deu nas disciplinas de História do Direito Público ministradas pelo Prof. Airton Seelaender. A farta bibliografia e o cuidado minucioso com as fontes históricas e a paixão pela docência demonstradas pelo Prof. Airton nessas disciplinas foram a condição sem a qual a reflexão teórica sobre o princípio da legalidade se perderia em dogmatismos históricos reproduzidos pela doutrina do direito público. A ele, e aos demais professores do CPGD que compartilham desse compromisso com o saber, meu reconhecimento de haverem renovado em mim o compromisso com a docência.

Para o levantamento bibliográfico da pesquisa foram indispensáveis dois apoios. O do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) por meio do apoio financeiro para o projeto "O controle jurisdicional do Poder Executivo no Estado Constitucional de Direito entre a atuação política e a garantia dos direitos fundamentais" que possibilitou a compra de acervo bibliográfico precioso para as áreas de história do direito, filosofia do direito, direito administrativo e direito público. O segundo apoio foi concedido pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal Docente (CAPES) por meio de bolsa de estágio no exterior, concedida em razão de excedente de cotas da Universidade Federal de Santa Catarina, concedido pela Pró Reitora de Pós Graduação, Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Maria Lúcia de Barros Camargo, após parecer favorável da Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira.

O estágio ocorreu no *Departamento de Filosofía el Derecho*, da *Universidad de Granada*, sob a orientação do Prof. Dr. José Luis Serrano, ao qual agradeço a generosa acolhida em terras andaluzes e as oportunidades de pesquisa, de estudo e de ensino oferecidas durante aquele período e posteriormente pela internet. A parte dessas atividades acadêmicas cotidianas, a amizade sempre presente, que faz *echar de menos* aqueles "dias" em Granada.

Também agradeço ao Prof. Dr. Modesto Saavedra López, director do Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada pelo tratamento cordial dispensado a este estagiário e ao Prof. Dr. Antonio Manuel Peña Freire, secretário daquele departamento, que desvincilhou os empecilhos burocráticos que vez ou outra se apresentaram durante o longo processo de pedido e concessão da bolsa sanduíche, e com o qual pudemos, Camila e eu, *compartir* poucos, mas agradáveis momentos de *ocio*.

Aos professores MSc. Alceu de Oliveira Pinto Jr. e Dr. José Carlos Machado sou grato pela concessão da licença das atividades docentes no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí durante o período do estágio no exterior e pelo apoio à minhas iniciativas de pesquisa e extensão nessa universidade.

Também ao Prof. MSc. Moacir Serpa e aos oficiais militares responsáveis pelo curso de formação dos aspirantes a oficiais meus agradecimentos por viabilizar o meu comparecimento às disciplinas obrigatórias do doutorado ao adequar os horários das disciplinas que ministrei no Curso de Segurança Pública da Universidade do Vale do Itajaí em convênio com a Polícia Militar de Santa Catarina.

Ao Professor Luigi Ferrajoli que gentilmente me recebeu para que eu pudesse lhe expor a proposta desta pesquisa e generosamente tratou das dúvidas, por vezes simplórias, a respeito da relação de sua teoria com o princípio da legalidade administrativa com o interesse e cuidado por si só motivadores para que este doutorando continuasse a enfrentar o exigente estudo de *Principia iuris* com vigor renovado.

Aos professores Luis Carlos Cancellier de Olivo e Humberto Pereira Vecchio, anterior e atual Chefes do Departamento do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, sou grato pelo apoio prestado no início de minhas atividades naquela instituição, que coincidiram com o nascimento de Olívia e com o término da tese.

Aos amigos Tiago Castilho, Luis Filipe Bueno, Cláudio Ladeira de Oliveira, Gustavo Pedrollo, Rafael Cherubin, bem como a Luiz Henrique Cademartori, Alexandre Moraes da Rosa, Luis Bráulio Farias Benítez e Marcos Leite Garcia que compuseram as bancas de pré defesa

e de qualificação da tese, agradeço a disposição para o diálogo sobre as idéias, que permearam a confecção do trabalho.

Aos meus pais, João e Regina, pelo apoio, confiança e sobretudo amor que demonstraram com a participação concreta na pesquisa, auxiliando-me com o envio de material digitalizado e a guarda dos livros durante o período do estágio no exterior, além do aconchego familiar nos momentos em que a saudade apertou o peito.

A Artemio e Iolanda, pais da Camila, pelo apoio - especificamente no primeiro mês de vida de Olívia, mas também manifestado ao longo dos nossos anos de convívio - indispensável para que ele fosse também o último mês da redação da tese.

A Camila agradeço, além da infindável disposição para ouvir e discutir os rumos da tese, o apoio amoroso, o companheirismo e a compreensão imprescindíveis para seguir adiante. Esse adiante cruzou fronteiras, enfrentou desertos, subiu serras e beirou rios. Levemente se sustentou como se houvesse sempre um *Hotel Supramonte*...

*Grazie al cielo ho una bocca per bere e non è facile  
grazie a te ho una barca da scrivere ho un treno da perdere  
e un invito all'Hotel Supramonte dove ho visto la neve  
sul tuo corpo così dolce di fame così dolce di sete  
passerà anche questa stazione senza far male  
passerà questa pioggia sottile come passa il dolore  
ma dove dov'è il tuo amore, ma dove è finito il tuo amore.*

Fabrizio De Andrè



*Apesar de todos los ejemplos en contrario, sean éstos de representaciones colegiadas de interesados, comités parlamentarios, dictaduras de "consejos", funcionarios honorarios o jueces no profesionales (y sobre todo, a pesar de los denuestos contra la "santa burocracia"), no debe uno dejarse engañar y perder de vista que todo **trabajo continuado** se realiza por **funcionarios** en sus **oficinas**. Toda nuestra vida cotidiana está tejida dentro de ese marco. Pues si la administración burocrática es en **general - caeteris paribus** - la más racional desde el punto de vista técnico-formal, hoy es, además, sencillamente inseparable de las necesidades de la administración de **masas** (personales o materiales).*

Max Weber  
(*Economía y sociedad*, 1918-1920)

*Una vez reconocido que la idea de la legalidad, no obstante conducir a restricciones de la democracia, debe ser mantenida para la realización de ésta, se hace necesario instar para ella todas las instituciones de control que puedan asegurar la legalidad de la función ejecutiva y que sólo pueden ser consideradas como incompatibles con la democracia por una demagogia miope.*

Hans Kelsen  
(*Esencia y valor de la democracia*, 1920/1929)



## RESUMO

A tese Legalidade administrativa e garantia dos direitos fundamentais: a vinculação jurídica da Administração Pública no Estado Constitucional de Direito objetivou identificar quais seriam os elementos de uma releitura do princípio da legalidade administrativa a partir da Teoria do Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli. Para tanto, partiu-se da hipótese de que esses elementos poderiam ser caracterizados com base nos direitos fundamentais relacionados com o Direito Administrativo e nos os critérios e técnicas de legitimação de um modelo garantista de legalidade administrativa. Empregou-se, para tanto, uma abordagem que explorou as características do conceito de princípio da legalidade administrativa e de vinculação da Administração Pública ao Direito sob o prisma histórico e teórico, levando-se em conta os distintos modelos de Estado de Direito - *sub lege, per leges* e *sub iure* - e, de modo particular o paradigma de Estado Constitucional de Direito e de Democracia Constitucional proposto pelo Garantismo Jurídico. Obteve-se como resultado, que o modelo garantista de legalidade administrativa pode ser identificado a partir dos seguintes elementos: a) de uma referência aos direitos fundamentais, entendidos do ponto de vista formal como direitos de todos (pessoas, cidadãos e capazes de agir juridicamente) e oponível a todos, sejam eles direitos de liberdade ("direitos de", autonomias - expectativas de não lesão perante o exercício de qualquer poder, seja ele público ou privado), ou direitos sociais ("direitos a", expectativas de prestação); b) de critérios de legitimação caracterizados por uma vinculação formal e substancial de todos os direitos aos Direitos Fundamentais no paradigma do Estado Constitucional de Direito, de forma a que todo exercício de Poder esteja submetido a garantir os Direitos Fundamentais; c) de técnicas de legitimação que levam em conta: a aplicação normativa - aplicação substancial, subsunção, respeito e coerência -; a redefinição da separação de poderes a partir da concepção de esfera do "decidível", do "indecidível que" e "indecidível que não" e a funcionalização dos poderes no sistema de garantias primárias e secundárias; a separação entre Direito e Moral e a afirmação da inexistência de distinção estrutural entre princípios e regras; e a caracterização do sistema de vínculos e limites como deveres fundamentais.

**Palavras-chave:** legalidade administrativa. direitos fundamentais. garantismo jurídico.



## **ABSTRACT**

*"Administrative legality and guarantee of fundamental rights: juridic linking of public administration in the Constitutional State of Law (Stato costituzionale di diritto)" thesis aimed to identify the elements of an administrative legality principle replay based on Luigi Ferrajoli's "Juridic Guarantee-ism Theory". For that purpose we hypothesized the elements characterization were based in the fundamental rights related to the Administrative Law as well as in a guarantism model of administrative legality criteria and techniques of legitimation. For that purpose the approach was based on the characteristics of legality principles concept and the linking between public administration to law under the historical and theoretical point of views considering the different models of Law's State - sub lege, per leges and sub jure- and, particularly, the Constitutional Law State and Constitutional Democratic paradigm proposed by the Juridic Guarantee-ism. As a result, the guarantism model of administrative legality can be identified based on the following elements: a) fundamental rights reference, under a formal point of view, as a right for everyone (people, citizen and capable of juridically acting) and opposite to everyone including their liberty rights ("right of", autonomy- expectations of non damage facing the execution of any power, public or private), or social rights ("right to", expectations of provision); b) criteria of legitimation based on formal and substantial linking of all rights to Fundamental Rights on the paradigm of Constitutional Law's State so that any execution of Power is subjected to the fundamental rights; c) the legitimation techniques that consider: the normative uses- the substantial use, subsuming, respect and coherence-; redefining power separation according to the concept of "sfera del decidibile", "sfera dell'indecidibile" - " non decidibile che" and " non decidibile che non" and functioning of powers in the system of primary and secondary guaratism system; splitting between Moral and Law and the reassurance of nonexistence of structural distinction between principles and rules; and the characterization of a linking system and limits as fundamental rights.*

**Keywords:** *Juridic Guarantee-ism; administrative legality; Constitutional State of Law.*



## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	p. 21
1.1 <i>STATUS QUAESTIONE</i>	p. 21
<b>1.1.1 Discursos acadêmicos e doutrinários a respeito da vinculação jurídica da Administração Pública no Estado Constitucional</b>	p. 30
<b>1.1.2 Repensar a dogmática</b>	p. 33
<b>1.1.3 Jurisdição, democracia e Estado Constitucional de Direito</b>	p. 34
<b>1.1.4 A vinculação jurídica da Administração Pública</b>	p. 34
1.1.4.1 A formação do Estado de Direito e o Império da lei	p. 35
1.1.4.2 O princípio da legalidade administrativa	p. 38
1.1.4.3 O princípio da legalidade no Estado Social de Direito	p. 41
1.1.4.4 Desafios dogmáticos para o Direito Administrativo no Estado Social	p. 45
1.1.4.5 O princípio da juridicidade	p. 49
<b>1.1.5 A fuga para o direito privado</b>	p. 51
1.2 HIPÓTESE DE TRABALHO	p. 52
1.3 METODOLOGIA	p. 53
1.4 ESTRUTURA DO TRABALHO	p. 54
<b>2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA: a vinculação entre a Administração Pública e o Direito</b>	p. 57
2.1 TRAÇOS DA VINCULAÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO LEGISLATIVO	p. 58
<b>2.1.1 O "mito" da submissão legal</b>	p. 58
<b>2.1.2 Surgimento e afirmação do Estado de Direito</b>	p. 65
<b>2.1.3 A transição para o Estado Constitucional</b>	p. 70
2.2 A VINCULAÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO SOCIAL ALEMÃO	p. 74
<b>2.2.1 A centralidade da Administração <i>versus</i> a centralidade da Constituição</b>	p. 77
<b>2.2.2 Dietrich Jesch: a reserva legal do princípio monárquico e a estrutura conceitual do Estado Constitucional</b>	p. 82

2.3 A VINCULAÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO	p. 90
<b>2.3.1 Os defensores da juridicidade administrativa</b>	p. 90
<b>2.3.2 A legalidade administrativa sob a ótica da teoria geral do direito administrativo como sistema</b>	p. 94
2.4 LEGALIDADE ADMINISTRATIVA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: UMA TRANSIÇÃO POR SE FAZER	p. 96
<b>3 PARA UM MODELO GARANTISTA DE LEGALIDADE ADMINISTRATIVA</b>	p. 99
3.1 OS MODELOS DE DOGMÁTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO	p. 99
<b>3.1.1 Surgimento do Direito Administrativo</b>	p. 100
<b>3.1.2 Publicização, especialização e separação: os modelos do século XIX</b>	p. 103
<b>3.1.3 Direito administrativo e democracia constitucional: um modelo ainda por construir</b>	p. 104
3.2 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO, DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E GARANTISMO JURÍDICO: MODELO NORMATIVO, TEORIA E FILOSOFIA JURÍDICAS	p. 107
<b>3.2.1 Garantismo Jurídico, Democracia Constitucional e Estado Constitucional de Direito</b>	p. 108
3.3 APROXIMAÇÕES A UM MODELO GARANTISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO	p. 111
<b>3.3.1 Garantia e sujeição da Administração ao Direito</b>	p. 111
<b>3.3.2 Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional na perspectiva garantista</b>	p. 116
3.4 A RELAÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICA COM A TEORIA DO DIREITO NA PERSPECTIVA DE UM MODELO GARANTISTA DE LEGALIDADE ADMINISTRATIVA	p. 118
<b>3.4.1 Autonomia e especialidade da Dogmática do Direito Administrativo</b>	p. 121
<b>3.4.2 Dogmática Jurídica e Teoria do Direito na perspectiva garantista</b>	p. 123
3.5 OS FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DA TEORIA GARANTISTA DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E SUA RELAÇÃO	

COM OUTROS MODELOS TEÓRICOS	p. 126
<b>3.5.1 O Garantismo Jurídico e o paradigma do Positivismo Jurídico</b>	p. 127
3.5.1.1 A vinculação da produção normativa no paradigma do positivismo jurídico	p. 131
<b>3.5.2 Posicionamentos que defendem a superação do positivismo jurídico</b>	p. 135
3.5.2.1 Pós positivismo	p. 135
3.5.2.2 O Neoconstitucionalismo	p. 137
3.5.3.3 Garantismo Jurídico: uma teoria do direito que não é neoconstitucionalista	p. 139
3.6 PREMISSAS DO MODELO GARANTISTA DE LEGALIDADE ADMINISTRATIVA	p. 140
<b>3.6.1 Direitos fundamentais referência para esse modelo</b>	p. 141
3.6.1.1 Os direitos fundamentais na perspectiva garantista	p. 143
<b>4 CRITÉRIOS E TÉCNICAS DE LEGITIMAÇÃO DO MODELO GARANTISTA DE LEGALIDADE ADMINISTRATIVA</b>	p. 149
4.1 CRITÉRIOS DE LEGITIMAÇÃO DO MODELO GARANTISTA DE LEGALIDADE ADMINISTRATIVA	p. 150
<b>4.1.1 O Estado Constitucional como Estado de Direito Garantista e os modelos de Legalidade Administrativa</b>	p. 150
4.1.1.1 A legitimidade e a legalidade administrativa no modelo de Estado <i>sub lege</i>	p. 153
4.1.1.2 A legitimidade e a legalidade administrativa no modelo de Estado <i>per leges</i>	p. 154
4.1.1.3 A legitimidade e a legalidade administrativa no modelo de Estado <i>sub iure</i>	p. 156
<b>4.1.2 Principia Iuris: a abordagem Garantista do Estado sub iure por meio de uma teoria axiomatizada</b>	p. 157
4.1.2.1 O paradigma do Estado Constitucional de Direito: a teoria normativa do Estado Constitucional axiomatizada	p. 162
4.2 A TÉCNICAS DE LEGITIMAÇÃO DO MODELO GARANTISTA DE LEGALIDADE ADMINISTRATIVA	p. 165
<b>4.2.1 A validade normativa garantista e suas teses sobre a aplicação das normas</b>	p. 165
4.2.1.1 As técnicas garantistas sobre a aplicação normativa	p. 169
<b>4.2.2 Funções e Instituições de Governo e Funções e Instituições de Garantia: a redefinição garantista da Separação de Poderes a partir da esfera do decidível e do</b>	

<b>indecidível</b>	p. 172
<b>4.2.3 A separação entre Direito e Moral e a distinção entre princípios e regras na perspectiva garantista</b>	p. 179
<b>4.2.4 Deveres fundamentais: limites e vínculos</b>	p. 182
<b>5. CONCLUSÃO</b>	p. 185
<b>6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	p. 197

## 1. INTRODUÇÃO

### 1.1 STATUS QUAESTIONE

Nos anos 1990, C. Neal Tate e Torbjorn Vallinder traçaram linhas de análise comuns para uma pesquisa empírica sobre o Poder Judiciário em vários países, as quais buscavam saber as consequências da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas<sup>1</sup>.

Nessa pesquisa, dois contextos revelariam de forma clara quando a política é judicializada pela adoção de métodos típicos de decisão judicial na solução de disputas e demandas nos espaços políticos: o contexto da ampliação das áreas de atribuições dos tribunais por meio do poder de revisão judicial dos atos legislativos e executivos, com fundamento na constitucionalização de direitos e da utilização dos mecanismos de *checks and balances*; e o contexto caracterizado pela introdução ou expansão do quadro de funcionários ou de procedimentos judiciais no Executivo e no Legislativo<sup>2</sup>.

No Brasil a expressão "judicialização da política", originada com os estudos de Tate e Vallinder, vem sendo usada no debate público com diversas conotações, muitas delas por vezes contraditórias. Podem ser encontrados sentidos, como o empregado pelos juristas para se referirem à obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado judicialmente e também, com sentido normativo, a referência ao ingresso em juízo de determinada causa<sup>3</sup>.

Para Gisele Citadino, o papel social que o Poder Judiciário vem assumindo desde o segundo pós-guerra é favorecido pela incorporação de valores nos textos constitucionais em forma de princípios jurídicos, o que viabiliza uma interpretação jurídica construtivista<sup>4</sup> e constitui um processo de ampliação judicial oportunizador de diversas perspectivas.

Essas perspectivas estão relacionadas com um fenômeno de normalização de direitos; com as transições pós-autoritárias e o surgimento de constituições democráticas - tendo por como uma de suas

---

<sup>1</sup> MACIEL, Débora Alves *et* KORNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises, *Lua Nova*, nº 57, São Paulo, 2002, pp. 113-133.

<sup>2</sup> *Idem*, p. 114-116

<sup>3</sup> *Idem*, p. 115

<sup>4</sup> CARRACEDO, José Rubio. *Constructivismo, utopia y ética: la legitimación ética del poder*, *Revista de Estudios Políticos*, n. 40, jul./ago. 1984, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

consequências o fortalecimento das instituições garantidoras do Estado de Direito, com destaque para o Ministério Público e a Magistratura -; com as investigações de casos de corrupção que envolvem a classe política, com as discussões a respeito da criação de algum poder judicial internacional ou transnacional; e, por último, com o surgimento de discursos acadêmicos e doutrinários, no campo da cultura jurídica, defensores de uma relação de compromisso entre o Poder Judiciário e a soberania popular<sup>5</sup>.

Na introdução do livro que resultou da ampla pesquisa realizada sobre a atuação do Poder Judiciário, no que tange ao controle concentrado de constitucionalidade, Luiz Verneck Vianna situa o leitor quanto a quatro aspectos que envolvem a problemática da judicialização da política: as consequências da implantação do *Welfare State*; o eixo analítico do procedimentalismo; o eixo analítico do substancialismo; e, a história brasileira das Constituições democráticas republicanas.

Para o cientista político fluminense o contexto que envolve o processo de judicialização da política e das relações sociais está afeito à radicalização do princípio da igualdade, baluarte da democracia, e no reconhecimento do valioso papel que ocupa a força normativa da Constituição<sup>6</sup>.

A mudança operou-se concretamente na medida em que determinados espaços da vida social passaram a ser institucionalizados por meio do reconhecimento de direitos. Nesse contexto ocupa especial destaque o Direito do Trabalho, fruto das lutas dos movimentos sociais no final do século XIX e início do século XX, que “conferiu um caráter público a relações da esfera privada, como o contrato de compra e venda da força de trabalho” e “infiltrou no campo do direito um argumento de justiça”. Com a regulação jurídica das relações entre empregadores e empregados, deslocando-se para a esfera pública as decisões que antes se davam na esfera da autonomia privada, o modelo liberal sofrerá sua primeira publicização<sup>7</sup>.

A conquista de direitos se deu por meio dos instrumentos político-institucionais do Estado Liberal e da Democracia Representativa, resultado da sedimentação e expansão do núcleo de valores que passaram a ser defendidos pela maioria eleitoral nos

---

<sup>5</sup> CITADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia. *ALCEU* - v.5 - n.9 - p. 105 a 113 - jul./dez. 2004

<sup>6</sup> VIANNA, Luiz Verneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.15

<sup>7</sup> *Idem*, p. 15

processos de sufrágio<sup>8</sup>. Tal mudança serviu também para a posterior configuração do Estado de Bem-Estar sob os pilares do dirigismo econômico keynesiano e de valores como a proteção do economicamente desprotegido<sup>9</sup>.

Outro aspecto da publicização operada pelo modelo do *welfare* surgiu com a mudança da concepção de tempo referida ao passado, geradora de certeza e segurança jurídica (Estado Liberal), para a concepção de tempo referida ao futuro, promocional<sup>10</sup>. Em resumo: “A judicialização do mercado de trabalho, com a transformação dos conflitos a ele inerentes em matéria a ser jurisdicionada pelo direito, significou a tentativa de extrair o tema da justiça da arena livre da sociedade civil, dos partidos e do Parlamento, compreendendo-o como um feito a ser regulado pelo Poder Judiciário, de cuja intervenção dependeria uma convivência harmoniosa dos interesses divergentes”<sup>11</sup>.

Ao adotar o modelo de análise desenhado por Przeworski, Vianna defende que a jurisdicização das relações sociais é resultado da mediação estatal, fixadora dos limites e dos direitos dos grupos organizados corporativamente e elemento chave do conceito de capitalismo organizado e do processo de racionalização da economia e das corporações específicas do mundo da produção<sup>12</sup>.

A produção legislativa que acompanhou necessariamente o processo de publicização trouxe consigo um fenômeno, denominado por Capelletti como *overload* da função legislativa, que resultou num aumento da demanda por legislação e a visível incapacidade institucional de supri-la<sup>13</sup>.

Todos esses elementos formam uma combinação descrita por Vianna com o seguinte teor:

Assim, se o *welfare* é filho dos movimentos sociais, dos partidos políticos e da ação parlamentar, o *Welfare State*, sem prescindir desse “circuito” para a formação da vontade coletiva, combina-o com aquele que é próprio do corporativismo moderno, dominado pela representação funcional de grupos de interesse,

---

<sup>8</sup> Idem, p.16

<sup>9</sup> Idem, p. 16

<sup>10</sup> Idem, p. 16

<sup>11</sup> Idem, p. 16-17

<sup>12</sup> Idem, p.17

<sup>13</sup> Idem, p.18

organizados sob a arbitragem do governo. Tem-se, então, que a abdicação do Legislativo na administração da política do *welfare*, aliada à capacidade de o Estado gerir o “circuito” da representação funcional, seriam os elementos responsáveis pela configuração da outra face do *Welfare State* – a do Estado Administrativo, com sua burocracia autonomizada do controle político, tutelando de modo paternalista cada região da vida social. Do *Welfare State* derivaria, por isso, um onipresente aparelho administrativo, inacessível à cidadania e conversor dos indivíduos em clientes, gerando um ‘sentimento de impotência e abandono’ em todos aqueles que não conseguem se reunir em ‘grupos poderosos com condições de obter acesso às inumeráveis alavancas da máquina burocrática’<sup>14</sup>.

A estratégia adotada pelos defensores da agenda igualitária deveria se guiar pelo mesmo caminho utilizado para a criação do Direito do Trabalho, disputar os espaços político-institucionais do Estado administrativo como forma de aumentar o poder das classes trabalhadoras na formulação das políticas de governo<sup>15</sup>.

Essa via, contudo, está sujeita a alguns riscos. Dentre eles o da expansão desmesurada do Estado Administrativo, voltado para a tutela da cidadania, e a redução do espaço destinado à liberdade. Nada impediria também que essa estratégia que permite acomodar os interesses dos seus defensores no âmbito de decisão política estatal houvesse que enfrentar problemas democráticos e emancipatórios em razão da possibilidade de existir tanto um Estado de Direito como um Estado Social sem democracia, bem como da dupla face (funcional e normativa) dos direitos liberais e sociais.

Na funcional, os direitos liberais se identificariam com a institucionalização de um sistema econômico dirigido pelo mercado, e os sociais, com o regime burocrático do Estado de Bem-Estar. Na normativa, que historicamente contrariou as expectativas dos que viam uma

---

<sup>14</sup> Idem, p. 18 – notas de rodapé

<sup>15</sup> Idem, p. 19

possibilidade de emancipação no *Welfare State*, os valores da liberdade subjetiva e das garantias sociais tenderam a ceder diante de imperativos funcionais, ‘pois direitos de liberdade e de participação podem significar, igualmente, a renúncia privatista de um papel de cidadão, reduzindo-se [este], então, às relações que um cliente mantém com administrações que tomam providências’<sup>16</sup>.

No *Welfare State*, dissociado o sistema político da formação democrática da opinião, a Administração não apenas se racionaliza e se burocratiza como também, e principalmente, se autoprograma, apropriando-se da iniciativa das leis, quer por deter o monopólio das informações essenciais sobre a vida social, quer pela perícia técnica dos seus quadros em atuar sobre ela.

A ameaça ao princípio da separação dos Poderes, segundo a análise lhumanniana feita por Vianna, vem do encapsulamento dos subsistemas sociais, resultante de uma estratégia da própria agenda igualitária que aposta no caráter funcional da democracia liberal e na expansão do Estado Administrador como forma de contemplar os seus interesses. Contudo, essa estratégia afasta os cidadãos do controle político porque exige uma atuação de grupos organizados em detrimento da posição individual dos atores sociais e corrobora para o surgimento de uma relação clientelista com o Estado.

É, portanto, a agenda da igualdade que, além de importar a difusão do direito na sociabilidade, redefine a relação entre os três Poderes, adjudicando ao Poder Judiciário funções de controle dos poderes políticos. Do *welfare* ao *Welfare State*, o tema da igualdade ter-se-ia deslocado dos lugares de formação da opinião na sociedade civil e nos seus núcleos de representação no Parlamento para os do Estado ampliado do corporativismo moderno. **Exercer, nesse contexto, controle sobre a agenda igualitária e sobre as suas repercussões sociais dependeria, então, de o Poder Judiciário exercer jurisdição sobre a forma de**

---

<sup>16</sup> Idem, p. 19

**comunicação nelas dominante – que é a do direito – erigindo-se em um ‘terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador’. Nesse sentido, pode-se sustentar que é essa agenda que está na raiz do processo, indubitavelmente não linear, de transformação universal do Poder Judiciário em agência de controle da vontade do soberano, permitindo-lhe invocar o *justo contra a lei*<sup>17</sup>. (grifo nosso)**

(...)

Em um pólo, restauram-se as sombrias previsões de Tocqueville sobre o mundo democrático – que, como sabido, não lhe apareciam como inevitáveis -, segundo as quais o avanço irresistível da igualdade poderia provocar o esvaziamento dos ideais e das práticas da liberdade, entendendo-se, contemporaneamente, que a ampliação do direito, visível tanto na judicialização da política e das relações sociais, quanto na positivação dos direitos fundamentais, teria o ‘efeito de desestimular a face libertária e reivindicatória da cidadania social’.

Fazer com que a efetividade dos direitos seja subsumida ao campo do direito, por fora, portanto, do terreno livre da sociedade civil, conduziria a uma cidadania passiva de clientes, em nada propícia a uma cultura cívica e às instituições da democracia, na chave negativa com que Tocqueville registrou a possibilidade de que a igualdade pudesse trazer perda à dimensão da liberdade<sup>18</sup>.

A positivação dos direitos fundamentais, na opinião desse autor, traz consigo a perda de nitidez das fronteiras distintivas entre política e direito e exige uma redefinição das relações entre os três Poderes com inclusão do Judiciário no espaço da política.

---

<sup>17</sup> Idem, p. 21

<sup>18</sup> Idem, p. 23

De outra parte, ocorre também como efeito dessa positivação a massificação da tutela jurídica por meio de ações que contemplam interesse coletivos e difusos. O que acarreta como conseqüências do novo cenário: o Poder Judiciário substitui, em parte, os partidos e instituições políticas, na solução de conflitos coletivos, garantindo a agregação do tecido social e adjudicando a cidadania por meio da facilitação do acesso à justiça.

Trata-se, nessa perspectiva, de uma nova Arena Pública que não é a mesma da sociedade civil, dos partidos, da representação, da formação da vontade majoritária; permeada por procedimentos políticos. Os procedimentos que permeiam essa nova arena são os procedimentos judiciais, por sua vez influenciados pela lógica dos princípios.

Nessa nova arena surgem dois eixos analíticos os que tentam garantir as promessas jurídico-políticas dos direitos fundamentais: o eixo procedimentalista - o qual exige uma cidadania ativa, cuja prática leve a um contínuo aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, abrindo a todos a possibilidade de intervenção no processo de formação da vontade majoritária (Habermas e A. Garapon), que vê conseqüências ruins da invasão da política pelo direito em nome da agenda igualitária e com cidadania passiva, clientelista: a) gozo passivo de direitos; b) privatização da cidadania; c) paternalismo estatal; d) clericalização da burocracia; e) justiça de salvação. Em suma, indivíduos clientes de um Estado providencial<sup>19</sup>; e o eixo substancialista, o qual defende que as novas relações entre direito e política, por meio da criação jurisprudencial do direito, são favoráveis ao enriquecimento das realizações da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade<sup>20</sup>.

A esses dois eixos analíticos pode ser acrescentado um terceiro, caracterizado por compreender o direito como linguagem na qual a legitimidade das decisões jurídicas depende da subsunção a normas superiores do ordenamento jurídico - notadamente os direitos fundamentais - para se verificar o caráter formal e substancial dessas decisões e sua coerência com a garantia desses direitos.

Trata-se de uma concepção que defende que a coerência e a plenitude não são propriedades do Direito vigente, mas ideais limites do Direito válido, refletindo o dever-ser das normas em relação com as superiores e não o ser do Direito. No Estado de Direito as normas hierarquicamente superiores se apresentam como normas em relação às inferiores e estas como fatos em relação às superiores. Daí que as

---

<sup>19</sup> Idem, p. 23

<sup>20</sup> Idem, p. 24

violações de fato das proibições impostas ao legislador e por este efetivadas vão caracterizar estruturalmente o Direito vigente como incompleto e incoerente<sup>21</sup>. Cabe, então, ao jurista a tarefa de explicitar essas características através de juízos de invalidade das normas inferiores e de ineficácia das superiores.

O modelo normativo nascido das modernas Constituições e conhecido como Estado Constitucional ou Estado Constitucional de Direito pode ser caracterizado no plano formal, pelo princípio da legalidade, em virtude do qual todo poder público - legislativo, judicial e administrativo - está subordinado a leis gerais e abstratas, que disciplinam suas formas de exercício, e cuja observância se acha submetida a controle de legitimidade por parte de juízes independentes. b) no plano substancial, pela funcionalização de todos os poderes do Estado a serviço da garantia dos Direitos fundamentais dos cidadãos, mediante a incorporação limitativa<sup>22</sup> em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, quer dizer, das proibições de lesar os Direitos de Liberdade e das obrigações de dar satisfação aos Direitos Sociais, assim como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativar a tutela judicial<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 878-9.

<sup>22</sup> A incorporação limitativa vai ser entendida como um modelo limite elaborado através de princípios axiológicos fundamentais não deriváveis entre si. No direito penal, segundo FERRAJOLI, “Llamo **incorporación limitativa** a la incorporación de vinculaciones o imperativos negativos que en materia penal caracterizan al **Estado de derecho** y al modelo garantista de **derecho penal mínimo** expresado, en su forma ideal, por nuestro sistema SG”. (ênfase acrescentada).

O sistema penal SG, denominado por FERRAJOLI de garantista, cognitivo ou de estrita legalidade é o que “*incluye todos los términos de nuestra serie. Se trata de un modelo límite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisficible. Su axiomatización resulta de la adopción de diez axiomas o principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí, que expresaré, siguiendo una tradición escolástica, con otras tantas máximas latinas: A1 Nulla poena sine crimine. A2 Nullum crimen sine lege. A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate. A4 Nulla necessitas sine iniura. A5 Nulla iniura sine actione. A6 Nulla actio sine culpa. A7 Nulla culpa sine iudicio. A8 Nullum iudicio sine accusatione. A9 Nulla accusatio sine probatione. A10 Nulla probatio sine defensione. Llamo a estos principios, además de a las garantías penales y procesales por ellos expresadas, respectivamente: 1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) principio de materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación.*” (ênfase no original) FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 2001. p. 93.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 856-857

Nesse modelo, uma norma para ser considerada válida deve obedecer não somente aos seus requisitos procedimentais, mas também aos requisitos substanciais para a sua produção. Da análise do primeiro requisito estabelece-se um juízo quanto à vigência normativa. Da análise do segundo, verifica-se a validade da norma.

Com relação à validade normativa, o Garantismo rompe com a tradição positivista que a reduzia à sua eficácia ou à sua mera validade formal ao demonstrar que uma norma para ser válida deve obedecer não somente aos seus requisitos procedimentais, mas também aos substanciais. A correspondência aos critérios formais de produção normativa, por sua vez, vai ser conceituada pelo Garantismo como vigência.

A eficácia, sob a ótica garantista, reside na observação da clivagem entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) e suas práticas efetivas (tendencialmente antigarantistas), demonstrando que os primeiros são válidos porém ineficazes, e as segundas são eficazes mas inválidas.

Assim, a correspondência entre vigência e validade em cada ordenamento oportunizará um juízo acerca da sua justiça interna (ou legal). De outro lado, a adesão do ordenamento, em seu conjunto, a valores políticos externos permite a verificação da correspondência entre validade e justiça e a atribuição de um juízo de justiça externa<sup>24</sup>.

Para se averiguar se uma norma está ou não em vigência deve-se emitir um juízo de fato, tendo por parâmetro os âmbitos das vigências espacial, pessoal, material e temporal, da competência e do procedimento, conforme descreve José Luis Serrano:

*Juízo de vigência* é aquele construído por um intérprete autorizado da lei que se refere à mera constatação da existência de uma norma no interior de um sistema jurídico. É um juízo de fato ou técnico, pois se limita a constatar que a norma cumpre os requisitos formais de competência, procedimento, espaço, tempo, matéria e destinatário; e como tal juízo de fato é suscetível de verdade e falsidade<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Ibid., p. 367

<sup>25</sup> SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia – La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999. p. 51. (*Juicio de vigencia es aquel construído por un intérprete autorizado de la ley que va referido a la mera constatación de la existencia de una norma en el interior de un sistema jurídico. Es un juicio de hecho o técnico, pues se limita a constatar que la norma cumple los requisitos formales de competencia, procedimiento,*

Sobre o juízo de validade recaem condições de legitimidade substancial, que se referem ao seu conteúdo, ou seja, ao seu significado. Todavia, para que uma norma seja considerada válida deve ter sido submetida anteriormente ao juízo de vigência, pois é inconcebível que uma norma não pertencente ao sistema normativo possa extrair dele requisitos de validade. Novamente utiliza-se aqui a contribuição de Serrano:

*Juízo de validade é aquele construído por um intérprete autorizado do direito, em virtude do qual se declara (se é positivo) que uma determinada norma (cuja vigência formal se comprovou como verdadeira) se adequa ademais em seu conteúdo às determinações existentes em níveis superiores do ordenamento, com independência de que estas determinações sejam regras ou princípios, valorativas ou neutras, justas ou injustas, eficazes ou ineficazes.*<sup>26</sup>

O foco desta tese se volta para a última perspectiva apontada por Citadino como decorrente do processo de ampliação judicial. Ou seja, no quadro da perspectiva dos discursos acadêmicos e doutrinários vinculados à cultura jurídica e defensores de uma relação de compromisso entre o Poder Judiciário e a soberania popular para a partir da Teoria Jurídica do Garantismo estabelecer os elementos centrais para um modelo garantista de legalidade administrativa.

### **1.1.1 Discursos acadêmicos e doutrinários a respeito da vinculação jurídica da Administração Pública no Estado Constitucional**

Essa perspectiva se entendeu como sendo central para a análise da vinculação da Administração Pública ao Direito no momento histórico do Estado Constitucional, e está assentada em alguns

---

*espacio, tiempo, materia y destinatario; y como tal juicio de hecho es susceptible de verdad y falsedad*). Todas as traduções de fontes utilizadas na tese foram feitas livremente pelo autor.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 51. (**Juicio de validez** es aquel construído por un intérprete autorizado del derecho, en virtud del cual se declara (si es positivo) que una determinada norma (cuya vigencia formal se há comprobado como verdadera) se adecua además en su contenido a las determinaciones existentes en niveles superiores del ordenamento, con independencia de que estas determinaciones sean reglas o principios, valorativas o neutras, justas o injustas, eficaces o ineficaces)

argumentos que precisam ser detalhados.

O primeiro argumento consiste em reconhecer que o controle jurisdicional do poder executivo é um assunto que deve ser analisado para além dos limites técnicos e dogmáticos, pois a questão do controle jurisdicional abrange outros campos do saber jurídico como a Teoria do Direito, a Teoria Política, a Sociologia Jurídica.

Nesse aspecto convém observar o posicionamento defendido por Germana de Oliveira Moraes, suas implicações na dogmática do direito administrativo e a proposta de mudanças conceituais como a da substituição do princípio da legalidade administrativa pelo princípio da juridicidade e suas consequências para com o controle jurisdicional de atividades administrativas não vinculadas<sup>27</sup>.

Outro aspecto do olhar diferenciado para o controle jurisdicional do poder executivo pode ser observado na fórmula da rigidez do Princípio da Separação dos Poderes, que serviu e ainda serve de fundamento para que o Poder Judiciário não invada o mérito administrativo<sup>28</sup>, por exemplo, deve ser confrontada com os elementos teóricos do Estado Constitucional de Direito para saber se a rigidez invocada na defesa de posicionamentos que se propõem técnicos e dogmáticos resistem à análise teórica dos modelos normativos de Estado de Direito que lhes dão sustentação. Isso, principalmente, em razão das suas profundas diferenças em relação ao modelo normativo que orientou e, ainda, tem orientado parte da dogmática administrativista<sup>29</sup>.

Quanto ao mérito administrativo, os contornos legais da Separação de Poderes no início da República foram dados pela Lei nº 221, de 1894, art. 13, § 9º, "a" e "b" que dispunha:

Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade. A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário somente será

---

<sup>27</sup> MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

<sup>28</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 167.

<sup>29</sup> Veja-se a esse respeito FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Brasília: Editora Fórum, 2007. p. 1057-1063

havia por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder<sup>30</sup>.

Também é de conhecimento no Direito Administrativo brasileiro que foram fundamentais na definição dos limites do controle jurisdicional do Poder Executivo a Súmula nº 346 (A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos) e a Súmula nº 473, do Supremo Tribunal Federal:

a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Ambas súmulas reafirmaram a rigidez da Separação de Poderes, fórmula acompanhada pela dogmática como pode ser observado no posicionamento de Seabra Fagundes a respeito do mérito administrativo:

Circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ele exercida<sup>31</sup>.

(...)

O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dêle em função das normas da boa administração (...) é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta<sup>32</sup>.

(...)

Praticamente o mérito se traduz na apreciação quase pessoal do agente sobre certos fatos, circunstâncias ou coisas, apreciação que o pode levar a agir num sentido ou noutro e até a abster-se de qualquer ação<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Lei de organização do Poder Judiciário no início do período Republicano.

<sup>31</sup> SEABRA FAGUNDES, Miguel. Conceito de mérito no direito administrativo. **RDA**, São Paulo, Seleção Histórica, p. 189-203. p. 189

<sup>32</sup> Idem, p. 190

<sup>33</sup> Idem, p. 190

Agora, é possível duvidar que essas concepções a respeito do mérito administrativo e da Separação de Poderes sejam as únicas possíveis, sob o aspecto técnico ou dogmático, ou que sejam concepções que expressem a "natureza" do princípio quando se trata de interpretar a Constituição e a legislação que a regulamenta, muito embora parte significativa da doutrina brasileira e da jurisprudência assim não o vejam.

Os enlaces entre os modelos normativos de Estado de Direito e os conceitos dogmáticos produzidos em consonância ou dissonância com eles são observados em autores dogmáticos, como na classificação feita por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que divide a "evolução científica do Direito Administrativo" em quatro momentos, cada qual com um método distinto: o método exegético e seu apego à legalidade, próprio do Estado Legislativo; o método histórico-político, no contexto do Estado de Direito; o método técnico-jurídico, transição do Estado de Direito Liberal para o Estado de Direito Social; e o método lógico-formal, característico do Estado Democrático de Direito<sup>34</sup>.

A revisão, por isso, de doutrinas referendadas por diversos autores num movimento de reforço de tradições interpretativas, acentuadamente exegéticas, parece encontrar espaço nesse processo de ampliação judicial.

### 1.1.2 Repensar a dogmática

No quadro da discussão a respeito da judicialização da política ainda há outro aspecto merecedor de atenção. Muito embora a importância das cúpulas Judiciárias seja inegável para fazer com que a Constituição se concretize, ainda persiste um problema, apontado por João Maurício Leitão Adeodato, que exige um repensar “da dogmática jurídica filosoficamente tradicional e juridicamente despreparada, a qual ‘destemporaliza’ o texto”<sup>35</sup>.

A preocupação do jurista pernambucano é com o que ele denomina de reificação e casuísmo presentes na estratégia política do Judiciário, tendo em vista que a variação das fundamentações dificulta a unificação da jurisprudência em geral e o seu discurso jurídico entende

---

<sup>34</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3ª ed. vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 78-121

<sup>35</sup> ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. Por Porto Alegre, **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, n. 2, p.169-188, jan./mai. 2004, p. 179.

os textos jurídicos como “meros descritores de ‘coisas’ (‘natureza jurídica’ disso ou daquilo); não como parte de procedimentos jurídicos em construção”<sup>36</sup>.

Essa preocupação serve de estímulo para se buscar novos horizontes para a dogmática jurídica que possam atender as exigências de concretização da Constituição e enfrentar possíveis insuficiências geradas pela reificação e pelo casuísmo.

### **1.1.3 Jurisdição, democracia e Estado Constitucional de Direito**

Outro fator importante, no contexto da cultura jurídica, está na compreensão da jurisdição constitucional como expressão da democracia no Estado Constitucional de Direito, pois o conjunto de valores positivados nas constituições do Estado Social impõe ao judiciário o atendimento de demandas coletivas que antes faziam parte somente da disputa política dos atores sociais nos parlamentos<sup>37</sup>.

Essas demandas invariavelmente trazem consigo situações mais complexas que aquelas originadas de conflitos individuais, dentro do marco dos direitos de liberdade. São demandas a respeito de serviços públicos, de situações jurídicas decorrentes de políticas mobilidade urbana, de sistemas de cotas raciais para ingresso em universidades públicas, de controle de orçamentos públicos e de receitas e gastos vinculados a satisfação de direitos fundamentais, entre outros.

Por fim, dentre as várias perspectivas que o tema da Judicialização da Política oferece para estudo, adota-se uma que está estritamente relacionada com a produção conceitual da dogmática jurídica e vinculada com a aplicação do Direito e com as Teorias Jurídicas a esse respeito. Uma perspectiva que busca investigar o entrelaçamento entre posicionamentos teóricos e conceitos dogmáticos a partir do surgimento das constituições após a segunda guerra mundial e da inserção da legalidade administrativa em seus textos.

### **1.1.4 A vinculação jurídica da Administração Pública**

A temática da vinculação jurídica da Administração Pública acompanha os problemas centrais de concretização do modelo normativo do Estado de Direito que pode ser resumido, conforme

---

<sup>36</sup> Idem, p. 186.

<sup>37</sup> VIANNA, Luiz Verneck. Poder Judiciário, "Positivção do Direito Natural" e Política, Rio de Janeiro, **Estudos Históricos**, n. 18, p. 1-20, 1996. p. 3

aponta Forstthoff, ao objetivo de: “dar às relações do indivíduo com a Administração, dentro do Direito Administrativo atual, uma forma jurídica adequada a um Estado de Direito”<sup>38</sup>.

Essa formulação pode ser alcançada tanto pela observação do percurso traçado pela publicística alemã, francesa, belga, portuguesa ou italiana que influenciaram a construção da dogmática do Direito Público brasileiro, em particular o Direito Administrativo<sup>39</sup>; como pela concepção de Stahl sobre a semelhança e diferença existente entre a Administração e a atividade judicial, na qual para esta o Direito é um fim em si mesmo e para aquela é um meio para se alcançar um fim<sup>40</sup>.

Os dois caminhos conduzem a uma abordagem ao mesmo tempo sincrônica e diacrônica do Princípio da Legalidade no contexto da Administração Pública e dos modelos normativos do Estado Liberal de Direito, do Estado Social de Direito e do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

#### 1.1.4.1 A formação do Estado de Direito e o Império da Lei

Pode-se afirmar que a legitimação jurídica do Estado está associada ao processo de construção não só teórica ou filosófica do Estado moderno, mas às mudanças institucionais ocorridas durante os séculos XVIII e XIX na Europa e Estados Unidos que criaram um espaço jurídico distinto do Direito Privado, pautado pela relação entre súdito e soberano (Estado de Polícia<sup>41</sup>) e entre cidadão e governante (Estado de Direito).

---

<sup>38</sup> FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. p. 117. (*dar a las relaciones del individuo con la Administración dentro del Derecho administrativo actual una forma jurídica adecuada a un Estado de Derecho*)

<sup>39</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2ª. Ed. São Paulo: RT, 2003. p. 60-63

<sup>40</sup> FORSTHOFF, op. cit., p. 14.

<sup>41</sup> O Estado sob o regime de polícia (*Der polizeistaat*) na Alemanha, descrito por Otto Mayer, se caracterizará por: **a) Papel do Príncipe** - pertence ao príncipe como coisa própria a tarefa imensa de perseguir o fim do Estado e frente aos súditos, seu poder não tem limites jurídicos; o que quiser será obrigatório; **b) Funcionários** - seu papel é determinado pelo Príncipe; existência de centros administrativos, conselhos de polícia: “Ellos están sometidos, por su lado, a uma disciplina e a uma vigilância severa de sus superiores, y sobre todo del soberano administrador, del príncipe en persona. Su servicio está reglado en todas sus partes por instrucciones minuciosamente detalladas. A cada instante una orden especial puede sorprenderlos para imponerles la ejecución de algún acto extraordinario”. p. 49; seus atos estão submetidos à autoridade do príncipe, podendo ser anulados e avocados; representavam o príncipe e o Estado frente aos súditos – poder ilimitado – uma espécie de príncipe; **c) Princípio da independência dos juizes** – possibilidade de extinção de processos por atos de soberania do príncipe; na Prússia, sob Federico, o Grande, se impediu o uso da soberania para fins de

A síntese do modelo normativo de Estado de Direito fornecida por Zagrebelsky apresenta-se bastante apropriada para traçar os principais pontos de conflito que o conceito enfrentará:

O Estado de direito indica um valor e alude somente a uma das direções de desenvolvimento da organização do Estado, mas não encerra em si consequências precisas. O valor é a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta aos cidadãos. A direção é a inversão da relação entre poder e direito que constituía a quintessência do *Machtstaat* e do *Polizeistaat*: não mais *rex facit legem*, mas *lex facit regem*<sup>42</sup>.

justiça – uma espécie de separação de poderes; contraste entre a justiça e a administração; o direito de editar leis é reconhecido como uma prerrogativa dos príncipes – como ordem geral dirigida aos súditos, que se publica – administração e justiça; quando edita uma regra de direito civil, aborda uma matéria que está fora de sua influência direta; editada, é inviolável pelo poder público: sua aplicação só depende do juiz; o juiz está obrigado a aplicá-la e o príncipe não pode dispensá-lo; A lei de polícia é distinta: o príncipe poderia decidir sobre casos individuais e o faz de forma geral - **As leis de justiça são obrigatórias para o governo – são direito; As leis de polícia não o são – não são direito – são ordens – ordenanças – são publicadas meramente por razões de utilidade prática**; no período de polícia existe efetivamente um direito civil, um direito penal, um direito processual: um direito de justiça; não há direito público, pois não existem regulamentos que sejam obrigatórios para a autoridade frente ao súdito; **Direito civil** – distinção entre o príncipe como privado (atos de gestão) ou como príncipe (atos de império); essa competência dos juízes permanece intacta até que se suprime por completo a jurisdição do imperio – conforme aumenta o regime de polícia, cresce sua importância; **Regime jurídico para o Estado** - para a competência dos tribunais civis o essencial é que o Estado esteja submetido ao direito civil. Isto importa na questão de saber se existe um direito para o estado, porque fora do direito civil não existe direito; **d) O Estado Onipotente e o Direito** - doutrina do Fisco – direito romano – distinção entre os bens privados do príncipe e do Estado (administrados pelo fisco); personalização jurídica do Fisco; **O Estado como pessoa jurídica** → “Cada vez mais se abre o caminho para a idéia de que o conjunto de direitos de supremacia – a universalidade do poder soberano – deve reputar-se pertencente sob todas as suas formas ao Estado, em cujo nome se exerce”. p. 61; **Dois pessoas jurídicas - Fisco** – Estado considerado como sociedade de interesses pecuniário ou pessoa jurídica de direito civil – o homem privado ordinário – submetido ao direito civil; **Estado propriamente dito** – a associação política, a pessoa jurídica de direito público (expressão negativa por excluir o direito civil – Direito de Magestade, de Soberania); somente mediante a criação de uma pessoa jurídica distinta, conexa, mas de caráter inferior, o direito civil e a jurisdição civil puderam se fazer aplicáveis; o Estado unicamente tem o poder público. A forma geral sob a qual a tua o poder público é o mando ou o emprego da força. Onde haja mando ou coerção existe o Estado; em todos os demais casos se trata do fisco. MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán...*

<sup>42</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995. p. 21. (*El Estado de derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del Machtstaat y del Polizeistaat: no más rex facit legem, sino lex facit regem*).

A utilização do modelo normativo do Estado de Direito servirá, conforme uma concepção de organização estatal apoiada no princípio de autoridade, ora para conteúdos orientados pelo Despotismo ilustrado e a concepção de Estado de Razão; ora para defini-lo exclusivamente como formal, afastando-se qualquer vinculação da autoridade estatal aos conteúdos e fins da ação do Estado; bem como por experiências totalitárias que se apresentaram como restauração do Estado de Direito, tendo em vista a perda de autoridade ocorrida nos regimes liberais e democráticos pautados por tendências ilegais, fragmentárias e anárquicas<sup>43</sup>.

Outra vertente crítica apontará que o Império da Lei traduz-se - no aspecto político da formulação liberal do Estado de Direito - na soberania do poder legislativo, pois a vontade geral só é soberana quando atua por via geral e abstrata, ou seja, no seu momento legislativo. Assim, dentre os órgãos constitucionais - e das forças sociais que os hegemonizam - será soberano quem detiver a função legislativa<sup>44</sup>. O que, para Rogério Ehrhardt Soares, significa:

instituir um sistema que legislativamente exprime os interesses da classe burguesa; apresentá-lo como um instrumento que não pretende preocupar-se com interesses particulares, nem mesmo com a sua soma, mas somente com a descoberta do direito justo; furta a sociedade a todo o domínio, porque o “domínio da lei” não é de homens, mas da ordem

---

A bibliografia sobre o tema é bastante vasta, cabendo citar alguns títulos que compõem o levantamento bibliográfico inicial: COSTA, Pietro et. ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006; COSTA, Pietro. *Civitas: storia della cittadinanza in Europa*. v. 4 *L'Età dei totalitarismi e della democrazia*. Bari: Laterza, 2001; VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha por el Estado de Derecho*. Bologna: Real Colegio de España, 1975.

<sup>43</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. op. cit., p. 22

<sup>44</sup> MOREIRA, José Carlos. O princípio da legalidade na Administração. in BFDC, 1949, vol. XXV, pág. 391. *Apud* NOVAIS, op. cit., p. 89. Seria Rousseau quem unificaria estas exigências numa síntese que, posteriormente completada por Kant, resultaria no entendimento iluminista da lei recebido pela Revolução Francesa e que viria a constituir as bases teóricas do “império da lei” e da específica divisão de poderes consagrados pelo Estado de Direito liberal. Portanto, “Nesta concepção de lei, entendida não como comando configurador, mas como quadro formal de garantia das liberdades e da segurança da propriedade, o Estado de Direito liberal realizava-se como *Estado de Razão*, como *reino de leis*, onde a cooperação da representação popular garantia a realização de uma justiça imanente ao livre encontro das autonomias individuais e o carácter geral e abstracto das leis assegurava a segurança e a previsibilidade requeridas pela auto-regulação do mercado.” NOVAIS, op. cit., p. 89-90

natural; e finalmente fornecer à burguesia a satisfação do seu desejo de certeza ou daquela garantia de calculabilidade que MAX WEBER apontava como sentimento constante em todas as burguesias<sup>45</sup>.

Em oposição ao modelo do Estado Legislativo, criticado acima, surge a concepção de Estado de Direito que na Alemanha se caracterizou por herdar do regime de polícia a soberania absoluta do Estado e a submissão de certa esfera das suas atividades ao direito civil e a jurisdição civil e se constituiu sob a fórmula de *Rechtsstaat* por haver: a) estabelecido a forma jurídica para a organização e exercício do poder soberano; b) afirmado o direito público como o direito próprio das relações entre Estado e súdito, não mais uma esfera na qual, por oposição a do direito civil, não existe direito quando se trata de relações entre Estado e súdito; c) reservado ao direito público administrativo as questões relativas à administração; d) afirmado o papel da lei e da participação popular na sua formulação; e) assumido a separação de poderes e submissão à lei – justiça e administração sob a lei; f) incorporado a idéia de ato administrativo como similar de sentença; e g) afirmado a não submissão da administração ao poder judiciário<sup>46</sup>.

#### 1.1.4.2 O Princípio da Legalidade administrativa

Manifestação das concepções jurídicas da Revolução Francesa<sup>47</sup> e reação direta contra as técnicas de governo do Absolutismo, o Direito Administrativo, está a serviço de uma idéia substancial de Direito: assegurar a liberdade do cidadão, daquele que no período pré-

---

<sup>45</sup> SOARES, Rogério E. op. cit., p. 90.

<sup>46</sup> MAYER, Otto. op. cit., p. 69-74.

<sup>47</sup> “L’entreprise de régénération nationale, à laquelle s’attèle l’Assemblée constituante, se manifeste de la façon la plus spectaculaire par l’ampleur des destructions opérées dans l’édifice administratif élevé par l’Ancien Regime. En moins de trois ans, les institutions administratives et judiciaires de la monarchie furent, à rares exceptions pres, abattues. Les parlements ont été les premières victimes mis en vacances par la loi du 3 novembre 1789, ils sont dissous par celle des 16-24 août 1790. Les intendants, fort effacés dès les premiers troubles révolutionnaires, sont supprimés par la loi départementale du 22 décembre 1789. Le Conseil du roi survécut plus longtemps. D’abord dépouillé des prérogatives incompatibles avec les nouveaux principes constitutionnels et remodele dans son articulation, il est anéanti par la loi des 27 avril-25 mai 1791. Cours des aides, bureaux des finances et autres compagnies similaires disparaissent em vertu de la loi des 7-11 septembre 1790. Quant aux Chambres des comptes, elles se dispersèrent définitivement à la suite de la loi des 17-29 septembre 1791.” BURDEAU, François. *Histoire du droit administratif – de la Révolution au début des années 1970*. Paris: Presses universitaires de France, 1995.

revolucionário estava situado apenas como simples súdito passivo em relação a um poder “distante e transcendente”<sup>48</sup>.

A consolidação desta concepção de Direito, que necessariamente está vinculada a uma concepção de Estado de Direito, vai influenciar toda orientação política ocidental até nossos dias. Três aspectos são fundamentais para se entender o princípio da legalidade: 1º) toda atividade administrativa - e não só as atividades privadas da Administração, como no Estado de Polícia - fica subordinada à lei; 2º) a atividade administrativa, com base na sua submissão à lei, assume caráter jurídico e 3º) com base na sujeição da Administração ao controle dos tribunais, os particulares adquirem garantias que lhes asseguram o cumprimento da lei pela Administração.

A construção histórica do princípio se deu a partir de dois casos: o primeiro, característico da Alemanha<sup>49</sup>, é o da preferência ou prevalência da lei, em que a vinculação legal da Administração se traduzia na obrigatoriedade de não violar a lei, de atuar dentro dos seus limites, já que ela possuía preferência face às restantes atividades do Estado. A supremacia da lei significava, tão somente, que os atos de grau inferior não podiam ser dirigidos *contra legem*<sup>50</sup>.

A segunda fase se dá no momento em que se observa o princípio de reserva de lei, presente no “monismo” parlamentar francês<sup>51</sup>. Não bastava que os atos da Administração não violassem a lei e os direitos subjetivos que esta consagrava, mas exigia-se também que certos domínios - a liberdade e a propriedade individuais - só pudessem

<sup>48</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo et. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, op. cit., p. 362. (*ajeno y transcendente*).

<sup>49</sup> “If we consider once again the way that the study of public affairs (the doctrine of administration) developed into public policy law (administrative law) in the period before 1848, then we can note that in this area the parallelism between the constitutional history and the history of scholarship is confirmed.

*The gradual transition from the ancien régime to the constitutional age so typical of Germany corresponds to the slow dissolution of the study of public affairs as the appropriate doctrine of administration for Enlightened Absolutism. The eighteenth-century concept of a state responsible for the welfare of its citizens hardly collapses in the nineteenth century, but it was modified in two important aspects.*

*First, the administration had to accept a certain reduction of its realm of competencies after economic liberalism had become the order of the day. (...)*

*Second, ‘public policy’ had to accept the imprint of constitutional and legally bound ‘administration’; the areas of public policy activity were now more clearly marked than previously by the principles of division of power and the binding nature of the law.”* STOLLEIS, Michael. **Public law in Germany, 1800-1914**. New York: Bregan Books, 2001.

<sup>50</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. op. cit., p. 27

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 27.

ser regulados por lei ou com base numa lei<sup>52</sup>. Entretanto, o gradual aperfeiçoamento da produção legislativa somado ao aumento da importância do Parlamento dentro da monarquia constitucional propiciou a evolução do princípio da reserva da lei para princípio da reserva total de lei, segundo o qual toda a atividade administrativa, independentemente da natureza que revestisse ou da área em que se verificasse, pressupunha a existência de um fundamento legal, ou seja, um processo de execução da lei. O problema se concentrava em determinar o sentido desse processo executivo.

A primeira tentativa de solução do problema considerou tal execução uma simples particularização na atuação concreta dos mandados abstratos das normas, apoiada no exemplo histórico da sentença judicial aplicadora da lei própria das práticas processuais revolucionárias francesas. Sob tal esquema judicial se forjou o conceito chave de ato administrativo<sup>53</sup>.

Essa solução foi repudiada mais tarde ao se verificar que não se pode explicar a posição da lei frente à Administração com o mesmo raciocínio da posição da lei frente aos Tribunais. A diferença foi teoricamente apresentada por Stahl: os Tribunais têm como função própria realizar a execução da lei (adequação da hipótese normativa ao caso concreto), já a Administração tem como função própria realizar os diversos fins públicos materiais, devendo fazê-lo dentro dos limites da lei<sup>54</sup>.

No início essa idéia de discricionariedade, posteriormente denominada de doutrina da vinculação negativa da Administração, possibilitou o surgimento do vezo autocrático na Administração pública ao admitir a liberdade da atuação administrativa resumida a fórmula: a Administração poderia fazer não só o que a Lei expressamente autorizasse, mas tudo aquilo que a Lei não proibisse<sup>55</sup>.

A reação a esta doutrina se deu através da produção teórica sob influência kelseniana, que teve como figura principal o administrativista Adolf Merkl. Esta nova concepção, chamada de vinculação positiva da Administração pela legalidade, defende o condicionamento da Administração no seu conjunto ao Direito Administrativo e de cada ação administrativa isolada a um preceito jurídico-administrativo que admita semelhante ação. Portanto, se uma ação pretende apresentar-se como

---

<sup>52</sup> NOVAIS, op. cit., p. 91-100.

<sup>53</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo et FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, op. cit., p. 365-366.

<sup>54</sup> Ibid., p. 366.

<sup>55</sup> Ibid., p. 367-368.

ação administrativa deve ser legitimada por um preceito jurídico que preveja semelhante ação, senão não poderá ser compreendida como ação do Estado<sup>56</sup>.

#### 1.1.4.3 O princípio da legalidade no Estado Social de Direito

O modelo do Estado Social, entretanto, não inaugura a intervenção do Estado na esfera econômica, tendo em vista a existência de antecedentes de assistência social no Estado liberal, como as *poor laws* no século XVII na Grã-Bretanha, que tentavam organizar a assistência social de forma sistemática<sup>57</sup>, bem como na França, na proposta de Robespierre<sup>58</sup> para a nova Constituição e com previsões constitucionais para seguros sociais e ensino<sup>59</sup>, ambas em 1793.

A consagração constitucional dos direitos sociais como se pode pensar à primeira vista não é o que define o Estado Social, mas sim a mudança das concepções políticas, agregadas à necessidade de dar respostas à nova sociedade que começa a se estruturar, caracterizada pela cultura de massas, planificação - inclusive capitalista -, sociedade de consumo, constante progresso da técnica<sup>60</sup> que dão as condições necessárias e impulsionam este novo *ethos*. Destacam-se, nesse cenário, como pensadores de uma política de reforma social, Lorenz von Stein<sup>61</sup> e Ferdinand Lassalle<sup>62</sup>.

---

<sup>56</sup> Ibid., p. 368.

<sup>57</sup> Ibid., p. 189.

<sup>58</sup> X. A sociedade é obrigada a prover a subsistência de todos os seus membros, seja fornecendo-lhes trabalho, seja garantindo os meios de subsistir àqueles que estão impossibilitados de trabalhar.

XI. Os auxílios indispensáveis àquele que carece do necessário constituem uma dívida daquele que possui o supérfluo: cabe à lei determinar a maneira pela qual essa dívida deve ser quitada.

<sup>59</sup> Art. 21. – *Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux que sont hors d'état de travailler.*

Art. 22. – *L'instruction est le besoin de tous. La société doit favoriser de tout son pouvoir les progrès de la raison publique, et mettre l'instruction à la portée de tous les citoyens.*

<sup>60</sup> DÍAZ, op. cit., p. 97.

<sup>61</sup> Sobre a Teoria da Sociedade de Von STEIN cf. GARCIA-PELAYO, Manuel. *Escritos Políticos y Sociales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 121-155.

<sup>62</sup> Lassalle exerceu papel marcante na história política prussiana. Dentre os vários escritos que deixou destacam-se o Manifesto Operário e, particularmente ao Direito Constitucional, “E agora o quê?” no qual defende a tese da Constituição como folha de papel à mercê das forças reais de poder. Sobre o autor ver: LASSALLE, Ferdinand. *Manifesto Obrero y otros escritos políticos*. Trad. Joaquín Abellan García. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. 337 p.

O sociólogo alemão percebe as mudanças que estão ocorrendo nos anos quarenta e cinquenta do século XVIII como uma transição do período dominado pela revolução e pela reforma políticas para o da reforma social<sup>63</sup>. No curso de sua teoria social, resumida a poucos aspectos para os fins deste estudo, Stein vai insistir numa relação dialética entre Estado e Sociedade como contingente à vida da comunidade. Essa ciência da sociedade é resumida por Garcia Pelayo nos seguintes termos:

- a) Teoria do conceito de sociedade e de ordem social, quer dizer, do princípio da sociedade e da natureza de suas forças e contradições, graças a qual se obterá o conhecimento das leis do movimento social.
- b) História da sociedade: a descoberta dos princípios e das leis do movimento social abre um campo de investigação apenas conhecido, abre perspectivas extraordinárias ao conhecimento histórico que, segundo von Stein, e se faz omissão de poucas e honrosas exceções, haviam sido até então mais que uma descrição, mas não uma compreensão dos fatores que movem a História, uma exposição de fatos, mas não uma penetração na verdadeira vida.
- c) Exposição dos princípios com base nos quais a ordem estatal é dominada pela ordem social.
- d) Teoria da reforma social, que se desdobra, por sua vez, em: 1) a demonstração de que o próprio interesse da sociedade exige a reforma, e 2) a exposição das leis e instituições destinadas a fazê-la cumprir<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> GARCIA PELAYO, Manuel. **Escritos políticos y sociales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 124

<sup>64</sup> Idem, p. 132. (a) *Teoría del concepto de sociedad y del orden social, es decir, del principio de la sociedad y de la naturaleza de sus fuerzas y contradicciones, gracias a lo cual se obtendrá el conocimiento de las leyes del movimiento social.* b) *Historia de la sociedad: el descubrimiento de los principios y de las leyes del movimiento social abre a la investigación un campo apenas conocido, abre perspectivas extraordinarias al conocimiento histórico que, según von Stein, y se se hace abstracción de pocas y honrosas excepciones, o había sido hasta entonces más que una descripción, pero no una comprensión de los factores que mueven la Historia, una exposición de hechos, pero no una penetración en la verdadera vida.* c) *Exposición de los principios con arreglo a los cuales la ordenación estatal es dominada por la ordenación social.*

Ao contrário de Marx, Stein defenderá que a solução para a questão social - marcada por posições contraditórias entre possuidores e não possuidores e a possibilidade desses últimos alcançarem a liberdade (autonomia da personalidade) - passará pela reforma social com o acesso dos trabalhadores ao capital e a conseqüente eliminação da relação de dependência desses em relação aos capitalistas<sup>65</sup>.

Nesse contexto surge o conceito de Monarquia Social, que acentuará o caráter conservador do pensamento de Stein. A fórmula monárquica, para o sociólogo, é a mais apta a mediar o conflito entre os interesses sociais e encarna em si a própria idéia de Estado. A sua condição de não deterioração em despotismo é a reforma Social<sup>66</sup>.

A tese da Monarquia Social será defendida por Lassalle no decorrer de sua militância política em favor da classe trabalhadora, muito embora tenha sido preso diversas vezes em razão de seus posicionamentos favoráveis à democracia. A proximidade com o pensamento de Stein é perceptível em uma das formulações do intelectual austríaco que se tornou famosa nos meios jurídicos a respeito da Constituição real e da Constituição escrita<sup>67</sup>.

Todavia, somente no século XIX, por meio de lutas populares e de intenções políticas de reforma social, que se assiste nos países europeus ao progressivo estabelecimento, por parte do Estado, de seguros contra acidentes de trabalho ou doenças profissionais e ao aparecimento de uma legislação laboral tendente a refrear os excessos mais chocantes do capitalismo, representados principalmente nas jornadas de trabalho e no trabalho infantil e feminino<sup>68</sup>, como ressalta Novais

d) Teoría de la reforma social, que se desdoble, a su vez, en: 1) la demostración de que el propio interés de la sociedad exige la reforma, y 2) la exposición de las leyes e instituciones destinadas a darla cumplimiento.)

<sup>65</sup> Idem, p. 152

<sup>66</sup> Idem, p. 154

<sup>67</sup> LASSALLE, Ferdinand. *Manifiesto obrero y otros escritos políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 28

<sup>68</sup> Ibid., p. 189. Gerhard A. Ritter esclarece que muitos fenômenos foram responsáveis pelo surgimento de novas formas de seguridade social - num contexto permeado por mudanças sociais e econômicas rápidas, crescimento da população, industrialização, urbanização, migrações internas, secularização e mobilização política das massas -: "la disolución de la sociedad estamental y de la estructura gremial, la pérdida de significación asistencial contra las necesidades; la crisis del sistema tradicional de asistencia, basado en la ayuda vecinal y en la responsabilidad de los municipios en que se había nacido, crisis producida a consecuencia de la emigración masiva de la mano de obra y del proceso de urbanización; la creciente dependencia de los mercados de trabajo capitalistas, en los que el nivel de los salarios no se fija por las

só o impacto provocado pela I.<sup>a</sup> Guerra Mundial estimularia uma alteração radical na forma de conceber as relações entre o Estado e a Sociedade, podendo dizer-se que ela marca o termo do optimismo liberal fundado na ideia de uma justiça imanente às relações sociais autónomas e livremente desenvolvidas a partir da auto-regulação do mercado. De facto, não obstante as crises, o desemprego ou as guerras que até então se verificaram, a tendência global ia no sentido do desenvolvimento económico, da expansão dos mercados, do progresso técnico e da conseqüente elevação do nível de vida da população, factores que, aliados à homogeneidade da direção política, reforçavam a fé nas virtudes da livre concorrência e confinavam genericamente a actividade do Estado à garantia da segurança política, social e jurídica das relações de troca regidas pelo direito privado, à produção das infra-estruturas requeridas pelo funcionamento do sistema e a uma intervenção dirigida à prevenção das perturbações aos mecanismos do mercado ou ao seu eventual restabelecimento<sup>69</sup>.

Esse novo Estado tem por função precípua garantir a integração existencial, ou seja, se responsabiliza pela *Daseinsvorsorge* como designado pela publicística alemã.

O conceito, desenvolvido por Ernst Forsthoff, traduz-se nas seguintes categorias: *espaço vital*, que é o conjunto de bens, serviços, relações e situações materiais ou culturais em cujo âmbito o homem desenvolve a sua existência; dentro dele há o espaço vital dominado e o espaço vital efetivo. O primeiro é integrado por tudo que lhe é atribuído – independentemente da condição de proprietário – de forma tão íntima

---

necesidades de los obreros, sino por las leyes del mercado; la pérdida de significación de la agricultura y del trabajo doméstico con el consiguiente retroceso de las posibilidades de trabajo para niños, mujeres e viejos, y la mayor dependencia de los ingresos regulares del que trabaja; el surgimiento e incremento del proletariado industrial; el aumento del riesgo de accidentes por el trabajo con máquinas; el peligro creciente del desempleo a consecuencia de las oscilaciones en la coyuntura económica y las nuevas formas de miseria masiva a ellas asociadas, así como su conceptualización como ‘cuestión social’.” RITTER, Gerhard A. **El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional**. Madrid: Ministerio do Trabajo y Seguridad Social, 1991. p. 85

69 NOVAIS, op. cit., p. 191.

ou intensa que o homem concreto pode permanentemente dispor e utilizar numa relação de senhorio ou predomínio (é, assim, o caso da sua propriedade, do seu poço, da sua casa, da sua oficina ou do seu posto de trabalho na fábrica); o espaço vital efetivo é constituído, por sua vez, por todos os bens ou serviços que o homem não domina, que lhe são alheios, mas em cujo âmbito decorre efetivamente a sua existência concreta (o sistema de transportes e telecomunicações, os serviços de água, eletricidade, gás, o ordenamento urbanístico).

Ao analisar as alterações produzidas no espaço vital a partir do século passado, Forsthoff conclui pela constatação de duas tendências irreversíveis: por um lado, as grandes concentrações urbanas e as deslocamentos das populações dos seus locais de origem provocam uma redução decisiva do âmbito do *espaço vital dominado*; paralelamente, o progresso tecnológico compensa aquela redução através do alargamento constante do *espaço vital efetivo*. Esta transformação nas condições de desenvolvimento da existência – em que tendencialmente o homem perde o domínio e controle sobre um cada vez mais amplo conjunto de bens e serviços que utiliza para viver – repercute-se decisivamente no plano das funções do Estado, na medida em que a diminuição progressiva da auto-suficiência (relativamente à qual não se pode fazer uma valoração negativa, pois este processo pode ir a par e ser sentido como um aumento da liberdade perante o Estado e da felicidade individual) deve necessariamente ser compensada por uma atividade do Estado dirigida a assegurar as condições vitais de existência de que o homem carece, ou seja, pelo *daseinsvorsorge*<sup>70</sup>.

#### 1.1.4.4 Desafios dogmáticos para o Direito Administrativo no Estado Social<sup>71</sup>

A partir do momento que a Lei Fundamental de Bonn de 1949 inseriu a fórmula *sozialer Rechtsstaat* em seu texto, a doutrina constitucional alemã se deparou com o problema da compatibilização do novo princípio com o velho quadro conceitual do Estado de Direito<sup>72</sup>.

---

70 NOVAIS, p. 195, n.r.p. 455.

71 São utilizados ainda como conceitos afins, de Estado Social, as expressões Estado Assistencial, Estado Providência, *Welfare State*, Estado de Bem-Estar, Estado de Partidos, Estado de Associações, Estado Administrativo, cada qual salientando aspectos do todo descrito anteriormente como Estado Social. Cf. GARCIA-PELAYO, op. cit., p. 13 e ss. e p. 48 e ss.; MOREIRA, Vital p. 115 e ss.

72 A Constituição da Baviera (2 de dezembro de 1946) previa em seu art. 3º que: *Bayern ist ein Rechts-Kultur-und Sozialstaat* (Bayern é um Estado de Direito, Cultural e Social). A Carta Magna de Baden (22 de maio de 1947) em seu artigo 50 consagrava: *Baden ist ein*

O debate girava em torno de todas as conseqüências que poderiam ser extraídas da consagração do Estado social de Direito como princípio estruturante da nova ordem jurídico-constitucional.

Duas posições se contrapõem ao respeito do novo princípio: a) defesa da compatibilidade entre Estado de Direito e Estado social que via no *sozialer Rechtsstaat* um conceito que refletia a especificidade da nova ordem constitucional enquanto expressão contemporânea do ideal de *Estado de Direito*; b) defesa da incompatibilidade conceitual de um Estado social de Direito, cujo expoente maior foi Ernest FORSTHOFF<sup>73</sup>.

A adoção da expressão Estado Social de Direito impõe algumas mudanças voltadas para a garantia dos direitos fundamentais como fim basilar do Estado, bem como a exigência da racionalização de toda a sua atividade em função deste objetivo. De maneira geral, o Estado não só está obrigado a omitir todos os comportamentos violadores da esfera de autonomia dos cidadãos, mas também deve criar as condições que garantam o livre e igual desenvolvimento da personalidade individual e a realização da dignidade da pessoa humana<sup>74</sup>.

*demokratischen und sozialer Freistaat* (Baden é um Estado Democrático, liberal e social). Rheinland-Pfalz (Constituição de 18 de maio de 1947, artigo 74) e Württemberg-Baden (Constituição de novembro de 1946, art. 43, 1) empregavam: *ein demokratisches und sozialer Volksstaat* (Estado democrático, social e popular). VERDÚ, op. cit., p. 82.

73 NOVAIS, op. cit., p. 205. Sobre o conceito de Constituição de Forsthoff ver CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 82 e seg.

74 Para um Estado ser considerado como Estado de Direito liberal ou social, segundo a análise desenvolvida por Ferrajoli, há que se observar o caráter dos Direitos incorporados pelo ordenamento constitucional. Existem, portanto, dois tipos de Direitos: a) *direitos de*, ou faculdades de comportamentos próprios, aos quais correspondem *proibições*, ou deveres públicos de não fazer, podendo-se citar como exemplos as liberdades fundamentais; e b) *direitos a*, ou, expectativas de comportamentos alheios, aos quais deveriam corresponder obrigações, ou deveres públicos de fazer.

O Estado de Direito liberal se caracterizará, portanto, pela incorporação somente de proibições em seu ordenamento constitucional.

O Estado de Direito Social, por sua vez, restará caracterizado quando, pelo contrário, incorpore também obrigações, que requerem prestações *positivas* em garantia de Direitos sociais.

Muda, contudo, profundamente a estrutura normativa do poder estatal, não, tão somente, limitado negativamente por proibições de impedir e *direitos de*, mas, também, funcionalizado positivamente por obrigações de satisfazer os *direitos a*. Muda, igualmente, a base de legitimação do Estado: enquanto o Estado de Direito liberal deve somente *não piorar* as condições de vida dos cidadãos, o Estado de Direito social deve também *melhorá-las*; deve não só não representar para eles um inconveniente, mas ser também uma vantagem.

As garantias liberais ou negativas, baseadas em proibições, servem para defender ou conservar as condições naturais ou pré políticas de existência: a vida, as liberdades, as imunidades frente aos abusos de poder e, hoje há que se acrescentar, a não nocividade do ar, da água e em geral do ambiente natural; as garantias sociais ou positivas, baseadas em obrigações, permitem pelo contrário pretender ou adquirir condições *sociais* de vida: a subsistência, o

No tocante aos direitos e liberdades individuais as exigências seguem três caminhos distintos: 1) fundamentalização dos direitos sociais em sentido lato, ou seja, sua consagração constitucional (expressa ou implícita) e projeção de uma relevância que os impõe ao reconhecimento de todos os órgãos e funções do Estado; 2) reinterpretação dos direitos, liberdades e garantias tradicionais à luz do novo princípio de sociabilidade que se reflete numa dependência e vinculação social do seu exercício ou mesmo numa compreensão do seu conteúdo, determinadas pela necessidade de garantir as condições de liberdade de todos os homens; 3) concepção dos direitos fundamentais não só como técnicas de defesa contra os abusos e violações provenientes da autoridade pública, mas também como valores que se impõem genericamente a toda a sociedade e que, dirigidos igualmente contra os poderes particulares, adquirem relevância nas relações jurídicas privadas como direitos contra terceiros<sup>75</sup>.

Esse novo quadro institucional exigirá mudanças profundas na dogmática publicista, particularmente no Direito Administrativo. Os movimentos observados na constituição do campo teórico específico do Direito Público com a fixação de seus princípios basilares e a sua diferenciação da dogmática privatista terão um novo desafio: renovar o discurso dogmático construído no Estado Liberal por meio de técnicas e princípios coerentes com a garantia dos direitos fundamentais prestacionais<sup>76</sup>.

As mudanças foram perceptíveis em várias esferas de atuação do Estado, cabendo destacar, conforme Forsthoff, o aumento de negócios jurídicos dependentes de autorização estatal; intervenção conformadora do Estado no campo do Direito Privado (leis habitacionais, leis de locação, leis de mutilados de guerra e contrato forçoso de trabalho); conformação das relações nascidas dos contratos de trabalho; conformação dos *trusts*<sup>77</sup>.

---

trabalho, a saúde, a moradia, a educação, etc. As primeiras estão dirigidas ao passado e tem como tais uma função conservadora; as segundas se dirigem ao futuro e tem um alcance inovador. FERRAJOLI, op. cit., p. 862.

<sup>75</sup> NOVAIS, op. cit., p. 213-214.

<sup>76</sup> “No obstante, bajo la Constitución de Weimar tiene lugar, en efecto, una modificación de principio en las relaciones del Estado con el orden social; sólo que esta modificación no hay que buscarla en el campo del Derecho constitucional, sino en la práctica de la Administración económica. En los primeros momentos, las formas de intervención estatal que se hacen necesarias en los distintos campos económicos se desarrollan independientes las unas de las otras, de acuerdo con las exigencias prácticas, sin que aparezca una conexión sistemática entre ellas”. FORSTHOFF, op. Cit., p. 104

<sup>77</sup> Idem, p. 104-08

A dificuldade da dogmática do Direito Administrativo<sup>78</sup> apresentar soluções para esta nova realidade que se apresenta está diretamente conectada à compreensão da vinculação da Administração Pública à legalidade e registra um momento de superação:

Começando na primeira guerra mundial, e mais intensamente ainda sob a Constituição de Weimar, a Administração passou a resolver os assuntos administrativos evitando a ordenação soberana e somente segundo os princípios do Direito privado ou por meio de formas de organização nas quais se encontravam unidos elementos de Direito público e de Direito privado. Esses fenômenos não podem mais ser apreendidos com as categorias de Otto Mayer, e há que se atribuir à influência de sua obra, o que a ciência do Direito Administrativo necessitasse muito tempo antes de perceber que aqui se encontrava perante elementos novos e permanentes da nossa ordem administrativa, nos quais haviam encontrado sua expressão característica tendências essenciais de desenvolvimento<sup>79</sup>.

Os desafios para a dogmática administrativista, portanto, se colocam no campo da superação das visões particularistas, que dominaram o surgimento deste ramo do direito, juntamente com as que resultaram da especialização das atividades da administração pública, e se voltam para o desenvolvimento dos princípios jurídicos e doutrinas gerais e unitárias.

---

<sup>78</sup> RETORTILLO BAQUER, Lorenzo Martín. *La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de “daseinsvorsorge”*. Acessado em 04/05/2008. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/>

<sup>79</sup> FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. p. 91 (*Comenzando en la primera guerra mundial, y más intensamente todavía bajo la Constitución de Weimar; la Administración pasó a resolver los asuntos administrativos evitando la ordenación soberana y sólo según los principios del Derecho privado o por medio de formas de organización en las que se daban unidos elementos de Derecho público y de Derecho privado. Estos fenómenos no pueden ser ya aprehendidos con las categorías de Otto Mayer, y hay que atribuir a la influencia de su obra, el que la ciencia del Derecho administrativo necesitase mucho tiempo antes de percibir que aquí se encontraba ante elementos nuevos y permanentes de nuestro orden administrativo, en los cuales habían encontrado su expresión característica tendencias esenciales del desarrollo.*)

#### 1.1.4.5 O princípio da juridicidade

A alteração do conceito material de lei, o alargamento do domínio juridicamente relevante e o desenvolvimento da esfera de atuação administrativa – mudanças operadas na virada do século passado -, juntamente com a ampliação e diversificação das relações entre a Administração Pública e o Direito oportunizaram o surgimento de orientações teóricas inovadoras da dogmática administrativista<sup>80</sup>.

Uma dessas inovações e a reconstrução dogmática da doutrina da legalidade administrativa, chamada de princípio da juridicidade. De maneira geral, essa proposta defende a manutenção da primazia normativa da lei sobre todos os atos da administração; a lei torna-se o pressuposto e o fundamento de toda atividade administrativa (princípio da precedência de lei, ou da reserva de função administrativa); exigência de densidade legal acrescida e uma vinculação mais intensa - sob os aspectos formal, procedimental e substancial – da atividade administrativa à lei (princípio da reserva – material – do Parlamento, ou reserva da lei parlamentar); subordinação da Administração, mesmo que no uso de poderes discricionários concedidos por lei, aos princípios jurídicos fundamentais; ausência de presunção de legalidade da atividade administrativa e presença do dever de fundamentação expressa dos atos administrativos, mantendo-se o atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos somente aos casos previstos em lei e às situações de urgência; e, controle jurisdicional tanto da legalidade como da juridicidade da atividade administrativa<sup>81</sup>.

De uma breve revisão da literatura é possível encontrar dois autores que se dedicaram sobre o princípio da juridicidade administrativa: Paulo Otero<sup>82</sup> e Gustavo Binbenojm<sup>83</sup>. O primeiro

---

<sup>80</sup> SOARES, Rogério E. Princípio da legalidade e Administração constitutiva, **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, LVII (1981), p. 169 e ss.

<sup>81</sup> O resumo foi formulado por José Carlos Vieira de Andrade em seu plano de ensino da disciplina de Direito Administrativo I, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Optou-se por citar este documento, pois os textos do autor que foram consultados não faziam referência ao conteúdo abordado. A referência bibliográfica citada pelo administrativista português ainda está por ser adquirida (salvo o segundo texto) mas convém citá-la: “ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, I, p. 50-74; sobre a matéria do ponto 1/1.: ROGÉRIO SOARES, *Princípio da legalidade e Administração constitutiva*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, LVII (1981), p. 169 e ss; sobre a matéria do ponto 1/2.: FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II vol., 2001, Capítulo I”

<sup>82</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. (Reimpressão da edição de maio de 2003). Coimbra: Almedina, 2007.

<sup>83</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais,

trabalho trata-se de obra bastante extensa (cerca de 1.200 páginas) na qual se procurou explorar uma hipótese de trabalho voltada para descobrir

as zonas ou as vias reveladoras de um relacionamento ‘anômalo’, ‘debilitado’ ou ‘invertido’ da Administração com a legalidade, procurando reflectir sobre a veracidade de certos domas clássicos relativos à legalidade administrativa que se vão transmitindo de modo mecânico aos juristas de geração em geração, cuidando de saber, afinal, em que medida o modelo de legalidade administrativa efectivamente vigente se enquadra na unidade de um ordenamento jurídico baseado no princípio constitucional da vinculação dos órgãos e agentes administrativos à lei e à Constituição<sup>84</sup>.

O segundo autor guarda muita semelhança com o primeiro, até mesmo porque boa parte das fontes citadas quando da abordagem do que Binenbojm chama de “crise da lei: da legalidade como vinculação positiva à lei ao princípio da juridicidade administrativa” são textos de Paulo Otero ou fontes utilizadas pelo jurista português<sup>85</sup>.

Esses autores enxergam na debilidade dos parlamentos, constatadas por meio de pesquisas de opinião que demonstram graus de confiança muito baixos por parte dos cidadãos, o estabelecimento de uma crise da legalidade e de seu ideal racionalista legado pelo iluminismo<sup>86</sup>. Essa percepção está assentada em cinco razões: inflação legislativa; sua utilização também para a injustiça e para a barbárie; a perda de seu papel exclusivo na manifestação geral do povo; o papel crescente de outros atos normativos como fundamento da atividade administrativa; a expansão do Poder Executivo sobre as competências legislativas do Poder Legislativo<sup>87</sup>.

Essas razões, contudo, não são suficientes para fazer crer que a lei poderia perder seu papel central nos Estados de tradição política

---

democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>84</sup> OTERO, Paulo. op. cit., p. 19.

<sup>85</sup> BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 125-191.

<sup>86</sup> BINEBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 125

<sup>87</sup> Idem, p. 126-128.

liberal pois descrevem fenômenos que atingem a eficácia dos sistemas políticos e não propriamente a importância teórica do conceito de legalidade administrativa.

### 1.1.5 A fuga para o direito privado

Muito embora haja uma aceitação generalizada do princípio da legalidade como a fórmula que expressa a conexão existente entre a Administração Pública e o Direito, outras fórmulas também são usadas para definir essa relação, com diferentes acentos teóricos e dogmáticos.

Percebe-se da revisão feita dos posicionamentos dos autores que os diferentes conceitos têm por objeto a vinculação jurídica da Administração Pública ao Direito e esta relaciona-se com o surgimento e desenvolvimento do Estado de Direito, modelo normativo no qual todo exercício de poder só é legítimo se obedecer a forma jurídica<sup>88</sup>. A forma jurídica, por sua vez, exigida para o exercício cotidiano do Poder<sup>89</sup> - ou da função administrativa do Estado -, sob esse aspecto, pode ser investigada a partir dos modelos normativos de Estado de Direito e das conceituações elaboradas pela dogmática do Direito Administrativo para a Vinculação Jurídica.

As mudanças políticas e institucionais ocorridas nos pouco mais de dois séculos de existência do Direito Administrativo<sup>90</sup> vão colocar à

---

<sup>88</sup> CADEMARTORI, Sérgio U. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. 2ª ed. Atual. Ampl. Florianópolis: Millennium, 2007. p. 3-26.

<sup>89</sup> “*En un Estado moderno, el poder real, que no se manifiesta en los discursos parlamentarios ni en las proclamaciones de los monarcas, sino en la actuación administrativa cotidiana, reside necesaria e inevitablemente en las manos del funcionario; del civil y del militar. Pues, a decir verdad, el alto oficial moderno incluso dirige las batallas desde el Bureau. Del mismo modo que el criterio inequívoco para medir la modernización de la economía es el denominado progreso hacia el capitalismo a partir de la Edad Media, el criterio inequívoco para medir la modernización del Estado - tanto del Estado monárquico como del democrático, siempre que se trate de un Estado de masas grande y no de un pequeño cantón con una Administración rotativa - es el progreso hacia el funcionariado burocrático, cuyos pilares son: contratación, sueldo, pensión, ascenso, formación especializada y división del trabajo, competencias delimitadas, tramitación de expedientes, jerarquización.*” WEBER, Max. **Escritos políticos**. 2ª ed. Madrid: Alianza editorial, 2008. p. 96-97

<sup>90</sup> Para os administrativistas brasileiros, em geral, o surgimento do Direito Administrativo está relacionado com a publicação da *Loi de 28 de pluviose* no ano VIII (1800) na França (Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 26; ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 09; MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 14; MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1976. p. 59; TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 01.) e com a decisão do *arrêt Blanco*, em 8 de fevereiro de 1873 (FREITAS, Juarez. **O**

prova a perenidade desejada pela doutrina<sup>91</sup> para a vinculação jurídica identificada com o princípio da legalidade administrativa quando se trata de adequá-lo a diferentes modelos normativos de Estado de Direito.

## 1.2 HIPÓTESE DE TRABALHO

Atualmente a vinculação jurídica da Administração Pública, no âmbito da Teoria Geral do Direito Administrativo, em geral, é definida por meio do conceito do princípio da legalidade administrativa composto de dois sub princípios: o sub princípio da primazia ou da supremacia da lei sobre os demais atos estatais infraconstitucionais; e o sub princípio da reserva legal que obriga a Administração Pública a atuar somente quando houver lei expressa que assim o determine, conseqüência da doutrina da Separação dos Poderes própria dos teóricos do Estado Liberal e das experiências históricas concretas deste modelo de Estado de Direito, com destaque para a ordem jurídica do Estado Francês pós revolução.

O advento das Constituições da segunda metade do século passado propicia o surgimento de uma nova concepção de Estado de Direito que nos últimos anos vem sendo denominada de Estado Constitucional de Direito, caracterizada pela rigidez constitucional, pela impossibilidade de alteração e pela sujeição de todos os poderes aos direitos fundamentais.

Uma das abordagens dessa nova concepção, o Garantismo Jurídico, defende que a clássica divisão de poderes do século XVIII é inadequada para dar conta da complexidade da esfera pública das

---

**controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 25, n. nº 3). Esses posicionamentos, contudo, não encontram eco entre os historiadores do direito administrativo que, invariavelmente, analisam o surgimento do Direito Administrativo a partir de três dimensões: científica-doutrinal, institucional e dogmática. A publicação de uma lei ou de uma decisão não tem por si só o condão de criar um ramo do direito. Ela é uma, talvez a menos importante, dentre várias circunstâncias que precisam ser analisadas para se compreender quais são as forças culturais que estão levantando o edifício conceitual especializado daquela área do Direito. Confira-se a esse respeito: HESPANHA, Antonio Manuel. Representação dogmática e projectos de poder para uma arqueologia da teoria do direito administrativo. **Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra.** Número especial: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia. v. III. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 103-142; BURDEAU, François. *Historie du droit administratif.* Paris: PUF, 1995; MANNORI, Luca e SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo.* Roma-Bari: Laterza, 2006.

<sup>91</sup> A imutabilidade dos conceitos jurídicos construídos pela dogmática é um traço do método exegético empregado pelos autores que transformam essa característica técnica em verdade inabalável que compõe um sistema completo (ou fechado).

democracias contemporâneas porque no plano descritivo dos sistemas políticos atuais não se percebe uma separação, mas uma cooperação entre poderes, bem como no plano axiológico a quantidade de funções designadas à esfera pública não é compatível com a tripartição de Montesquieu.

Nesse último aspecto, as funções da esfera pública são definidas a partir da Esfera de lo indecible e da Esfera de lo decidible. Decorre dessa compreensão que o redesenho da separação de poderes deve levar em conta a existência de funções e instituições de governo, próprias da discricionariedade política e de funções e instituições de garantia, próprias da esfera submetida à lei.

A partir, portanto, das esferas do que se pode decidir politicamente e daquilo que não se pode decidir senão juridicamente pode-se repensar não somente a divisão de poderes, mas também a própria vinculação jurídica da Administração Pública. A submissão à lei no marco teórico do Garantismo Jurídico é uma vinculação à garantia dos direitos fundamentais sob o critério de legitimação formal e substancial que caracterizam o Estado Constitucional de Direito.

Objetiva-se nesta pesquisa saber quais os elementos que a Teoria do Garantismo Jurídico oferece para a releitura do conceito de princípio da legalidade administrativa. Ou seja, qual a relação que essa teoria defende entre direitos fundamentais e Administração Pública, quais os critérios e as técnicas de legitimação de um modelo garantista de legalidade administrativa.

### 1.3 METODOLOGIA

Para enfrentar esses problemas optou-se por abordar historicamente a construção do conceito princípio da legalidade administrativa, dentro da compreensão de que a Administração estabelece um vínculo, ou uma conexão, com o Direito.

Essa conexão refletiria quais os modelos normativos de Estado de Direito em cada etapa do percurso histórico do conceito e revelaria as opções teóricas, metodológicas e ideológicas subjacentes às significação atribuídas pela dogmática jurídica do Direito Administrativo.

Além desses aspectos, optou-se por analisar o papel que a própria dogmática passa a exercer quando associada com a proposta teórica do Garantismo Jurídico no modelo normativo do Estado Constitucional de Direito. Afastando-se, assim, a sua utilização nos moldes do "senso comum teórico dos juristas" e vinculando seu significado à própria abordagem teórica.

Pode-se afirmar, portanto, que o conceito "princípio da legalidade administrativa" foi tratado tanto sob o enfoque da história do direito, quanto da teoria e da dogmática jurídicas.

O primeiro tendo por finalidade esclarecer as relações entre Direito e Poder estabelecidas pelo pensamento dogmático do Direito Administrativo nos seus momentos históricos mais significativos.

O segundo visando explorar as coerências e incorências teóricas, geralmente tangentes ao discurso dogmático, entre os modelos de Estado de Direito e as escolas do pensamento jusfilosófico.

E, finalmente, o terceiro com o intuito de tornar claro os pontos em que o discurso observador do direito posto, próprio da dogmática jurídica, não exclui pontos, conceitos, nos quais o discurso teórico o dogmático se encontram, bem como a explicitação das técnicas ou critérios de legitimação utilizados na construção dos modelos de legalidade administrativa e nos modelos de dogmática do direito administrativo.

#### 1.4 ESTRUTURA DO TRABALHO

Para alcançar o objetivo da investigação, adotou-se uma estrutura dividida em quatro capítulos, além da parte introdutória na qual foi apresentado o estado da questão.

O capítulo segundo foi dedicado a um esboço do percurso histórico do princípio da legalidade administrativa e da vinculação da Administração Pública ao Direito, tanto no Estado Legislativo, no Estado Social, quanto no Estado Constitucional de Direito, de forma a apresentar um quadro geral das tentativas de tornar esse conceito um conceito constitucional, garantidor de direitos dos cidadãos frente ao exercício do poder por parte da Administração Pública, bem como afirmar a transição pela qual ainda não passou o conceito rumo a uma adequação ao Estado Constitucional de Direito.

No capítulo terceiro voltou-se a preocupação dos estudos para a configuração dos elementos constitutivos de um modelo garantista de legalidade administrativa. Da análise dos modelos de dogmática do direito administrativo contemporâneo, processada por meio de um resumo histórico sobre o surgimento do Direito Administrativo, os processos de publicização, especialização e separação - próprios dos modelos dogmáticos do século XIX, e pelas expectativas quanto ao modelo de Direito Administrativo a se construir no paradigma da

Democracia constitucional, se estabeleceu um quadro geral da dogmática administrativista.

Num segundo momento desse capítulo apresentou-se os principais traços constitutivos do modelo normativo, da teoria e da filosofia jurídicas do Garantismo Jurídico, relacionando-o com o Estado Constitucional de Direito e com a Democracia Constitucional.

O terceiro momento do capítulo foi dedicado ao estudo de duas propostas teóricas de aproximação a um modelo garantista de Direito Administrativo: garantia e sujeição da Administração ao Direito e discricionariedade administrativa e controle jurisdicional na perspectiva garantista.

O quarto momento do capítulo ocupou-se da relação da dogmática jurídica com a teoria do direito na perspectiva de um modelo de legalidade administrativa, de forma a explicitar as opções metodológicas e epistemológicas sobre a autonomia e especialidade da Dogmática do Direito Administrativo, bem como sua relação com a teoria do direito na perspectiva garantista.

No quinto momento do capítulo terceiro abordou-se a relação do Garantismo Jurídico com outros modelos teóricos, a começar pelo positivismo jurídico, passando pelo pós positivismo e também pelo neoconstitucionalismo.

Por fim, o último tópico do capítulo terceiro tratou das premissas do modelo garantista de legalidade administrativa, que consistem nos direitos fundamentais referência para esse modelo, os critérios e técnicas de legitimação. Estas últimas abordadas no capítulo subsequente.

A exposição final do conteúdo dos capítulo se destinou a enfrentar a questão sobre a identificação dos critérios e técnicas de legitimação do modelo garantista de legalidade administrativa, dividida em duas partes.

A primeira parte ocupou-se dos modelos de Estado de Direito e dos modelos de legalidade administrativa, ou seja, dos modelos de Estado *sub lege*, *per leges* e *sub iure*. Após essa abordagem configuradora dos diferentes modelos de Estado de Direito iniciou-se o estudo sobre o modelo garantista de Estado *sub iure* presente em *Principia iuris*, de forma a deixar claro os critérios de legitimação do modelo de legalidade administrativa em relação ao paradigma do Estado Constitucional de Direito proposto por Luigi Ferrajoli.

A segunda parte tratou das técnicas de legitimação do modelo garantista de legalidade administrativa, a saber: a validade das normas e as teses garantistas de aplicação normativa; a redefinição garantista da

Separação de Poderes a partir da esfera do decidível e do indecidível; a separação entre Direito e Moral como técnica de reforço da vinculação normativa no quadro do positivismo jurídico e do constitucionalismo; e os deveres fundamentais como sistema de limites e vínculos normativos impostos àqueles que exercem qualquer poder em relação aos direitos fundamentais.

Nas conclusões foram apresentadas treze teses sobre os elementos de uma releitura do princípio da legalidade administrativa e da vinculação da Administração Pública ao Direito a partir da Teoria Garantista, ou do Estado Constitucional de Direito.

## 2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA: a vinculação entre a Administração Pública e o Direito

No âmbito da dogmática do Direito Administrativo atual define-se que a Administração Pública está vinculada ou conectada ao Direito por meio do conceito "princípio da legalidade administrativa", também chamado de "princípio da legalidade da Administração Pública". O qual se divide em dois sub princípios: o sub princípio da primazia ou da supremacia da lei sobre os demais atos estatais infraconstitucionais; e o sub princípio da reserva legal que obriga a Administração Pública a atuar somente quando houver lei expressa que assim o determine<sup>92</sup>.

Em que pese o conceito de princípio da legalidade administrativa ter alcançado atualmente lugar próprio nos textos constitucionais, diferentemente do que se observa no surgimento do Direito Administrativo e na fase da "*Gestation*"<sup>93</sup>, ainda persiste o esforço da dogmática em compatibilizá-lo com o modelo normativo do Estado Constitucional.

Esse esforço parece encontrar na reconfiguração da vinculação jurídica da Administração Pública ao Direito um limite sensível ao modelo de separação de poderes desenvolvido pela dogmática do direito administrativo e seu entrelaçamento com a forma democrática de exercício do poder associada à garantia dos direitos fundamentais<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Veja-se: RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. **Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil** in: ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do estado de direito**: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 54-58; SORRENTINO, Federico. **Legalità e delegificazione**. in: PINELLI, Cesare (a cura di). **Amministrazione e Legalità: fonte normative e ordinamenti**. *ATTI DEL CONVEGNO - Macerata, 21 e 22 maggio 1999*. Milano: Giuffrè, 2000. EHRARDT SOARES, Rogério. Princípio da legalidade e administração constitutiva. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, LVII (1981), p. 169; BASSI, Nicola. **Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti**. Milano: Giuffrè, 2001. p. 105-256; *ATTI DEL LIII CONVEGNO DI STUDI DI SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE*, 53., 2008, Varenna. **IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO CHE CAMBIA**. Milano: Giuffrè, 2008;

<sup>93</sup> "*De la fin de l'Ancien Régime jusqu'au Second Empire, l'histoire du droit administratif se déroule sous le signe de discontinuités enchevêtrées, au point que toute périodisation est nécessairement artificielle. On peut cependant partager cette histoire en deux grandes phases. La première, que couvre la décennie révolutionnaire et l'époque napoléonienne, est le temps de la fondation. Au cours de la seconde, de 1815 au tout début de la III<sup>e</sup> République, se dessine un double mouvement: l'un qui conduit à une individualisation progressivement plus élaborée du droit administratif; l'autre qui affecte, selon des modalités fort variables, les rations du pouvoir administratif avec les droits et la loi.*" BURDEAU, François. **Historie du droit administratif**. Paris: PUF, 1995. p. 27

<sup>94</sup> A aproximação à história do conceito de princípio da legalidade proposta para este capítulo, muito embora não seja o propósito dessa aproximação produzir uma história do conceito mas

Por essas razões se optou por abordar alguns momentos da história desse conceito que podem apontar os signos e significados atribuídos para a vinculação da Administração Pública ao Direito, destacando-se as formulações teóricas que estão por trás dos conceitos dogmáticos produzidos a fim de que as opções metodológicas que construíram a dogmática do Direito Administrativo possam ser explicitadas.

## 2.1 TRAÇOS DA VINCULAÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO LEGISLATIVO

As diversas e distintas experiências políticas inspiradas no liberalismo reforçam a opção pela não utilização de um conceito extremamente genérico como o de Estado Liberal. No caso do direito administrativo se destacam em razão do grau de influência que exerceram em experiências do liberalismo europeu continental, as ocorridas na França e Alemanha no período denominado de Estado Legislativo.

Esse período pode ser caracterizado pela centralidade que o parlamento tenta ocupar na produção do direito e no exercício do poder e se divide em três momentos de profundas mudanças institucionais, doutrinárias e legislativas: o mito da submissão legal; a afirmação do Estado de Direito; e a transição para o Estado Constitucional.

### 2.1.1 O "mito" da submissão legal

A história da legalidade administrativa, se for comparada com a história da legalidade penal não é uma história de proclamações constitucionais e de um núcleo de garantias sempre consideradas indispensáveis como as do direito penal «*nulla poena sine lege, nullum*

---

apenas revisar abordagens já realizadas dessa história e com isso esboçar seus principais traços, pretende tomar como parâmetro os limites metodológicos e epistemológicos estabelecidos por Renhairt Kosseleck na forma de seis critérios teóricos a serem observados quando se utiliza a história dos conceitos: a) o que possa vir a ser um conceito a respeito do qual se poderia conceber uma história; b) a utilização ou o emprego de conceitos; c) os critérios seletivos quando se pensa na escrita de uma história dos conceitos; d) todo conceito só pode, enquanto tal, ser pensado e falado ou expressado uma única vez, pois relaciona-se a uma situação concreta que é única; e) a diacronia está contida na sincronia; f) uma história dos conceitos só é possível de ser pensada sob a premissa teórica de que se realize uma separação analítica entre cada afirmação linguística presente em todas as fontes textuais e a história concreta quando se quer ter clareza acerca do que se fala. KOSELLECK, Renhairt. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 10, 1992, p. 134-146.

*crimen sine poena*», presentes na *Declaratiòn*. Mas uma história - ou melhor, uma parte da história normativa em que prevalece uma história conceitual - às vezes dogmática, repleta de profundas evoluções conceituais no percurso de afirmação do princípio<sup>95</sup>.

Essa primeira conclusão apresentada por Bernardo Sordi no ensaio intitulado «*Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia: la prospettiva storica*» decorre da comparação do princípio da legalidade administrativa ao seu similar, princípio da legalidade penal, ressaltando as diferenças funcionais de cada um, respectivamente: a função de garantia dos direitos dos cidadãos contra o exercício arbitrário do poder e a função organizadora do exercício cotidiano do poder.

Para Sordi, a tônica a se observar da perspectiva histórica do conceito, no horizonte problemático do "governo das leis" e do regime administrativo será, que a «*L'amministrazione stenta infatti a trovare collocazione nelle norme costituzionali di principio*»<sup>96</sup>.

Sob essa ótica, enquanto o conceito do direito penal assume papel de princípio fundamental previsto não só na *Déclaration* (por exemplo o artigo oitavo: "Art. 8 - A lei deve prever sanções estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido por uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada"<sup>97</sup>), mas, nos textos constitucionais que surgem após a Revolução<sup>98</sup>, a legalidade do regime administrativo move-se pelos caminhos da racionalização administrativa<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> SORDI, Bernardo. *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia: la prospettiva storica* in: *ATTI DEL LIII CONVEGNO DI STUDI DI SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE*, 53., 2008, Varenna. **IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO CHE CAMBIA**. Milano: Giuffrè, 2008. p. 39

<sup>96</sup> "A administração tenta, com efeito, se inserir nas normas constitucionais em forma de princípio". SORDI, Bernardo. *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia: la prospettiva storica*, p.

<sup>97</sup> "Art. 8 - La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée." GODECHOT, Jacques (Comp.). **Les constitutions de la France depuis 1789**. Paris: Gf Flammarion, 2006. p. 34

<sup>98</sup> Na Constituição de 1791: "Art. 13 - Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable; elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés."; "Art. 14 - Les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en souvre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée."; "Art. 15 - La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration." GODECHOT, Jacques (Comp.). **Les constitutions de la France depuis 1789**. Paris: Gf Flammarion, 2006. p. 34

Na Constituição de 1793 se observa que "Art. 10. - Nul ne doit être accusé, arrêté ni détenu, que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Tout citoyen, appelé ou saisi par l'autorité de la loi, doit obéir à l'instant; il se rend coupable par la

Entre os caminhos da racionalização administrativa, no que toca à organização territorial do Estado, Isser Wolosch observa que a subdivisão do território nacional realizada pela Assembléia Constituinte Francesa se dirige a criar um novo mapa político e administrativo, orientado pela departamentalização, por meio de um plano geométrico em contraposição às "naturais" divisões territoriais<sup>100</sup>.

Sobre o aspecto da departamentalização e do novo mapa político e administrativo da França pós Revolução, coube à lei de 22 de dezembro de 1789, relativa às assembleias primárias e assembleias administrativas, a implementação de um sistema composto de departamentos divididos em distritos, distritos divididos em cantões, e de cantões divididos em comunas. Respeitou-se, nessa nova divisão territorial, os quadros tradicionais das províncias, bem como aspectos históricos e geográficos ao se editar o decreto de 15 de janeiro de 1790 que fixou o número de departamentos em oitenta e três<sup>101</sup>. A administração das comunas, por sua vez, foi organizada pela lei de 14 de dezembro de 1789, a administração departamental foi objeto da lei de 22 de dezembro de 1789 e os cantões não tinham nenhuma administração própria<sup>102</sup>.

A luta desse plano geométrico contra as divisões «naturais» do território, contudo, esbarrou em elementos da tradição destacados por Luis Diez del Corral, principalmente a respeito da questão do município:

O município, como a família, é anterior ao Estado; a lei o encontra feito, não o cria; não é uma organização política, mas civil; donde se deduz uma consequência importande de acordo com sua

---

*résistance.*” Ibidem, p.81.

<sup>99</sup> "L'assemblée constituante bouscula tous les cadres de l'ancienne administration et créa une organisation territoriale entièrement neuve; rationnelle et étroitement hiérarchisée: le territoire français fut divisé en départements, les départements en districts, les districts en cantons et ceux-ci en communes. A vrai dire, c'est de l'administration communale que l'assemblée s'est d'abord occupée; elle en a fixé, pour l'essentiel, les traits par la loi du 14 décembre 1789 parce qu'elle voulait faire procéder aussi rapidement que possible à la mise en place des municipalités nouvelles, légales, qui devaient remplacer les organismes révolutionnaires, au pouvoir depuis les troubles de juillet-août 1789. Mais, nous étudierons l'organisation territoriale de la France dans l'ordre logique, partant du haut de la pyramide pour en atteindre les bases, après avoir préalablement jeté un coup d'œil sur les divisions administratives de 1789 et examiné les projets de réforme élaborés sous l'ancien régime." GODECHOT, J. *Les institutions de la France sous la Revolution et l'Empire*. 5<sup>a</sup> ed. Paris: PUF, 1998. p. 91

<sup>100</sup> WOLOCH, Isser. *The new regime: transformations of the french civic order, 1789-1820S*. New York: W. W. Norton & Company, 1994. p. 26-31.

<sup>101</sup> SOBOUL, Albert. *História da revolução francesa*. 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981. p. 167-170

<sup>102</sup> Idem, p. 169.

teoria de representação (de Royer-Collard): la administración municipal está submetida rigurosamente aos princípios do mandato, diferentemente do que ocorre com a ordem política.<sup>103</sup>

Diez del Corral explicita o problema da continuidade das estruturas administrativas do Antigo Regime após a ruptura revolucionária e a criação, por via constitucional, do Estado. Há um aspecto específico que merece destaque. O município é, diferentemente da estrutura administrativa estatal, administrado por representantes eleitos entre os seus cidadãos. Esse traço de auto-governo entrará em conflito com a vontade geral expressa pela lei que exigirá a subordinação hierárquica do plano geométrico da departamentalização.

A tese, portanto, é de que haveria na nova estrutura administrativa revolucionária traços bastante fortes do modelo do antigo regime e de que a ruptura atribuída à Revolução seria permeada por antigas continuidades é bastante conhecida entre os leitores de Alex de Tocqueville, o qual defende a existência de uma linha de continuidade entre o Antigo Regime e a Revolução quando analisa a centralização administrativa do período pós-revolução:

Na época em que tínhamos ainda assembléias políticas na França, ouvi certa vez um orador que dizia o seguinte sobre a centralização administrativa: 'Esta bela conquista da Revolução que a Europa inveja'. Posso até concordar em que a centralização seja uma bela conquista, aceito que a Europa nos inveje por isto, mas mantenho que não é, de modo algum, uma conquista da Revolução. Pelo contrário, é um produto do antigo regime e, mais ainda, a única parte da constituição política do antigo regime que sobreviveu à Revolução, porque a única que se pôde acomodar ao novo estado social que a Revolução criou<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> (*El municipio, como la familia, es anterior al Estado; la ley lo encuentra hecho, no lo crea; no es una organización política, sino civil; de donde se deduce una consecuencia importante de acuerdo con su teoría de la representación (de Royer-Collard): la administración municipal está sometida rigurosamente a los principios del mandato, a diferencia de lo que ocurre en el orden político.*) DIEZ DEL CORRAL, Luis. *El liberalismo doctrinario*. 4ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 200-202

<sup>104</sup> TOCQUEVILLE, Alex. *O antigo regime e a revolução*. (Os Pensadores). 2ª. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 335

Em contraposição a esse posicionamento, Pierre Rosanvallon defende a tese de compreender a história do Estado sob o aspecto de um processo de racionalização no qual se destacam duas vertentes, não necessariamente coincidentes: a do Estado como aparelho administrativo e burocrático e a do Estado como forma política<sup>105</sup>.

Sob essas duas vertentes esse primeiro modelo tipológico, construído a partir do mito da administração como atividade material<sup>106</sup> e do primado da lei, encontra no culto revolucionário da lei o espaço necessário para a afirmação do Estado legislativo fundado sobre a separação rígida de poderes e pela supremacia absoluta da vontade geral.

O aprofundamento desse mito pode ser verificado na concepção de "execução da lei" predominante durante a primeira parte do século XIX na França, a qual se caracteriza pela construção do Estado sob o domínio da Administração Pública, sendo próprio desse período - que se inicia com a Revolução e termina com a queda de Napoleão - que

A administração havia, pois, consolidado a própria individualidade e o próprio espaço institucional; os juristas haviam delineado as primeiras representações 'tridimensionais' do poder, descobrindo a nova categoria disciplinar do direito administrativo; o *Conseil d'État* havia posto em obra uma série de garantias, estranhas aos habituais remédios jurisdicionais e internas ao novo ordenamento administrativo, de crescente complexidade e articulação, destinadas a jogar um papel decisivo na conquista definitiva da especialidade administrativa<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> ROSANVALLON, Pierre. *L'État en France de 1789 à nos jours*. Paris: Seuil, 2004. p. 19-20

<sup>106</sup> ("mito dell'amministrazione come attività materiale") Essa expressão é de Luca Mannori e de Bernardo Sordi: "Il progetto dell'89 postula, in effetti, il radicale azzeramento di ogni vera postestà amministrativa, riservando esclusivamente alla legge l'autorità di comprimere la naturale libertà dei soggetti. Una volta formata la volontà comune e consegnatala al testo legale, l'amministrazione avrebbe dovuto limitarsi a farla «retomber» sul capo dei singoli cittadini, suoi artefici indiretti, nel modo più neutro e meccanico possibile, astenendosi rigorosamente dall'aggiungervi qualsiasi obbligazione ulteriore. E tale era il significato originario dell'art. 5 della Dichiarazione dei diritti nel proclamare, contro il arbitrii commissariali della vecchia monarchia, che «tutto ciò che non è proibito dalla legge non può essere impedito e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina»." MANNORI, Luca e SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. Roma-Bari: Laterza, 231-232.

<sup>107</sup> (l'amministrazione aveva dunque consolidato la propria individualità e il proprio spazio

A vinculação jurídica da Administração Pública percorre caminhos mecanicamente traçados pela concepção de Administração como simples execução material da previsão legal, voltada para cobrança de recursos, para a gestão da "contribuição comum" e para sua devida prestação de contas.

Muito embora a lei adquira uma posição central no processo de racionalização da atividade administrativa e seja a condição sem a qual a Administração Pública não conseguiria existir, ainda assim faltava ao princípio da legalidade alcançar o plano das garantias individuais que lhe permitisse a projeção suficiente para que pudesse ser chamado de administrativo<sup>108</sup>.

Na diferenciação entre administração e justiça, outro aspecto desse modelo, o "mito" da submissão legal é aprofundado e se consolida a separação entre executivo e judiciário. Como bem observa Sordi: "Sob aspecto administrativo a legalidade tenta cruzar o plano da garantia: a legalidade administrativa ainda se declara independentemente da tutela jurisdicional."<sup>109</sup>

Os juristas nesse momento estavam ocupados com a definição da «matéria administrativa» e de sua distinção da judiciária. É, portanto, na atuação dos legisladores que o desenho institucional da legalidade administrativa acompanhava o princípio do *État Légal* ao imprimirem ao art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>110</sup> a interpretação mais favorável ao objetivo da centralização do poder e da hierarquização da burocracia por meio da aprovação de leis com o fim de que a ação administrativa não transbordasse os limites legais, tão somente executasse seus comandos, agindo, assim, de forma autômata<sup>111</sup>.

*istituzionale; i giuristi avevano delineato le prime raffigurazioni 'tridimensionali' del potere, scoprendo la nuova categoria disciplinare del diritto amministrativo; il Conseil d'Etat aveva messo in cantiere una serie di garanzie, estranee ai consueti rimedi giurisdizionali e interne al nuovo ordinamento amministrativo, di crescente complessità e articolazione, destinate a giocare un ruolo decisivo nella definitiva conquista della specialità amministrativa).* MANNORI, Luca et SORDI, Bernardo, op. cit., p. 305.

<sup>108</sup> SORDI, Bernardo. *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia: la prospettiva storica*, p. 35.

<sup>109</sup> "Sul versante amministrativo la legalità stenta ad incrociare il piano delle garanzie: la legalità amministrativa ancora si declina indipendentemente dalla tutela giurisdizionale" *Ibidem*, p. 36.

<sup>110</sup> "Tout ce qui n'est pas défendu par la loi, précise l'article suivant, ne peut être empêché et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas." BURDEAU, François. *Historie du droit administratif*. Paris: Puf, 1995, p. 42

<sup>111</sup> É o caso das seguintes leis: 15-20 de outubro de 1789 que proibiu o Conselho do rei de

Essa concepção de execução da lei como única tarefa da administração se formou entre os constituintes da primeira constituição francesa que adotavam dois conceitos quando se tratava da tradução da lei em ação concreta: "*application*" e "*exécution*" da lei.

A aplicação é a realização inteligente e 'jurídica' do ditado legal, que implica uma avaliação compreensiva da realidade empírica, a fim de verificar a sua correspondência com a previsão normativa; enquanto que a execução é a simples atuação 'física' e material dos preceitos contidos no texto, constituindo necessariamente um *posterius* em relação à primeira<sup>112</sup>.

Logo após a revolução, não bastava que os atos da Administração não violassem a lei e os direitos subjetivos que esta consagrava mas exigia-se também que certos domínios - a liberdade e a propriedade individuais - só pudessem ser regulados por lei ou com base numa lei<sup>113</sup>. Nesse modelo de separação de poderes, coube ao monarca o papel de executar a força somente quando os tribunais assim o determinasse e não por seu próprio critério como no Antigo Regime em que administrava diretamente a justiça aos próprios súditos<sup>114</sup>.

Entretanto, o gradual aperfeiçoamento da produção legislativa somado ao aumento da importância do Parlamento dentro da monarquia constitucional propiciou a evolução do princípio da reserva da lei para princípio da reserva total de lei, segundo o qual toda a atividade

editar regulamentos próprios "arrêt de propre mouvement"; 14 de dezembro de 1789 que criou a subordinação hierárquica entre os "magistrats municipaux" e os "corps administratifs supérieurs"; 22 de dezembro de 1789 - sobre as "assemblées administratives" "dispunha que os distritos estavam inteiramente subordinados aos departamentos, a homologação de seus '*arrêtés*' pela autoridade superior era obrigatória, que poderia reformar ou excluir as medidas contrárias à lei". Acrescente-se também a previsão do art. 6, sect. 1, chap. IV, titre III, da Constituição de 1791: "*Le pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois, pour en ordonner ou en rappeler l'exécution*". BURDEAU, François, op. cit., p. 42-43.

<sup>112</sup> (*L'application è la realizzazione intelligente e 'giuridica' del dettato legale, quella che implica una valutazione consapevole della realtà empirica al fine di verificare la sua corrispondenza alla previsione normativa; mentre l'exécution è la semplice attuazione 'fisica' e materiale dei precetti contenuti nel testo, costituente necessariamente un posterius rispetto alla prima.*) MANNORI, Luca et SORDI, Bernardo, op. cit., p. 232

<sup>113</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito** - do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Coimbra, 1987. op. cit., p. 91-100.

<sup>114</sup> MANNORI, Luca et SORDI, Bernardo, op. cit., p. 233

administrativa, independentemente da natureza que revestisse ou da área em que se verificasse, pressupunha a existência de um fundamento legal, ou seja, um processo de execução da lei<sup>115</sup>.

O esforço da legalidade administrativa em passar para o plano das garantias, entretanto, se converte em hesitação quando o regime administrativo e ela própria experimentam a radicalização da separação de poderes, a criação do *Conseil d'Etat*<sup>116</sup> e o surgimento da autonomia do poder administrativo, sob o Consulado e sob o Império napoleônico<sup>117</sup>.

Essa hesitação só será superada quando começa a ser construído o segundo modelo tipológico, reação à ineficácia da legalidade para evitar os abusos do período do Terror, a partir da garantia dos direitos individuais como limites ao exercício do poder: Estado de Direito<sup>118</sup>.

### 2.1.2 Surgimento e afirmação do Estado de Direito

No quadro histórico do Estado Legislativo surge a concepção de Estado de Direito que na Alemanha se caracterizou por herdar do regime de polícia a soberania absoluta do Estado e a submissão de certa esfera das suas atividades ao direito civil e à jurisdição civil e se constituiu sob a fórmula de *Rechtsstaat* por haver: a) estabelecido a forma jurídica para a organização e exercício do poder soberano; b) afirmado o direito público como o direito próprio das relações entre Estado e súdito, não mais uma esfera na qual, por oposição a do direito civil, não existe direito quando se trata de relações entre Estado e súdito; c) reservado ao direito público as questões relativas à administração; d) afirmado o

---

<sup>115</sup> "Il ne suffisait pas d'affirmer l'étroite soumission de l'organe exécutif et des corps administratifs à la loi; encore fallait-il un dispositif qui assurât l'exact respect de la légalité. Confiant dans la rectitude des autorités administratives, la Constituante imagine un système uniquement **hiérarchique**. Telle est la solution retenue par les lois sur l'administration intérieure du royaume, votées avant même la fin de la première année révolutionnaire." BURDEAU, François. op. cit., p. 42-23

<sup>116</sup> "Quand fut créé par la loi des 27 avril-25 mai 1791 un Conseil d'Etat correspondant à la réunion des ministres autour du roi, le pouvoir d'annulation lui fut délégué. Parmi ses attributions, il lui revient en effet, outre « l'examen des difficultés et la discussion des affaires dont la connaissance appartient au pouvoir exécutif », « la discussion des motifs qui peuvent nécessiter l'annulation des actes irréguliers des corps administratifs et la suspension de leurs membres conformément à la loi ». De fait, des arrêtés départementaux furent annulés par le Conseil d'Etat, parce qu'ils « excédaient les pouvoirs » du directoire qui les avait pris." BURDEAU, François. *Historie du droit administratif*. Paris: PUF, 1994. p. 43

<sup>117</sup> SORDI, Bernardo. *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia: la prospettiva storica*, p. 37

<sup>118</sup> BURDEAU, François, op. cit., p. 106

papel da lei e da participação popular na sua formulação; e) assumido a separação de poderes e submissão à lei – justiça e administração sob a lei; f) incorporado a idéia de ato administrativo como similar de sentença; e g) afirmado a não submissão da administração ao poder judiciário<sup>119</sup>.

Essa caracterização do *Rechtsstaat*, proposta por Otto Mayer na edição de seu Direito Administrativo Alemão, publicado no final do século XIX, necessita ser matizada para que os traços peculiares da transição do Estado Legislativo ao Estado de Direito possam tornar mais claras as opções metodológicas adotadas pelos juspublicistas alemães do século XIX.

A doutrina do Estado de Direito, assinala Gustavo Gozzi, surge em uma fase histórica na qual a concepção juspositivista do direito de liberdade é afirmada. Ela coloca o fundamento dos direitos na lei do Estado para garantir a certeza do direito e a segurança da sociedade civil. Disso decorre, segundo o autor, a concepção de uma liberdade nos limites e sobre o fundamento da lei, "*una libertà posta sulla base dell'autorità dello Stato*"<sup>120</sup>.

Dois momentos podem ser distinguidos nessa afirmação do Estado de Direito como um conceito especificamente alemão: o da formulação originária feita por Robert von Mohl e o da defesa, feita por Lorenz von Stein de sua estruturação a partir da distinção entre a lei e os outros atos estatais em meio a fase constitucional do Estado de Direito. Enquanto Mohl individualizou a essência do conceito nos limites colocados para a sua atividade pelo ordenamento jurídico, caracterizando esses limites por meio da igualdade perante a lei, o acesso igual dos cidadãos a todos os ofícios públicos e a tutela da liberdade pessoal; Stein, ao analisar a passagem do absolutismo iluminado à idade constitucional do Estado de Direito e os principais problemas da limitação do exercício do poder, estabeleceu os âmbitos das diversas funções do Estado, esclareceu o significado dos direitos de liberdade e submeteu os princípios da justiça administrativa à tutela desses direitos<sup>121</sup>.

A contribuição singular para o desenvolvimento da vinculação jurídica da Administração Pública ao Direito a partir dos dois momentos foi a introdução constitucional dos limites da ação de governar em

---

<sup>119</sup> MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1982. p. 69-74.

<sup>120</sup> "uma liberdade colocada sobre a base da autoridade do Estado". GOZZI, Gustavo. *Demorazia e diritti*. p. 33-34

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 35-36.

relação à esfera da liberdade e a imposição da conformidade dos atos do poder executivo à lei<sup>122</sup>.

Insere-se, entretanto, nesse processo de afirmação do conceito de Estado de Direito uma vertente de legitimidade, apoiada na concepção de Estado Ético defendida por Friedrich Julius Stahl, a qual patrocinava a presença de dois aspectos no Estado: levar a efeito a realidade da nação por meio do desenvolvimento pleno de todas as forças naturais e morais; e aplicar na ordem jurídica os princípios morais desejados por Deus<sup>123</sup>. Embora esse conservadorismo desencoraje o curso juspositivista e liberal que acompanha o conceito, aponta o problema central da autolimitação num contexto em que a constituição passa a ocupar posição central<sup>124</sup>.

Da relação entre constituição e administração surge, naquele momento, o debate em torno da autonomia da ação administrativa, calcado na distinção entre a estabilidade do direito e a dinamicidade da vida do Estado presente na sua atividade administrativa. Muito embora caiba à jurisdição e à administração a submissão legal, ela se dá de forma diversa nos dois casos. No caso do juiz, cabe-lhe realizar a lei e o direito como expressões do ordenamento jurídico objetivo. No caso do administrador, a lei tem o papel de estabelecer um limite para sua atividade que se determina por meio dos interesses que ela tutela<sup>125</sup>.

Esse debate será aprofundado através da consideração do problema da justiça administrativa e também através da reflexão do significado dos direitos de liberdade, tendo em vista duas razões principais. A razão da proteção judicial do direito objetivo que confere ao judiciário uma posição superior na construção do Estado de Direito e suscita que a administração também seja submetida a uma jurisdição. E a razão da tutela dos direitos de liberdade, fragilizada pela incapacidade da administração - conduzida pelos interesses partidários - em garantí-los aos cidadãos quando inexistente um controle efetivo do poder administrativo<sup>126</sup>.

A justiça administrativa introduzida na Alemanha durante o século XIX, sob a doutrina de Heinrich Rudolf Hermann Friedrich von Gneist - o qual propunha uma aproximação entre os institutos da justiça administrativa com o modelo inglês do *selfgovernment* - se realizou,

---

<sup>122</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>123</sup> GOZZI, Gustavo. *Democracia e diritti: Germania: dallo Statu di diritto alla democrazia costituzionale*. 3ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2003. p. 38

<sup>124</sup> Ibidem, p. 39

<sup>125</sup> Ibidem, p. 41-42

<sup>126</sup> Ibidem, p. 42-43

todavia, de modo parcial e imperfeito em razão da insuficiente separação entre os órgãos da atividade administrativa e os da jurisdição administrativa<sup>127</sup>.

A garantia dos direitos de liberdade, entretanto, enfrentou percurso tortuoso que se iniciou com a proposta de substituição da doutrina do *Rechtsstaat* pela doutrina do *Staatsrecht*, apoiada na concepção jurídico-formal do direito público - formulada por Carl Friedrich Gerber por meio da doutrina do método jurídico -, na qual "o Estado, admitido como pessoa jurídica, exercita uma autoridade própria e exprime uma vontade própria. O poder do Estado reside no direito público e o sujeito do poder, afirma Laband, é o Estado mesmo."<sup>128</sup>

O direito público verdadeiramente científico defendido por Gerber se assentava em dois princípios. O princípio da pureza da dogmática jurídica, que lhe permitiria a ascensão ao status científico ao depurá-la de todos os elementos meta jurídicos e com isso autonomizá-la. E o princípio da separação entre direito público e direito privado, por meio da diferenciação material entre esses dois ramos<sup>129</sup>. Olivier Jouanjan esclarece a esse respeito que

A identidade genérica da dogmática jurídica supõe a purificação das considerações político-filosóficas; se a identidade de gênero admite a similitude dos métodos, a diferença material específica que deve marcar o território do direito público obriga a «subtrair» os princípios comuns dos seus conteúdos propriamente civilistas. A construção de uma ciência verdadeira do direito público admite portanto duas operações: a purificação e a subtração<sup>130</sup>.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 45

<sup>128</sup> "Io Stato, assunto come persona giuridica, esercita una propria autorità ed esprime un proprio volere. Il potere dello Stato risiede nel diritto pubblico ed il soggetto del potere, afferma Laband, è lo Stato stesso." *Ibidem*, p. 47

<sup>129</sup> (*L'identité générique de la dogmatique juridique suppose la purification des considérations politico-philosophiques; si l'identité de genre suppose la similitude des méthodes, la différence spécifique matérielle qui doit marquer le territoire du droit public oblige à «dépouiller» les principes communs de leurs contenus proprement civilistes. La construction d'une science véritable du droit public suppose donc deux opérations: la purification et le dépouillement*) JOUANJAN, Olivier. *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*. Paris: PUF, 2005. p. 192-193

<sup>130</sup> (*Nello Stato di diritto la libertà si dà solo sul fondamento e nei limiti fissati dalla legge. La sfera di libertà deriva dunque dall'autolimitazione, ossia dal limite che lo Stato impone a se stesso attraverso la legge: questo è il solo limite del potere nello Stato di diritto.*

(...) *Nello Stato di diritto la libertà si risolve, dunque, nel rispetto della legge da parte degli*

Sobre essas bases teóricas, Georg Jellinek, outro personagem de destaque nesse palco de mudanças, constrói sua doutrina dos direitos públicos subjetivos que tem por tema fundamental a relação entre liberdade e autoridade, resolvida pelo autor ao por o fundamento da primeira na segunda. Gozzi assim sintetiza essa proposta:

No Estado de direito a liberdade se dá somente sobre o fundamento e nos limites fixados pela lei. A esfera de liberdade deriva portanto da autodelimitação, ou seja, do limite que o Estado impõe a si mesmo através da lei: somente este é o limite do poder no Estado de direito. (...) No Estado de direito a liberdade se resolve, portanto, no respeito da lei por parte dos órgãos do Estado.<sup>131</sup>

Observa-se, de forma clara, nessa parte da concepção de Jellinek dedicada ao *status libertatis*, que a Constituição não ocupa nenhum lugar de limite ao exercício do poder pelo Estado e que a liberdade, afastada de qualquer traço jusnaturalista, se resume ao direito que tem o indivíduo de que a autoridade se abstenha de dar ordens contrárias à lei<sup>132</sup>. Esse direito se constrói como subjetivo a partir da concepção de «interesse» e consiste na "vontade do homem, dirigida a um bem ou a um interesse, que vem reconhecida e protegida pelo ordenamento jurídico"<sup>133</sup>. Paradoxalmente, a possibilidade do indivíduo adquirir e defender seus direitos depende da sua capacidade jurídica, que, por sua vez, é conferida pelo Estado. E o conjunto das capacidades jurídicas conferidas por um ordenamento constitui a personalidade, a qual é uma criação do Estado que faz do sujeito um órgão do Estado<sup>134</sup>.

A obra do segundo modelo tipológico do princípio da legalidade administrativa se encontra no final do século XIX, se não se pode dizer completa, pelo menos estabelecida sobre a firme sustentação do formalismo jurídico.

A superação da hesitação em passar a legalidade administrativa para o plano das garantias fez surgir vários conceitos que inserem a

*organi dello Stato*.) GOZZI, Gustavo. *op. cit.*, p. 194

<sup>131</sup> GOZZI, Gustavo. *op. cit.*, p. 49

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 48-49

<sup>133</sup> ("*volontà dell'uomo, rivolta ad un bene o ad un interesse, che viene riconosciuta e protetta dall'ordinamento giuridico*") *Ibidem*, p. 50

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 51

legitimidade ao lado da legalidade da ação estatal na Europa continental, a partir do modelo alemão de *Rechstaat*. Sordi observa que o:

Estado de Direito sintetiza, com efeito, os valores individualistas e a nova expectativa de garantia jurídica, mas condensa um assento institucional que subtrai à justiça toda potencialidade criativa da ordem jurídica e autoriza ao novo sujeito administrativo o monopólio das realizações das competências públicas.<sup>135</sup>

Resta, porém, superar a hesitação e completar a transição desde o mito da submissão legal ao plano das garantias. Essa tarefa será o traço marcante de duas experiências "germânicas" da primeira quadra do século XX: Viena e Weimar.

### 2.1.3 A transição para o Estado Constitucional

A transição do Direito Administrativo do modelo do século XIX ao modelo da Administração de Garantia se apresenta quase ao mesmo tempo em que Otto Mayer, considerado entre os administrativistas alemães o criador e personagem clássico do método moderno do Direito Administrativo<sup>136</sup>, publica seu *Direito Administrativo Alemão*, que para Sordi representa:

uma síntese poderosa, um modelo jurídico, expressão seja da separação, da simplicidade, do caráter prevalentemente autoritário da administração do século XIX, mas também de um projeto constitucional bem fundado nos equilíbrios do império guglielmino em absoluta centralidade do princípio monárquico, um desenho completamente permeado pela consciência do papel decisivo que o direito público havia desenvolvido e desenvolvia na

---

<sup>135</sup> ("Stato di diritto sintetizza infatti i valori individualistici e le nuove aspettative di garanzia giuridica, ma condensa anche un assetto istituzionale che sottrae alla giustizia ogni potenzialità creativa dell'ordine giuridico e sanziona nel nuovo soggetto amministrativo il monopolio di realizzazione dei compiti pubblici") SORDI, Bernardo. *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, p. 40.

<sup>136</sup> STOLLEIS, Michael. *Public law in Germany: 1800-1914*. New York/Oxford: Berghahn Books, 2001. p. 392

fixação das linhas fundantes do direito administrativo alemão<sup>137</sup>.

Uma das maiores contribuições de Otto Mayer para o Direito Administrativo foi o conceito por ele formulado de ato administrativo, o qual permitira à administração com muita clareza decidir o que é legal segundo os assuntos dos casos individuais, revelador de um posicionamento que utilizava os recursos da *common law* e do Direito Administrativo francês, pautado pela ideia de que se o Direito Administrativo era caracterizado pela clareza da conceitualização e sistematização, as várias medidas de soberania poderiam ser formalmente ordenadas se as proteções legais fossem garantidas<sup>138</sup>.

Os conceitos de "primazia da lei" e de "reserva legal" elaborados pelo administrativista alemão, muito embora não tenham ocupado lugar de destaque como o conceito de ato administrativo, revelam os contornos estabelecidos por Mayer para o exercício do poder monárquico entre as projeções liberais do Parlamento:

1. Do mesmo modo que a lei antiga em relação com a justiça, o ato legislativo emitido segundo a forma constitucional se sobrepõe a todas as outras atividades do Estado, como vontade superior e juridicamente mais forte: a lei é irrefutável. Em outros termos: quando a vontade do Estado tem essa origem, não pode ser validamente anulada, modificada ou privada de seus efeitos por nenhuma outra via; por outro lado, ela anula todos os atos já emitidos em nome do Estado, que lhe sejam contrários. Nós chamamos esta força de **preferência da lei**.<sup>139</sup>

---

<sup>137</sup> *(una sintesi potente, un modello giuridico, espressione sì della separatezza, della semplicità, del carattere prevalentemente autoritativo dell'amministrazione ottocentesca, ma anche di un progetto costituzionale ben radicato negli equilibri dell'impero guglielmino e nell'assoluta centralità del principio monarchico, un disegno interamente pervaso dalla consapevolezza del ruolo decisivo che la giuspubblicistica aveva svolto e svolgeva nel fissare le linee fondanti del diritto amministrativo tedesco)* SORDI, Bernardo. *Tra Weimar e Vienna: amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*. Milano: Giuffrè, 1987. p. 9

<sup>138</sup> STOLLEIS, Michael. *op. cit.*, p. 394

<sup>139</sup> "1. Del mismo modo que la ley antigua respecto de la justicia, el acto legislativo emitido en la forma constitucional está colocado por encima de toda otra actividad del Estado, como voluntad superior y jurídicamente más fuerte: la ley es **irrefragable**. En otros términos: cuando la voluntad del Estado tiene ese origen, no puede ser válidamente anulada, modificada o privada de sus efectos por ninguna otra vía; por otro lado, ella anula todos los actos ya emitidos en nombre del Estado, que le sean contrarios. Nosotros llamamos a esta fuerza la **preferencia de la ley**" MAYER, Otto. *op. cit.*, p. 95

O sub princípio da reserva legal, por outro lado, significa que certos atos estatais com determinado conteúdo, sujeitos à lei, somente são conformes ao Direito quando editados com base em uma lei. Ou seja, somente a regulação conforme o Direito por meio da lei ou outro ato estatal inferior à lei, mas fundado em seu poder regulamentar, confere a certos âmbitos materiais validade<sup>140</sup>:

2. A lei dá à justiça o fundamento indispensável de sua atividade, não há sentença senão sobre a base de uma regra de direito; ***nulla poena sine lege***. Por outro lado, não é possível manter a administração em uma dependência tão completa. Em consequência, somente para certos objetos, particularmente importantes, se fez da lei constitucional uma condição indispensável da atividade do Estado. Para todos os outros casos, o poder executivo encontra-se livre; atua em virtude de sua força própria e não em virtude da lei. Nós chamamos esta exclusão da iniciativa do executivo - existente para esses objetos especialmente apontados -, a **reserva da lei**.<sup>141</sup>

Dentro dessa tradição conceitual inaugurada por Otto Mayer, a reserva legal comporta a afirmação de uma esfera de exercício autônomo do poder por parte da administração e dita os limites intrínsecos do princípio da legalidade numa concepção que reduz a relação entre Estado e cidadão a proteger uma série de situações subjetivas restritas à esfera individual da liberdade e da propriedade<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> JESCH, Dietrich. ***Ley y administración: estudio de la evolucion del principio de legalidade***. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1960. p. XI. Trabalho pioneiro e referência na literatura do Direito Administrativo alemão na segunda década da Lei Fundamental de Bonn. Cf. MEINEL, Florian. *Ernest Forsthoff and the Intellectual History of German Administrative Law*. German Law Journal, 2007, vol. 08, n. 08, p.787. Acessado em 16/02/10. Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=849> p. 38

<sup>141</sup> "2. *La ley da a la justicia el fundamento indispensable de su actividad; no hay sentencia sino sobre la base de una regla de derecho; **nulla poena sine lege**. A la administración, en cambio, no es posible mantenerla en una dependencia tan completa. En consecuencia, sólo para ciertos objetos particularmente importantes se ha hecho de la ley constitucional una condición indispensable de la actividad del Estado. Para todos los otros casos, el poder ejecutivo queda libre; obra en virtud de su fuerza propia y no en virtud de la ley. Nosotros llamamos a esta exclusión da la iniciativa del ejecutivo - existente para esos objetos especialmente señalados -, **la reserva de la ley** "* MAYER, Otto. *op. cit.*, p. 98

<sup>142</sup> SORDI, Bernardo. ***Tra Weimar e Vienna***, p. 169.

O projeto de Otto Mayer prevalecerá durante a primeira década do século XX como a grande referência do Direito Administrativo que encontrará somente nos primeiros trabalhos de Hans Kelsen a oposição suficientemente forte para dissolver a realidade do Estado e abrir o mundo administrativo à dimensão constitucional<sup>143</sup>.

A Escola de Viena será, portanto, uma etapa conceitual decisiva para o itinerário da legalidade, pois

orientada por um modelo constitucional que num primeiro momento visa a própria *Ideologiekritik* contra uma *Staatslehre* estavelmente ancorada no princípio monárquico e rigidamente dirigida a registrar o peso crescente que a assembléia legislativa adquiria nos próprios equilíbrios institucionais do *Reich*, e que em seguida, nas fortes contraposições dos anos vinte não exitará em defender a centralidade do Parlamento contra as arriscadas recorrências destinadas a tardar o lapso constitucional contra os poderes presidenciais de ordenação (mando) da perigos a descoberta de um *pouvoir neutre*, mistificante cobertura das tentativas de reviver em volta do *Reichspräsident* e dos «seus» aparatos burocráticos o princípio monárquico e a unidade do povo alemão em uma busca da «verdadeira» vontade do Estado<sup>144</sup>.

A superação do modelo de autonomia da administração, intrinsecamente relacionado com o princípio monárquico que colocava em segundo plano o papel do Parlamento e assinalava aos aparatos burocráticos uma força própria legitimada preliminarmente por uma concepção que coloca o poder administrativo na origem dos processos

---

<sup>143</sup> Ibidem, p. 13-14.

<sup>144</sup> "orientata da un modello costituzionale che in un primo momento indirizza la proprio *Ideologiekritik* contro una *Staatslehre* saldamente ancorata al principio monarchico e rigidamente retia a registrar il peso crescente che l'assemblea legislativa acquisisce negli stessi equilibri istituzionali del *Reich*, e che in seguito, nelle forti contrapposizioni degli anni '20 non esisterà a difendere la centralità del Parlamento contro le spinte ricorrenti intese a spostare l'asse costituzionale verso i poteri presidenziali d'ordinanza nella pericolosa riscoperta di un *pouvoir neutre*, mistificante copertura dei tentativi di rinverdire intorno al *Reichspräsident* e ai «suoi» apparati burocratici principio monarchico e unità del popolo tedesco in una ricerca della «vera» volontà dello Stato" Ibidem, p. 163

jurisdicionais que lhe concernem, se concretizará com a demolição da trama conceitual construída por Otto Mayer com os conceitos de reserva e primazia da lei<sup>145</sup>.

## 2.2 A VINCULAÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO SOCIAL ALEMÃO

A partir do momento que a Lei Fundamental de Bonn de 1949 inseriu a fórmula *sozialer Rechtsstaat*<sup>146</sup> em seu texto, a doutrina constitucional alemã se deparou com o problema da compatibilização do novo princípio com o velho quadro conceitual do Estado de Direito na Alemanha, relacionado com a idéia de *Rechtsstaat* do primeiro constitucionalismo daquele país e construída a partir de três modelos: a doutrina do *Rechtsstaat* sobre o princípio monárquico de Friedrich Julius Stahl; a doutrina jusnaturalista de Carl von Rotteck; e a concepção juspositivista de Robert von Mohl<sup>147</sup>.

O debate<sup>148</sup> se dava em torno dos postulados teóricos e metodológicos do direito público, de sua compatibilidade com o modelo de Estado de Direito que estava sendo forjado naquele momento e de todas as conseqüências que poderiam ser extraídas da consagração do

---

<sup>145</sup> Ibidem, p. 164.

<sup>146</sup> Essa fórmula já se fazia presente em várias constituições do território alemão: a Constituição da Baviera (2 de dezembro de 1946) previa em seu art. 3º que: *Bayern ist ein Rechts-Kultur-und Sozialstaat* (Bayern é um Estado de Direito, Cultural e Social). A Carta Magna de Baden (22 de maio de 1947) em seu artigo 50 consagrava: *Baden ist ein demokratischen und sozialer Freistaat* (Baden é um Estado Democrático, liberal e social). Rheinland-Pfalz (Constituição de 18 de maio de 1947, artigo 74) e Württemberg-Baden (Constituição de novembro de 1946, art. 43, 1) empregavam: *ein demokratisches und sozialer Volksstaat* (Estado democrático, social e popular). VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha por el Estado de Derecho*. Bologna: Real Colegio de España, 1975. p. 82.

<sup>147</sup> GOZZI, Gustavo. *Stato di diritto e diritto soggettivi nella storia costituzionale tedesca*. in: COSTA, Pietro et ZOLO, Danilo (a cura di). *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*. Milano: Feltrinelli, 2006. p. 263-268.

<sup>148</sup> “Dopo il 1945 si ripropose l’interrogativo sulle condizioni di possibilità del pluralismo, ma la riflessione teorica assunse una diversa prospettiva a partire da una realtà costituzionale profondamente modificata.

(...)

*Il problema che è stato affrontato, sia dalla scienza giuridica che dalla scienza politica dopo il 1945, non è più consistido infatti nella domanda: <<Chi ha il potere politico?>>, bensì nella domanda: <<Come viene esercitato il potere politico?>>. Al centro Della riflessione non è più stata la questione dell’unità politica>> o dell’<<interesse dello Stato>, bensì piuttosto il problema del potere concepito come un processo di formazione Della volontà politica nel contesto di una realtà pluralistica.” GOZZI, Gustavo. *Democrazia e diritti: Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*. 3ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2003. p. 161*

Estado Social<sup>149</sup> de Direito como princípio estruturante da nova ordem jurídico-constitucional<sup>150</sup>. Todavia, o movimento que predominava era o de retorno ao direito administrativo clássico, na companhia do Estado de Direito Liberal tradicional, em ascensão<sup>151</sup>.

A adoção da expressão Estado Social de Direito impôs algumas mudanças voltadas para a garantia dos direitos fundamentais como fim basilar do Estado, bem como a exigência da racionalização de toda a sua atividade em função deste objetivo. De maneira geral, o Estado não só estaria obrigado a omitir todos os comportamentos violadores da esfera de autonomia dos cidadãos, mas também deveria criar as condições que garantissem o livre e igual desenvolvimento da personalidade individual e a realização da dignidade da pessoa humana. Quanto aos direitos e liberdades individuais, as exigências seguiram três caminhos distintos.

---

<sup>149</sup> Élie Halévy defende que todo socialismo que surge após a Primeira Guerra deriva, muito mais do que da doutrina marxista, de um regime ou sistema de guerra: "*Le paradoxe du socialisme d'après-guerre, c'est qu'il recrute des adeptes qui viennent à lui par haine et dégoût de la guerre, et qu'il leur propose un programme qui consiste dans la prolongation du régime de guerre en temps de paix. Le bolchevisme russe a présenté, pour commencer, les caractères que nous disons.*" HALÉVY, Élie. *L'ère des tyrannies*. Paris: Gallimard, 1938. p.214

<sup>150</sup> "Anche la Legge Fondamentale del 1949 accoglie, in continuità con la costituzione di Weimar, i principi dello Stato sociale (denominato <<Stato democratico e sociale>> agli artt. 20 e 28) e quelli dello Stato di diritto (oltre all'enunciazione dei diritti fondamentali compare agli artt. 18, 21 e 91, come abbiamo visto, la denominazione di <<ordinamento fondamentale liberale e democratico>> e pone tra di essi un rapporto preciso. Ocorre approfondire questa complessa problematica.

Abendroth ritiene che gli artt. 9 (sul diritto di associazione) e 15 (sulla possibilità di istituire forme di economia collettiva) siano una esplicitazione del principio dello Stato sociale concepito come estensione del processo di democratizzazione. La democratizzazione è, a suo giudizio, la realizzazione di un processo di formazione democratica della volontà, sia a livello politico che a livello economico: è la nozione di democrazia fondata sul conseguimento di una <<omogeneità sociale>> che egli riprende dall'opera di Heller.

Contro le tesi di E. Forsthooff, che aveva sottolineato la costante resistenza dello Stato di diritto ad accogliere i principi dello Stato sociale e aveva definito lo Stato sociale di diritto solo una <<formula di compromesso>>, Abendroth lo considera un processo di democratizzazione della società per raggiungere quella <<omogeneità sociale>> (Heller) che renda reale l'uguaglianza formale proclamata dalla Legge Fondamentale all'art. 3 (1). In realtà - rileva ancora Abendroth - la realizzazione dello Stato sociale, contrariamente a quanto viene proclamato dalla Legge Fondamentale del 1949, sembra aver perduto il rapporto necessario con il concetto di democrazia." GOZZI, Gustavo. *Democrazia e diritti*: Germania: dello Stato di diritto alla democrazia costituzionale. 3ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2003. p. 168-169

<sup>151</sup> "In tutta la dimensione continentale si assiste a un ritorno al diritto amministrativo classico, accolto nella tradizionale accezione liberale dello Stato di diritto: un ritorno che è naturalmente più marcato laddove la frattura è stata più forte: si pensi, in particolare, alla Germania che era giunta persino a cancellare la 'formalistica' etichetta disciplinare <<diritto amministrativo>> per quella di <<amministrazione tedesca>>, apparsa più consona ai principi del nazionalsocialismo" MANNORI, L. et. SORDI, B., op. cit., p. 515

A incorporação constitucional dos direitos sociais, expressa ou implicitamente, como normas de direitos fundamentais e a projeção de uma relevância que os impõe ao reconhecimento de todos os órgãos e funções do Estado.

A reinterpretação dos direitos, liberdades e garantias tradicionais à luz do novo princípio de sociabilidade que se reflete numa dependência e vinculação social do seu exercício ou mesmo numa compreensão do seu conteúdo, determinadas pela necessidade de garantir as condições de liberdade de todos os homens.

A concepção dos direitos fundamentais não só como técnicas de defesa contra os abusos e violações provenientes da autoridade pública, mas também como valores que se impõem genericamente a toda a sociedade e que, dirigidos igualmente contra os poderes particulares, adquirem relevância nas relações jurídicas privadas como direitos contra terceiros<sup>152</sup>.

Essas mudanças foram perceptíveis em várias esferas de atuação do Estado, cabendo destacar o aumento de negócios jurídicos dependentes de autorização estatal; a intervenção conformadora do Estado no campo do Direito Privado<sup>153</sup> (leis habitacionais, leis de locação, leis de mutilados de guerra e contrato forçoso de trabalho); conformação das relações nascidas dos contratos de trabalho; conformação dos *trusts*<sup>154</sup>; e, conseqüentemente, um aumento imenso da estrutura burocrática<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *op. cit.*, p. 213-214.

<sup>153</sup> Para a compreensão do modelo de Estado interventor presente nessas iniciativas pode-se fazer uma comparação com a experiência norte americana de regulamentação das ferrovias que se inicia nos estados de Illinois, Wisconsin, Minnesota, e Iowa com a publicação do que se denominou de "*Granger Laws*", em 1871, e todo processo de consolidação institucional das agências de regulação da economia que ocorrerá no início do século XX. "*With the rise of big business, the term 'private enterprise' acquired a different meaning. Whereas once it had signified liberty, freedom, and individualism, it now meant danger as well - the threat of giant corporations. Suddenly, big business seemed to menace America. Large corporations represented that same centralized power against which the founding fathers had fought their revolution. Perhaps inevitably, American big business evoked a powerful regulatory response.*" McCRAW, Thomas K. *Prophets of Regulation*. London: Cambridge (Ma), 1984. p. 57-65

Herbert Spencer descreve o processo de expansão dos domínios do Estado por meio da apropriação das ferrovias privadas e outras atividades econômicas como o ideal desejado pelos socialistas. SPENCER, Herbert. *Texts in the history of political thought*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 1994. p. 100-1.

<sup>154</sup> FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. p. 104-08

<sup>155</sup> O crescimento da estrutura burocrática do Estado Francês no período que se inicia em 1800 e termina na década de 1880 pode ser captado pela observação de alguns indicadores econômicos e administrativos. A expansão do número de funcionários civis, por exemplo, tem como ponto de partida o número de 200 mil, aproximadamente, em 1800. Na década de 1880

No campo da dogmática do Direito Público alemão daquele momento duas posições se contrapõem a respeito do novo princípio. A da defesa da incompatibilidade conceitual de um Estado Social de Direito, cujo expoente maior foi Ernst Forsthoff<sup>156</sup>, e a da defesa da compatibilidade entre Estado de Direito e Estado social que via no *sozialer Rechtsstaat* um conceito que refletia a especificidade da nova ordem constitucional como expressão contemporânea do ideal de Estado de Direito, na qual se destacava Wolfgang Abendroth<sup>157</sup>.

### 2.2.1 A centralidade da Administração versus a centralidade da Constituição

Forsthoff criticava o posicionamento defendido pelos juristas que viam na centralidade da Constituição as questões políticas fundamentais ao afirmar que naquele momento da história da Alemanha<sup>158</sup> as propostas de fixação na Constituição deveriam ser repudiadas pois as questões políticas fundamentais são, no Estado Moderno, questões da administração<sup>159</sup>.

---

esse número se aproxima da marca dos 2,5 milhões de funcionários. ROSANVALLON, Pierre. *L'État en France de 1789 à nos jours*. Paris: Éditions du Seuil, 1990. p. 285-293

<sup>156</sup> Os posicionamentos assumidos pelo autor são próprios da sua última fase de produção intelectual: "*Questo ultimo Forsthoff, a prima vista, appare particolarmente attuale: schierato, sin dall'inizio, nel dibattito costituzionale che segue l'entrata in vigore del Grundgesetz e le prime decisioni del Tribunale costituzionale federale, è un Forsthoff che s'interroga sulle potenzialità ed i limiti dell'interpretazione costituzionale; sul ruolo del principio di uguaglianza e proporzionalità; sulla funzione del potere giudiziario, e - più in generale - della divisione dei poteri, nello Stato di diritto; sulla precettività dei diritti sociali*". SORDI, Bernardo. *Il primo e l'ultimo Forsthoff*. *Quaderni Fiorentini*, n° 25, Florença: Giuffrè, 1996, p. 667-p. 682, p. 667

<sup>157</sup> GOZZI, Gustavo. *Democrazia e diritti: Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*. 3ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2003. p. 169

<sup>158</sup> O livro citado foi publicado em 1949, muito embora algumas das idéias ali contidas já tivessem sido apresentadas por Forsthoff no início da década de 1930, sua primeira fase de produção intelectual: "*Allievo di Carl Schmitt a Bonn, Forsthoff si trova ad iniziare la sua carriera scientifica proprio al culmine della vicenda weimariana, nel momento in cui drammaticamente appare Der Rechtsstaat in der Krise e la costituzione del 1919 esprime ormai una democrazia senza Volk, un ordinamento fondato su libertà antichiarie, che si risolve nella ricerca di uno Stato privo di sostanza (...)*".

*È un Forsthoff vicinissimo al maestro di Plettenberg: l'infatuazione nazionalsocialista, lo Stato totale che prende il posto del puro Rechtsstaat, prototipo di una comunità senza onore e dignità; lo Stato contenutistico che fa strame dello Stato vuoto, nichilizzato, minimalizzato dell'età liberale.*" SORDI, B., op. cit., p. 672

<sup>159</sup> MEINEL, Florian. *Ernest Forsthoff and the Intellectual History of German Administrative Law*. German Law Journal, 2007, vol. 08, n. 08, p.787. Acessado em 16/02/10. Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=849>

Entretanto, essa é uma resposta para um problema que o próprio Forsthoff julga como central para a concretização do modelo normativo do Estado de Direito. Pois, essa concretização têm como objetivo comum: “Dar às relações do indivíduo com a Administração dentro do Direito Administrativo atual uma forma jurídica adequada ao Estado de Direito.”<sup>160</sup>. Não será, portanto, adequada para um Estado de Direito uma forma jurídica - o Direito Administrativo - que coloque a Constituição no centro das relações entre o indivíduo e a Administração.

Como consequência desse posicionamento tem-se que a centralidade da administração desejada por Forsthoff<sup>161</sup> nega aos direitos sociais seu caráter constitucional, tornando-os condicionados à própria atuação do Estado na sua produção legislativa e na posterior ação do seu aparato administrativo. Tendo em conta esse aspecto, Pietro Costa defende o alinhamento do posicionamento de Forsthoff a respeito da centralidade da Administração com o posicionamento de Carl Schmitt ao negar relevância constitucional aos direitos sociais na Constituição de Weimar<sup>162</sup>.

A posição assumida por Abendroth considera o Estado Social de Direito como um processo de democratização da sociedade para

---

<sup>160</sup> “*dar a las relaciones del individuo con la Administración dentro del Derecho administrativo actual una forma jurídica adecuada a un Estado de Derecho*” FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. p. 117.

<sup>161</sup> “*No obstante, bajo la Constitución de Weimar tiene lugar, en efecto, una modificación de principio en las relaciones del Estado con el orden social; sólo que esta modificación no hay que buscarla en el campo del Derecho constitucional, sino en la práctica de la Administración económica. En los primeros momentos, las formas de intervención estatal que se hacen necesarias en los distintos campos económicos se desarrollan independientes las unas de las otras, de acuerdo con las exigencias prácticas, sin que aparezca una conexión sistemática entre ellas*”. FORSTSHOFF, op. Cit., p. 104

<sup>162</sup> “*Principio portante del Grundgesetz è per Forsthoff lo Stato di diritto come tale, con il suo tradizionale corredo di principi attuativi (la separazione dei poteri, la centralità della legge, l'indipendenza dei giudici), mentre lo 'Stato sociale' è, sì, un fenomeno politicamente e socialmente rilevante, ma non una realtà di rilievo costituzionale: è l'amministrazione, non la costituzione, il veicolo di attuazione dello 'Stato sociale'. 'La forma strutturale della costituzione della Repubblica Federale [...] è determinata [...] dal concetto di stato di diritto', il cui rapporto con lo 'Stato sociale' si realizza soltanto 'nel collegamento tra costituzione, legislazione e amministrazione'. Non è la costituzione che se occupa 'dei bisogni essenziali della vita', ma l'amministrazione. Come il suo maestro Schmitt aveva 'indebolito' la rilevanza costituzionale dei 'diritti sociali' ospitati dalla costituzione weimariana, sostenendo che essa aveva optato a favore dello Stato di diritto borghese, e considerava 'assoluti' soltanto i diritti di libertà, mentre i 'diritti socialistici' rimanevano diritti 'condizionati' da un lunga serie di presupposti fattuali e istituzionali, così Forsthoff ritiene di non dover 'prendere sul serio', sul piano dell'interpretazione costituzionale, la rilevanza dell'aggettivo 'sociale' apposto dal Grundgesetz allo Stato di diritto*”. COSTA, Pietro. **Lo Stato di diritto: un'introduzione storica**. in: COSTA, Pietro et ZOLO, Danilo (a cura di). **Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica**. Milano: Feltrinelli, 2006. p. 153-154

alcançar a homogeneidade social que faça com que a igualdade formal proclamada pela Lei Fundamental seja uma realidade concreta, destacando a importância da relação entre o conceito de democracia e a realização do Estado Social, diferentemente do que estava previsto no texto da Lei Fundamental<sup>163</sup>.

Outro ponto que compõe a concepção de ForsthoFF sobre a vinculação jurídica da Administração Pública ao Direito é o que trata da extensão dessa vinculação.

Apresenta-se como adequado a um Estado de Direito, na visão do autor, que as relações entre os indivíduos e a Administração sejam marcadas por um Direito Administrativo no qual a dependência administrativa da situação jurídico-normativa "(...) se não é considerada somente sob o aspecto formal, mas também em sentido material, é suscetível de uma graduação múltipla."<sup>164</sup> O maior grau de vinculação será alcançado quando os fins e os meios previstos normativamente sejam suficientemente determinados, insuscetíveis de interpretação e precisos na relação meios e fins. Ou seja, a Administração converte-se em mera executora das previsões normativas. Conforme decresce a determinação normativa do agir administrativo surge para a Administração um espaço de independência<sup>165</sup>: "Esta vinculação à norma jurídica tem lugar, todavia, somente ali onde a Administração intervém nos direitos dos indivíduos, em sua liberdade e propriedade."<sup>166</sup>

Vinculação jurídica restrita ao âmbito dos direitos de liberdade e de propriedade e independência da ação administrativa diante de previsões normativas com baixo grau de determinação dos meios a cumprir e dos fins a atingir. Trata-se de uma fórmula que se restringe

---

<sup>163</sup> "Contro le tesi di E. ForsthoFF, che aveva sottolineato la costante resistenza dello Stato di diritto ad accogliere i principi dello Stato sociale e aveva definito lo Stato sociale di diritto solo una 'formula di compromesso', Abendroth lo considera un processo di democratizzazione della società per raggiungere quella 'omogeneità sociale' (Heller) che renda reale l'uguaglianza formale proclamata dalla Legge Fondamentale all'art. 3 (1). In realtà - rileva ancora Abendroth - la realizzazione dello Stato sociale, contrariamente a quanto viene proclamato dalla Legge Fondamentale del 1949, sembra aver perduto il rapporto necessario con il concetto di democrazia." GOZZI, Gustavo. **Democrazia e diritti**: Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale. 3ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2003.

<sup>164</sup> "(...) si no se la considera tan sólo en sentido formal, sino también en sentido material, es susceptible de una gradución múltiple" FORSTHOFF, op. cit., p. 28

<sup>165</sup> FORSTHOFF, op. cit., p. 28

<sup>166</sup> "Esta vinculación a la norma jurídica tiene lugar, empero, sólo allí donde la Administración interviene en los derechos del individuo, en su libertad y propiedad." FORSTHOFF, op. cit., p. 28

para uma parte da função administrativa, àquela que se dirige aos direitos individuais.

O espaço de independência surge para Administração pois "Esta independência encontra sua expressão jurídica peculiar no fato de que os atos da Administração não derivam sua validade da Lei." Nessa perspectiva, os atos administrativos são expressão da autoridade da manifestação de vontade da Administração<sup>167</sup>.

Um ponto de inflexão, contudo, parece surgir nos posicionamentos de Forsthoff quando a relação entre Administração e Constituição vincula aquela aos deveres estatais.

A Administração é chamada a tornar realidade as obrigações do Estado. Estas obrigações se determinam de acordo com a realidade social básica e as ideias políticas que individualizam o Estado; quer dizer, de acordo com o conteúdo substancial da Constituição<sup>168</sup>.

Todavia, a continuidade dos argumentos atenua essa vinculação e a transforma em orientação política a cargo do Governo: "A Administração necessita, por isso, de uma instância diretiva, a qual tem seu lugar estrutural dentro da Constituição"<sup>169</sup>. Essa instância diretiva, contudo, não retira o caráter independente atribuído à Administração por Forsthoff quando conjuga as tarefas dos ministros com "(...) a orientação da Administração de acordo com os fins gerais do Estado dados na Constituição, na penetração recíproca de Constituição e Administração"<sup>170</sup>. Uma aposta, percebe-se, de controle político sobre independência administrativa que prescinde de garantias jurídicas.

Outro ponto de apoio se soma ao conjunto de argumentos defendidos por Forsthoff a respeito da vinculação da administração pública ao Direito. Trata-se da tentativa de diferenciação entre o Direito Administrativo e o "Direito judicial".

<sup>167</sup> "Esta independencia encuentra su expresión jurídica peculiar en el hecho de que los actos de la Administración no derivan su validez de la Ley." FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 29

<sup>168</sup> "La Administración está llamada a hacer realidad los cometidos del Estado. Estos cometidos se determinan de acuerdo con la realidad social básica y las ideas políticas que individualizan el Estado; es decir, de acuerdo con el contenido sustancial de la Constitución." FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 30

<sup>169</sup> "La Administración necesita, por ello, una instancia directiva, la cual tiene su lugar estructural dentro de la Constitución." FORSTHOFF, p. 30

<sup>170</sup> "(...) la orientación de la Administración de acuerdo con los fines generales del Estado dados en la Constitución, en la penetración recíproca de Constitución y Administración." FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 30-31.

Com o mesmo método dos juristas que buscaram a especialização do Direito Administrativo por meio de esforços doutrinários na defesa da separação entre justiça e administração, o jurista alemão afirma: "(...) em contraposição à Justiça, a Administração possui comparativamente maior independência frente à esfera normativa."<sup>171</sup> Sob a divisão entre "*lado material y otro formal*", Forsthoff iguala Administração e Justiça no aspecto da vinculação formal em relação à norma jurídica.

Vinculação deve se entender no sentido de um conceito absoluto que exclui toda diferenciação: '*nequit detrahi de jure quantitas*'. Este é o lado não problemático da questão, a qual não nos deteremos mais aqui.<sup>172</sup>

E as desiguala quando trata da vinculação material - discricionariedade, melhor dito

(...) a lei deixa à Administração uma liberdade de ação que não tem paralelo no campo da justiça. Enquanto que o juiz julga de acordo com a lei, o funcionário administrativo extrai a maior parte de sua atividade em parte da lei e, em parte também da experiência e de juízos próprios.<sup>173</sup>

Dois crenças que se contradizem por assumirem a lei como credo comum e lhe atribuírem características de inviolabilidade no julgamento feito pelo juiz e de liberalidade do administrador no exercício de suas atividades. Dois argumentos que servem para reforçar a independência da Administração e a sua relação com a Constituição no quadro conceitual adequado à concepção de Estado de Direito que não reconhece a centralidade constitucional pretendida pelo Estado Constitucional.

---

<sup>171</sup> "(...) en contraposición a la Justicia, la Administración posee comparativamente mayor independencia frente a la esfera normativa.." FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 121.

<sup>172</sup> "Vinculación ha de entenderse en el sentido de un concepto absoluto que excluye toda diferenciación: '*nequit detrahi de jure quantitas*'. Este es el lado no problemático de la cuestión, en el que aquí no nos detendremos más." FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 121.

<sup>173</sup> "(...) la ley deja a la Administración una libertad de acción que no tiene paralelo en el campo de la Justicia. Mientras que el juez juzga de acuerdo con la ley, el funcionario administrativo extrae la mayor parte de su actividad, en parte de la ley y, en parte también, de la experiencia y juicios propios" FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 122

O conceito de vinculação jurídica da Administração Pública ao Direito, portanto, utilizado por Ernst Forsthoff em seu Tratado de Direito Administrativo<sup>174</sup>: "A vinculação jurídica, ou, melhor dito, a vinculação à proposição jurídica, converte a Administração em dependente da situação jurídica normativa"<sup>175</sup>. Esse posicionamento sugere a discussão nos termos do que a dogmática administrativista conhece como Poder vinculado e Poder discricionário, ou como a parte da teoria dos atos administrativos que trata de vinculação e discricionariedade.

É possível perceber nessa pequena revisão dos posicionamentos de Ernst Forsthoff como seu alinhamento teórico ao pensamento schmittiano reflete-se na proposição de uma dogmática administrativista voltada para o esvaziamento do modelo normativo de Estado Constitucional presente na Lei Fundamental de Bonn, por meio de conceitos jurídicos construtores da ideia de centralidade da Administração em contraposição à centralidade da Constituição.

## 2.2.2 Dietrich Jesch: a reserva legal do princípio monárquico e a estrutura conceitual do Estado Constitucional

Nos anos 1960, em meio aos intensos debates na área do direito público ocorridos na Alemanha<sup>176</sup>, Dietrich Jesch denunciava a dificuldade da dogmática em apresentar, até aquele momento,

---

<sup>174</sup> O livro citado foi publicado em 1949, muito embora algumas das idéias ali contidas já tivessem sido apresentadas por Forsthoff no início da década de 1930, sua primeira fase de produção intelectual: "Allievo di Carl Schmitt a Bonn, Forsthoff si trova ad iniziare la sua carriera scientifica proprio al culmine della vicenda weimariana, nel momento in cui drammaticamente appare **Der Rechtsstaat in der Krise** e la costituzione del 1919 esprime ormai una democrazia senza Volk, un ordinamento fondato su libertà antiquarie, che si risolve nella ricerca di uno Stato privo di sostanza (...).

È un Forsthoff vicinissimo al maestro di Plettenberg: l'infatuazione nazionalsocialista, lo Stato totale che prende il posto del puro **Rechtsstaat**, prototipo di una comunità senza onore e dignità; lo Stato contenutistico che fa strame dello Stato vuoto, nichilizzato, minimalizzato dell'età liberale." SORDI, B., op. cit., p. 672

<sup>175</sup> "La vinculación jurídica, o, mejor dicho, la vinculación a la proposición jurídica, convierte a la Administración en dependiente de la situación jurídica normativa". FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. p. 27

<sup>176</sup> Os debates que se iniciaram com a publicação da Lei Fundamental de Bonn atravessam décadas. Veja-se: "Che lo Stato di diritto possa, debba, essere 'sociale', collegato con un modello di democrazia che si realizza estendendo l'area giuridica del soggetto oltre i classici confini segnati dalla proprietà e dalla libertà, non è una tesi inedita: è una prospettiva che Heller aveva già adottato ed espresso aggiungendo alla formula dello Stato di diritto l'aggettivo 'sociale'. La novità è che questo modello pretende di avere dignità costituzionale e di porsi come uno dei pilastri dell'ordine che ci si accinge a edificare. Se però sembra acquisito che lo Stato di diritto sia ormai uno Stato di diritto sociale. Se da un lato non mancano giuristi

Um quadro conceitual adequado à estrutura constitucional da democracia liberal e por sua vez idôneo para resolver dogmáticamente, e de certa maneira ao modo das ciências exatas, os urgentes problemas do nosso Direito político e administrativo<sup>177</sup>

---

che , appellandosi alle espressioni e alla logica complessiva del **Grundgesetz**, attribuiscono rilevanza costituzionale allo Stato di diritto sociale, assume, dall'altro lato, una notevole risonanza la posizione di chi, come Forsthoff, prende le distanze da questa interpretazione della 'Legge fondamentale'." COSTA, Pietro. **Lo Stato di diritto: un'introduzione storica**. in: COSTA, Pietro et ZOLO, Danilo (a cura di). **Lo stato di diritto: storia, teoria, critica**. 3<sup>a</sup> ed. Milano: Feltrinelli, 2006. p.153

**"L'eredità che ci ha consegnato Weimar consiste nella domanda circa le condizioni di possibilità del pluralismo.**

*Verso la fine degli anni Venti Smend aveva osservato che una comunità politica può sussistere solo se i cittadini si riconoscono nei principi costituzionali in cui si esprimono i valori propri di una tradizione nazionale. In questa prospettiva il fallimento di Weimar può essere ricondotto all'impossibilità di porre principi comuni come fondamento della convivenza politica.*

*Dopo il 1945 si ripropose l'interrogativo sulle condizioni di possibilità del pluralismo, ma la riflessione teorica assunse una diversa prospettiva a partire da una realtà costituzionale profondamente modificata.*

*Il positivismo giuridico era stato l'approccio seguito dalla dottrina giuridica dello Stato che, formata durante l'epoca del **Kaiserreich** si era protratta, come abbiamo visto, pur con le necessarie differenziazioni, fino all'epoca di Weimar. Essa concepiva lo Stato come una sorta di ipostasi ideale - l'idea di Stato - che trovava i propri rappresentanti in precisi organi costituzionali.*

*Schmitt concepiva, ad es., lo Stato come <<status dell'unità politica>> di un popolo, mentre la costituzione rappresentava la <<forma e [il] tipo dell'unità politica>>. In realtà quell'unità era una <<funzione>> di cui Schmitt individuava il rappresentante nella figura del presidente del **Reich**. Questo tipo di risultato teorico era possibile perché nella costituzione di Weimar le componenti plebiscitarie coesistevano, come abbiamo visto, con le componenti rappresentative.*

*Il superamento di questa ambiguità nella Legge Fondamentale del 23 maggio 1949 ha consentito il pieno dispiegarsi di una realtà pluralistica, rispetto alla quale la riflessione teorica del secondo dopoguerra ha posto domande diverse da quelle cui aveva cercato di rispondere la dottrina giuridica dello Stato durante l'epoca weimariana.*

*Il problema che è stato affrontato, sia dalla scienza giuridica che dalla scienza politica dopo il 1945, non è più consistito infatti nella domanda: <<Chi ha il potere politico?>>, bensì nella domanda: <<Come viene esercitato il potere politico?>>. Al centro della riflessione non è più stata la questione dell'unità politica>> o dell'<<interesse dello Stato>>, bensì piuttosto il problema del potere concepito come un processo di formazione della volontà politica nel contesto di una realtà pluralistica." GOZZI, Gustavo. **Democrazia e diritti: Germania: dello Stato di diritto alla democrazia costituzionale.**, p. 160-162*

<sup>177</sup> "un armazón conceptual adecuado a la estructura constitucional de la democracia liberal y a la vez idôneo para resolver dogmáticamente, y en cierta manera al modo de las ciencias exactas, los urgentes problemas de nuestro Derecho político y administrativo." JESCH, Dietrich. *op. cit.*, p. XI

Jesch faz referência nesse ponto específico sobre a utilização do conceito de reserva legal, surgido durante a monarquia constitucional, para o momento inaugurado com a Lei Fundamental de Bonn<sup>178</sup>.

O conceito moderno de reserva legal, seu conteúdo e amplitude é o problema que Jesch se propõe a enfrentar em um trabalho escrito originariamente para a habilitação para a docência na Faculdade de Direito e Ciências Econômicas da Universidade de Tübingen e que se tornou, juntamente com o trabalho de Hans-Heinrich Rupp um dos textos pioneiros sobre a legalidade administrativa na Alemanha a impulsionar um longo programa acadêmico<sup>179</sup>.

A inovação que Jesch apresenta é a de enfoque de uma nova teoria do direito administrativo<sup>180</sup> ajustada conscientemente aos imperativos da democracia, modificando a teoria tradicional, com as raízes no constitucionalismo monárquico<sup>181</sup>:

O presente estudo pretende mostrar que a delimitação tradicional da reserva da apropriação *ex lege* constitui um elemento essencial da

---

<sup>178</sup> "Este acotamiento del ámbito de la reserva legal se ha ido considerando cada vez más insatisfactorio e insuficiente, sin que has el momento se haya logrado oponer una doctrina nueva y adecuada a nuestro sistema constitucional a la vieja teoría de la reserva legal, recibida de la Monarquía constitucional." Idem, p. 2 "El derecho público de la época presente se caracteriza por la carencia de unos conceptos fundamentales sólidos. Por ellos resulta de urgente necesidad redefinir tales conceptos, es decir, definirlos con referencia al Estado moderno, con el fin de obtener un armazón conceptual a partir del cual se posible, asimismo, reformular el concepto de Estado. Pero hasta tanto los conceptos se hayan decantado y las instituciones del Derecho público muestren unos contornos claros, sería absurdo pretender el estudio de un concepto general de Estado. Esto es lo que justifica el análisis de un problema central del Estado constitucional, el del principio de la legalidad de la Administración." Idem, p. 3

<sup>179</sup> RUPP, Hans-Heinrich. *Grundfragen der heutigen verwaltungsrechtslehre*. 2ª ed. Tübingen: Mohr, 1991. Cf. MEINEL, Florian. *Ernest Forsthoff and the Intellectual History of German Administrative Law*. German Law Journal, 2007, vol. 08, n. 08, p.787. Acessado em 16/02/10. Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=849>

<sup>180</sup> "Los fundamentos de nuestro ordenamiento estatal han cambiado en rápida secuencia en el transcurso de este siglo. La Monarquía constitucional, la democracia parlamentaria, el Estado de caudillaje nacionalsocialista, y de nuevo la democracia parlamentaria se sustituyen sucesivamente. Esta situación permite comprender por qué la doctrina alemana del Derecho político no ha logrado hasta ahora aportar un armazón conceptual adecuado a la estructura constitucional de la democracia liberal y a la vez idóneo para resolver dogmáticamente, y en cierta manera al modo de las ciencias exactas, los urgente problemas de nuestro Derecho político y administrativo. Por ello, la teoría y la praxis tienen que contentarse en buena parte con el aparato conceptual nacido a principios de siglo, si bien a nadie se le oculta su insuficiencia para con nuestro ordenamiento fundamental." JESCH, Dietrich, op. cit., p. XI

<sup>181</sup> RÖMER, Peter. *La teoría pura del derecho, de Hans Kelsen, como ideología y como crítica de la ideología*. in: KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Ediciones Guadarrama, 1977. p. 169

Monarquia Constitucional do século XIX, e ao mesmo tempo extrair da transformação da estrutura constitucional um conceito moderno da reserva legal, para depois determinar com caráter geral seu conteúdo e amplitude.<sup>182</sup>

A resposta a essa dificuldade é dada por meio da defesa da carência de conceitos fundamentais sólidos do direito público daquela época e da necessidade urgente de redefini-los com referência ao Estado moderno, para com isso obter uma estrutura conceitual a partir da qual se possa reformular o conceito de Estado.

Diante, pois, da inexistência desses conceitos e de instituições de Direito público com contornos claros, Jesch justifica sua opção pelo estudo de um problema central do Estado constitucional, ao invés de estudar o conceito geral de Estado<sup>183</sup>.

Outro aspecto epistemológico enfrentado no estudo de Jesch sobre a legalidade diz respeito à continuidade e descontinuidade de princípios e conceitos ao qual ele propõe uma questão a ser debatida: “Pode haver uma continuidade dos princípios e dos principais conceitos do Direito Público numa descontinuidade de estruturas constitucionais?”<sup>184</sup>

Duas concepções estruturam o posicionamento assumido pelo autor. A de que existe uma dependência funcional entre os conceitos de Direito público e a respectiva estrutura constitucional. E a atitude de desconfiança em relação a existência de uma continuidade conceitual concomitantemente com uma descontinuidade constitucional<sup>185</sup>.

O que poderia explicar, então, que durante a República de Weimar - exemplo de descontinuidade constitucional - não tenha ocorrido uma mudança dos conceitos e princípios, dependentes que são, sob o aspecto funcional das estruturas constitucionais vigentes? Para Jesch:

---

<sup>182</sup> “El presente estudio pretende mostrar que la delimitación tradicional de la reserva del apoderamiento *ex lege* constituye un elemento esencial de la Monarquía constitucional del siglo XIX, y a la vez extraer de la transformación de la estructura constitucional un concepto moderno de la reserva legal, para después determinar con carácter general su contenido y amplitud.” JESCH, Dietrich. *Ley y administración*, p. 2.

<sup>183</sup> “¿Puede haber una continuidad de los principios y los conceptos cardinales del Derecho público dentro de una discontinuidad de estructuras constitucionales?” Idem, p. 3.

<sup>184</sup> Idem, p. 6.

<sup>185</sup> Idem, p. 7-8

a causa fundamental de que o princípio da legalidade da monarquia constitucional continuasse em vigor, essencialmente sem solução de continuidade, sob a República de Weimar, deve ser buscada no fato de que se conservou o aparato conceitual do Direito Público apesar da mudança da Monarquia constitucional à democracia parlamentar. Esta conservação se deve, por uma parte, ao estilo de pensamento, conservador por princípio, dos juristas, mas, por outra e, sobre tudo, ao fato de que foram as mesmas pessoas os intérpretes principais do Direito público da Monarquia constitucional e da nova democracia parlamentar.<sup>186</sup>

Jesch tenta comprovar sua posição básica por meio da adoção de uma investigação aplicativa do Direito, que consiste em um método de abordagem do conteúdo compatível com a extensão de um princípio da legalidade, dividido em três momentos: a) depuração dos conceitos mais importantes relacionados com o tema; b) explicitação do método de solução; e c) fundamentação jurídico-constitucional da solução.

A solução apresentada pelo autor se apóia em uma metódica que estabelece a premissa conceitual de estrutura constitucional ao definir Constituição como "o ordenamento fundamental do Estado"<sup>187</sup> de Werner Kāgi; e estrutura como "uma armação de relações na qual somente se contemplam as relações em si mesmas, prescindindo do sentido do conteúdo das relações ou dos objetos entre os quais existem relações"<sup>188</sup>; e o de estrutura constitucional como

a estrutura jurídica do Estado. (...) uma armação de normas, uma trama de proposições jurídicas escritas e não escritas.

---

<sup>186</sup> "la causa fundamental de que el principio de legalidad de la monarquía constitucional continuara en vigor, esencialmente sin solución de continuidad, bajo la República de Weimar ha de ser buscada en el hecho de que se conservara el aparato conceptual del Derecho Público a pesar del cambio de la Monarquía constitucional a la democracia parlamentaria. Esta conservación se debe, por una parte, al estilo de pensamiento, conservador por principio, de los juristas, pero, por otra y, sobre todo, al hecho de que fueran unas mismas personas los intérpretes principales del Derecho público de la Monarquía constitucional y de la nueva democracia parlamentaria. Idem, p. 9

<sup>187</sup> "el ordenamiento jurídico fundamental del Estado" Idem, p. 84

<sup>188</sup> "un entramado de relaciones en el cual sólo se contemplan las relaciones en si mismas, prescindiendo del sentido del contenido de las relaciones o de los objetos entre los cuales existen las relaciones" Idem, p. 87

A estrutura constitucional se contempla como uma conexão de funções. Isto significa para a interpretação que não pode vir a colação a consideração isolada das distintas proposiciones jurídicas, e que a interpretação deve ter lugar a partir de todo o contexto, e tendo em conta a reciproca dependência dos distintos elementos<sup>189</sup>.

A partir dessas premissas conceituais é possível, acompanhando a argumentação desenvolvida por Jesch, analisar a estrutura constitucional da Monarquia Constitucional, bem como a da República Federal da Alemanha.

A estrutura constitucional da Monarquia Constitucional foi construída sobre a base do princípio monárquico, presente pela primeira vez no projeto de constituição estamental de 1816 e expressado pela fórmula gestada em Württemberg: "*El Rey es el Jefe del Estado y reúne en sí todos los derechos del Poder estatal, de acuerdo con las disposiciones establecidas por la constitución del país*"<sup>190</sup>. Fórmula essa que será repetida, quase em sua integralidade, nas constituições da Bavária, de Baden e de Württemberg, promulgadas entre 1918 e 1919:

*El Rey es el jefe supremo del Estado, reúne en sí todos los derechos del Poder estatal y los ejerce con sujeción a las disposiciones por él dadas, y fijadas en el presente instrumento constitucional. Su persona es sagrada e inviolable*<sup>191</sup>.

Conforme assinala Jesch, Friedrich Julius Stahl foi quem estipulou a repulsão da soberania popular e do princípio parlamentar e o reconhecimento da soberania dos príncipes e o império da forma monárquica de governo como as duas linhas centrais desse princípio<sup>192</sup>.

---

<sup>189</sup> "La estructura jurídica del Estado. (...) un entramado de normas, una trama de proposiciones jurídicas escritas y no escritas.

(...)

La estructura constitucional se contempla como una conexión de funciones. Esto significa para la interpretación, que no puede venir a colación la consideración aislada de las distintas proposiciones jurídicas, y que la interpretación tiene que tener lugar a partir del total contexto, y teniendo en cuenta la reciproca dependencia de los distintos elementos." Ibidem, p. 95

<sup>190</sup> MEISNER, Heinrich Otto. *Die Lehre vom monarchischen Prinzip im Zeitalter der Restauration und des Deutschen Bundes, Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte*, n° 122, Breslau, 1913, pp. 216 ss. **Apud:** JESCH, Dietrich. *op. cit.*, p. 96

<sup>191</sup> Idem, p. 96

<sup>192</sup> Idem, p. 98

A estrutura constitucional da República Federal da Alemanha, construída sobre a soberania popular, tem no seu sistema de separação de poderes e de divisão do poder entre os órgãos estais seu eixo central de mudanças que atingem o núcleo da ordem legal fundamental.

O traço marcante das mudanças introduzidas pela Lei Fundamental de Bonn está na limitação da transferência do poder de legislar do Parlamento ao Executivo, especialmente a proibição de renunciar ao poder de criação do Direito por meio da cessão de produção normativa genérica ao Executivo, chamado de "*apoderamiento global*"<sup>193</sup>, salvo quando estejam determinados em lei o conteúdo, a finalidade e a amplitude da apropriação<sup>194</sup>.

A transformação da estrutura constitucional ocorrida na transição do modelo monárquico para o modelo republicano-federal na Alemanha, no que toca a configuração do princípio da legalidade administrativa, reside no fortalecimento do Parlamento e enfraquecimento do Poder Executivo<sup>195</sup>.

Nessa linha de raciocínio desenvolvida por Jesch, a configuração do princípio da legalidade administrativa está imbricada no problema de distribuição do Poder estatal:

A específica conformação do princípio da legalidade não depende da questão de se se

---

<sup>193</sup> "*El principio de legalidad de la Administración nació bajo la Monarquía constitucional. Contiene las dos conocidas vertientes, de la primacía de la ley y de la reserva legal. La reserva legal, es decir, el principio de que determinadas medidas administrativas sólo pueden ser dictadas conforme a Derecho si tienen como base una norma de rango formal de ley, contenía originariamente una limitación característica de la Monarquía constitucional, a saber: que no estaban sometidas a la reserva legal todas las medidas administrativas, sino sólo aquellas que se hallaban comprendidas dentro del marco de la relación de sujeción general. Las disposiciones comprendidas dentro del ámbito de la relación de sujeción especial, como, por ejemplo, las dirigidas al funcionario, al soldado, o al usuario de un establecimiento público podían ser dictadas sin necesidad de que existiera a tal efecto una disposición de rango de ley que les sirviera de fundamento. Pero aun dentro del ámbito de la relación de sujeción especial estaba limitado el recinto dentro del cual el Poder Ejecutivo estaba obligado a exhibir un **apoderamiento ex lege**: sólo los actos de intervención en la libertad y en la propiedad estaban sujetos a dicha reserva, mientras que, por el contrario, los actos de prestación y los actos de favorecimiento no precisaban de **apoderamiento** alguno fundado en una norma de rango legal.*

*La forma de **apoderamiento** era indiferente, en principio. Podía estar configurada como una cláusula general amplia (**apoderamiento global**) o indicar en forma circunstanciada las medidas admisibles en cada caso los requisitos de las mismas. Lo importante, desde el punto de vista de la compatibilidad con el principio de la reserva global, era que se hubiera conferido **apoderamiento**."* JESCH, Dietrich. *op. cit.*, p. 1

<sup>194</sup> *Idem*, p. 118

<sup>195</sup> *Idem*, p. 219-220

distribui, mas fundamentalmente da questão de quem distribui. Somente dentro do marco de uma determinada estrutura constitucional recebe, pois, o problema distributivo sua relevância jurídica e sua significação para o princípio da legalidade.<sup>196</sup>

A mudança da estrutura constitucional, portanto, atinge o princípio da legalidade administrativa no aspecto da reserva legal, ao passo que a primazia da lei segue inalterada pelas transformações que esse modelo traz consigo. Se trata, especificamente na opinião do autor, de duas questões na problemática que envolve o conceito de reserva legal. A limitação da reserva legal nos casos de prestações e atos de favorecimentos estatais e da permanência ou não da reserva legal no âmbito da relação de sujeição especial<sup>197</sup>.

Em que pese o caráter democrático do posicionamento teórico-dogmático de Jesch sobre a estrutura do princípio da legalidade administrativa na ordem constitucional da Lei Fundamental de Bonn, seus postulados não convergem para que os direitos fundamentais possam assumir na estrutura constitucional um papel significativo. Pelo contrário, o autor é enfático ao alijá-los da ampliação do âmbito de reserva ou de outras modificações do princípio da legalidade:

Pois a dogmática dos direitos fundamentais somente diz que todo o poder estatal frente ao cidadão se encontra vinculado pelos direitos fundamentais; mas desta vinculação geral pelos direitos fundamentais não pode se derivar qual seja o titular do poder que deva dizer a primeira palavra e, portanto, deva observar em primeiro lugar os direitos fundamentais<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> "La específica conformación del principio de legalidad no depende de la cuestión de si se distribuye, ni tampoco de la cuestión de cómo se distribuye, sino fundamentalmente de la cuestión de quién distribuye. Sólo dentro del marco de una determinada estructura constitucional recibe, pues, el problema distributivo su relevancia jurídica y su significación para el principio de legalidad" Idem, p. 222-223

<sup>197</sup> Idem, p. 223-224

<sup>198</sup> "Pues la dogmática de los derechos fundamentales sólo dice que todo el poder estatal frente al ciudadano se halla ligado por los derechos fundamentales; pero de esta vinculación general por los derechos fundamentales no puede derivarse cuál sea el titular del poder que haya de decir la primera palabra y, por tanto, deba observar en primer lugar los derechos fundamentales" Idem, p. 127.

Certamente não se pode derivar da vinculação geral aos direitos fundamentais qual seja o titular do poder que deva dizer a primeira palavra a respeito desses direitos e de observá-los. Todavia, a questão pode ser colocada de outra forma, seria possível não derivar dessa vinculação que todos os poderes estão obrigados a observar os direitos fundamentais e a dizer sobre eles qualquer palavra que seja?

## 2.3 A VINCULAÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

O advento das Constituições da segunda metade do século passado propiciou o surgimento de uma nova concepção de Estado de Direito caracterizada pela rigidez constitucional, pela sujeição de todos os poderes aos direitos fundamentais e pela impossibilidade de alteração desses direitos, nos últimos anos denominada de Estado Constitucional de Direito ou Estado Constitucional<sup>199</sup>.

A mudança do modelo de Estado de Direito enseja a dúvida sobre se o quadro conceitual da Dogmática do Direito administrativo, forjado dentro dos limites teóricos e dogmáticos do Estado Liberal clássico e profundamente influenciado pela exegética e pelo legalismo positivista, apresentaria uma tendência de déficit em relação ao modelo normativo do Estado Constitucional, quando avaliada a adequação do conceito de princípio da legalidade administrativa a esse novo modelo.

### 2.3.1 Os defensores da juridicidade administrativa

A alteração do conceito material de lei, o alargamento do domínio juridicamente relevante e o desenvolvimento da esfera de atuação administrativa – mudanças operadas na virada do século passado -, juntamente com a ampliação e diversificação das relações entre a Administração Pública e o Direito oportunizaram o surgimento de orientações teóricas inovadoras da dogmática administrativista<sup>200</sup>.

---

<sup>199</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 27-32. Para favorecer a clareza conceitual, Estado Constitucional será adotado como modelo de Estado e de Constituição nascido após a Segunda Guerra Mundial, influenciado significativamente pela Declaração de Direitos Humanos da ONU, de 1948. Estado Constitucional de Direito significará, nos termos garantistas, um paradigma normativo da teoria do direito formulado em *Principia iuris*.

<sup>200</sup> SOARES, Rogério E. Princípio da legalidade e Administração constitutiva, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, LVII (1981), p. 169 e ss.

Em 1981 Rogério E. Soares já defendia em uma conferência o enfrentamento de um problema de adaptação da dogmática do direito administrativo, surgida no quadro histórico da Revolução Francesa, ao evoluir das circunstâncias:

muitas das aparelhagens conceituais que se construíram durante esse tempo nos aparecem hoje, quando as consideramos criticamente, perfeitamente desligadas da sua base histórica, e, se as quisermos continuar a aproveitar, temos de fazer um esforço para lhes dar uma nova compreensão<sup>201</sup>.

A concepção de que a Administração deve se submeter à Lei e ao Direito, elaborada por Eduardo García de Enterría faz parte dessas novas compreensões por defender a interpretação das normas previstas explicitamente na Constituição espanhola de 1978 e tentar orientar uma mudança de rumo na compreensão do conceito de Império da Lei para o Direito Administrativo:

Talvez seja o momento de notar que o conceito, hoje constitucional de <<império da Lei>> deve se entender não no seu sentido estrito de império das leis formais. Império da Lei é, na própria Constituição, império da Lei e do Direito. Como expliquei em outro lugar, ainda que a dualidade de termos <<Lei>> e <<Direito>> como instâncias que dominam a atuação dos poderes públicos somente a utiliza a Constituição ao explicar a vinculação jurídica da Administração, não se deve esquecer que o conceito constitucional básico é <<Estado social e democrático de Direito>> (art. 1.1), e não simplesmente Estado legal<sup>202</sup>.

<sup>201</sup> EHRARDT SOARES, Rogério. Princípio da legalidade e administração constitutiva. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, LVII (1981), pp. 169-191. p. 169

<sup>202</sup> " Pero quizás es el momento de notar que el concepto, hoy constitucional, de <<imperio de la Ley>> ha de entenderse no en su sentido estricto de imperio de las leyes formales. Imperio de la Ley es, en la Constitución misma, imperio de la Ley y del Derecho. Como he explicado en otro lugar, aunque la dualidad de términos <<Ley>> y <<Derecho>> como instancias que dominan la actuación de los poderes públicos sólo la utiliza la Constitución al explicar la vinculación jurídica de la Administración, no debe olvidarse que el concepto básico constitucional es <<Estado social y democrático de Derecho>> (art. 1.1), y no de simple Estado legal." GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración**. 5ª ed. amp. reimp. Madrid: Thomson & Civitas, 2005.

Outra dessas inovações é a reconstrução dogmática da doutrina da legalidade administrativa, chamada de princípio da juridicidade<sup>203</sup>. De maneira geral, essa proposta defende a manutenção da primazia normativa da lei sobre todos os atos da administração, tornando-se o pressuposto e o fundamento de toda atividade administrativa (princípio da precedência de lei, ou da reserva de função administrativa). Exige densidade legal acrescida e vinculação mais intensa - sob os aspectos formal, procedimental e substancial - da atividade administrativa à lei (princípio da reserva - material - do Parlamento, ou reserva da lei parlamentar). Também defende a subordinação da Administração, mesmo que no uso de poderes discricionários concedidos por lei, aos princípios jurídicos fundamentais; a ausência de presunção de legalidade da atividade administrativa e presença do dever de fundamentação expressa dos atos administrativos, mantendo-se o atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos somente aos casos previstos em lei e às situações de urgência; e, controle jurisdicional tanto da legalidade como da juridicidade da atividade administrativa<sup>204</sup>.

É muito provável que esse conceito tenha sido usado pela primeira vez entre os administrativistas em 1927, por Adolf Merkl na sua Teoria Geral do Direito Administrativo. Deve-se ressaltar que Merkl defende a completa distinção entre juridicidade da administração - entendida como "*La conexión* necesaria entre *derecho* y *administración*" - e legalidade da administração:

Este princípio significa, não somente que a administração, considerada em seu conjunto, está condicionada pela existência de um direito administrativo, senão que também que cada ação administrativa isolada está condicionada pela existência de um preceito administrativo que admite semelhante ação<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> Somente no Brasil adotam tal conceituação: Germana Oliveira, Gustavo Binebonj, ....

<sup>204</sup> EHRARDT SOARES, Rogério. **Direito Administrativo**. v. I. edição, cidade, etc. p. 50-74; FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de Direito Administrativo*, II vol., 2001, Capítulo I

<sup>205</sup> "*Este principio significa, no sólo que la administración, considerada en conjunto, está condicionada por la existencia de un derecho administrativo, sino que también cada acción administrativa aislada está condicionada por la existencia de un precepto administrativo que admite semejante acción.*" MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Granada: Comares, 2004. p. 206

Todavia, é na tese de Paulo Otero<sup>206</sup> a respeito do sentido da vinculação da Administração na Constituição portuguesa que se encontra um grande esforço teórico para descobrir

as zonas ou as vias reveladoras de um relacionamento ‘anômalo’, ‘debilitado’ ou ‘invertido’ da Administração com a legalidade, procurando reflectir sobre a veracidade de certos dogmas clássicos relativos à legalidade administrativa que se vão transmitindo de modo mecânico aos juristas de geração em geração, cuidando de saber, afinal, em que medida o modelo de legalidade administrativa efectivamente vigente se enquadra na unidade de um ordenamento jurídico baseado no princípio constitucional da vinculação dos órgãos e agentes administrativos à lei e à Constituição<sup>207</sup>.

Otero desenvolve um estudo das relações entre a legalidade-juridicidade e a Administração Pública e o sentido exato da vinculação administrativa ao Direito no sistema jurídico português. Seu objetivo é proceder uma reflexão global sobre os termos e o modo como se processa efetivamente essa vinculação, averiguando a coerência e a unidade interna das normas integrantes do ordenamento jurídico disciplinador da atividade administrativa e das soluções resultantes da sua aplicação pelos órgãos administrativos.

Para alcançar esse objetivo, o autor português se dedica a saber em que medida a Administração Pública está efetivamente subordinada à juridicidade e qual o papel da função legislativa na configuração e definição dos critérios decisórios e das limitações inerentes ao exercício da função administrativa, para, ao fim e ao cabo, saber a real dimensão estruturante do princípio da legalidade administrativa<sup>208</sup>.

O método escolhido por Otero mostra-se um tanto quanto inusitado pois se dirige a demonstrar a insuficiente ou contraditória vinculação administrativa ao Direito. Trata-se, nas palavras do autor, de

---

<sup>206</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. (Reimpressão da edição de maio de 2003). Coimbra: Almedina, 2007.

<sup>207</sup> OTERO, Paulo. op. cit., p. 19.

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 16.

"um processo analítico de 'desconstrução' ou 'desmontagem' dos quadros clássicos de configuração da legalidade administrativa, revelando uma dimensão normalmente oculta no tratamento das relações entre a Administração Pública e a normatividade reguladora da sua actividade"<sup>209</sup>. A anomalia e a debilidade são os pontos centrais dessa pesquisa, pois o relacionamento encoberto "'invertido' da Administração com a legalidade", ao revelar-se permitirá a crítica de certos dogmas clássicos relativos à legalidade administrativa, "cuidando de saber, afinal, em que medida o modelo de legalidade administrativa efectivamente vigente se enquadra na unidade de um ordenamento jurídico baseado no princípio constitucional da vinculação dos órgãos e agentes administrativos à lei e à Constituição."<sup>210</sup>

### 2.3.2 A legalidade administrativa sob a ótica da teoria geral do direito administrativo como sistema

Trabalhos mais recentes da história do direito público alemão como o de Schmidt-Abmann - *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*<sup>211</sup> - defendem que as bases teóricas do direito público necessitam ser melhor exploradas a partir de investigações que priorizem a abordagem do direito comparado, das opções metodológicas e da perspectiva histórica. Esse esforço investigativo iniciado no princípio dos anos noventa é conhecido como o "novo direito administrativo" e enfatizou a função política e as atividades administrativas.

Schmidt-Abmann trata da Teoria geral do direito administrativo como idéia ordenadora - sistema. O sistema, ou idéia ordenadora, por ele defendido

<sup>209</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>210</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>211</sup> " *consiste en la inducción de una teoría general a partir de las particularidades que representan cada uno de los sectores del Derecho administrativo especial y en la reconducción de cada una de las piezas y soluciones singulares hacia principios generales del Derecho, entendidos ambos como procesos de interacción recíproca.*" SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003. O movimento acadêmico na Alemanha, do qual faz parte Schmidt-Abmann, surgiu com o objetivo comum de "reforma do direito administrativo" no início nos anos noventa e propõe a modernização das práticas administrativas e do direito administrativo, com ênfase na função política e nas tarefas administrativas. Veja-se a esse respeito: MEINEL, Florian. *Ernest Forsthoff and the Intellectual History of German Administrative Law*. German Law Journal, vol. 08, n. 08, p.785-800. Acessado em 16/02/10. Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=849>

consiste na indução de uma teoria geral a partir das particularidades que representam cada um dos setores do Direito administrativo especial e na recondução de cada uma das peças e soluções singulares aos princípios gerais do Direito, entendidos ambos como processos de interação recíproca<sup>212</sup>.

Ou seja, a idéia ordenadora é a que age como uma espécie de chave que une os arcos que compõem uma abóbada. Por outro lado, o autor afasta de sua concepção sobre o pensamento sistemático da Ciência do Direito qualquer vínculo com a rigidez valorativa e qualquer identificação com algo estático:

Pelo contrário, suas afirmações ou teorias se encontram condicionadas ou dependem do progresso do conhecimento e da persistência dos pressupostos ou postulados sobre os que se assenta<sup>213</sup>.

Outro argumento na defesa da sistematicidade consiste em depositar nela a capacidade de identificação dos valores em conflito e neutralizar as contradições ou a desintegração geradas por meio do contínuo movimento da especialização do Direito em setores<sup>214</sup>.

Tendo em consideração que a análise de Schmidt-Abmann tem por base o direito administrativo alemão e o seu direito positivo, a estrutura normativa da Constituição condiciona, por meio da dimensão sistemática, o Direito Administrativo e suas bases constitucionais. São três os princípios ou classes de vinculação a que a Administração encontra-se sujeitada: direitos fundamentais; a sujeição à lei e ao Direito e a vinculação à garantia da tutela judicial<sup>215</sup>.

Também são em número de três as funções da perspectiva sistemática: prática, dogmática e política. Destacando-se a função

---

<sup>212</sup> SCHMIDT-ABMANN, op. cit., p. 2

<sup>213</sup> "Por el contrario, sus afirmaciones o teorías se encuentran condicionadas o dependen del progreso del conocimiento y de la pervivencia de los presupuestos o postulados sobre los que se asienta." Idem, p. 2

<sup>214</sup> SCHMIDT-ABMANN, op. cit., p. 2

<sup>215</sup> la sujeción a los derechos fundamentales a que se refiere el art. 1.III GG; el sometimiento a la ley y al Derecho que luce en el art. 20.II GG, y la vinculación a la garantía de la tutela judicial (art. 19. IV GG)." p. 5

dogmática "consiste em resolver e decidir argumentativamente e de modo coerente, com referência ou relação a um sistema, as concretas e singulares questões jurídicas que se suscitam"<sup>216</sup>.

A legalidade administrativa, pensada a partir dessa teoria consiste em repensar a doutrina da aplicação da lei administrativa:

em primeiro lugar, atenda cabalmente tanto a pretensão diretiva como aos limites da capacidade diretiva da lei; em segundo lugar, permita constatar com naturalidade a existência de margens de decisão administrativa; e, em terceiro lugar, incorpore à análise o efeito racionalizador complementar daqueles outros critérios mencionados e dos mecanismos de sanção e de controle associados a eles<sup>217</sup>.

## 2.4 LEGALIDADE ADMINISTRATIVA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: UMA TRANSIÇÃO POR SE FAZER

Inicialmente se observa que os movimentos da constituição do campo dogmático específico do Direito Administrativo, como os da fixação de seus princípios e a sua diferenciação da dogmática privatista, nesse momento de mudança de modelo de Estado de Direito têm diante de si uma encruzilhada<sup>218</sup>: a) renovar o discurso dogmático construído no Estado Liberal por meio de técnicas e conceitos coerentes com a garantia dos direitos fundamentais, sejam eles liberais ou sociais; b) reafirmar o modelo do Estado Liberal, como invariavelmente se observa

---

<sup>216</sup> "consiste en resolver y decidir argumentalmente y de modo coherente, por referencia o relación a un sistema, las concretas y singulares cuestiones jurídicas que se suscitan", *Ibidem*, p. 7.

<sup>217</sup> "en primer lugar, atienda cabalmente tanto a la pretenión directiva como a los límites de la capacidad directiva de la ley; en segundo lugar, permita constatar con naturalidad la existencia de márgenes de decisión administrativa; y, en tercer lugar, incorpore al análisis el efecto racionalizador complementario de aquellos otros criterios mencionados y de los mecanismos de sanción y de control asociados a éstos" *Ibidem*, p. 217

<sup>218</sup> A figura da encruzilhada é invocada por Pablo Lucas Verdú para sinalizar os caminhos teóricos disponíveis para a *palingenesia iuris politici* (ressurreição do direito público): a) substancialismo/essencialismo (Burke, De Maestre, De Bonald, Ferdinand Lasalle, Jellinek, Max Weber e Karl Lowenstein; b) positivismo (Carré de Malberg, León Duguit, Kelsen, Alfred von Verdross); c) substantivistas (Carl Schmitt); d) substancialista-essencialista (Rudolf Smend, Constantino Mortati). VERDÚ, Pablo Lucas. *La constitución en la encrucijada (palingenesia iuris politici)*. Madrid: Centro de Publicaciones de la Facultad de Derecho - Universidad Complutense, 1994. p. 15-19

da produção dogmática; c) fortalecer as concepções dogmáticas que extraem do conceito de supremacia uma série de privilégios para o exercício ilimitado do poder pela Administração Pública; d) superar as visões particularistas, que dominaram o surgimento do direito administrativo, juntamente com as que resultaram da especialização das atividades da administração pública, e se voltam para o desenvolvimento dos princípios jurídicos e doutrinas gerais e unitárias.

A hipótese de trabalho da qual se parte para enfrentar a questão da adequação do princípio da legalidade administrativa ao modelo normativo do Estado Constitucional de Direito é de que a dogmática do Direito Administrativo ainda não conseguiu apresentar um quadro conceitual adequado à estrutura normativa do Estado Constitucional e por sua vez idôneo para resolver dogmaticamente, e de modo coerente aos postulados desse modelo de Estado, os problemas do direito administrativo e que a análise do conceito de princípio da legalidade administrativa revela esse déficit, expõe seus principais traços e permite avaliar a coerência da linguagem dogmática.

Essa adequação que se almeja seja alcançada pode ser buscada por meio de uma releitura do princípio da legalidade administrativa e também da vinculação da Administração Pública ao Direito que leve em consideração a estrutura normativa do Estado Constitucional de Direito na perspectiva da Teoria do Garantismo Jurídico defendido por Luigi Ferrajoli a ser abordada nos próximos capítulos.



### 3 PARA UM MODELO GARANTISTA DE LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

O percurso histórico do conceito de "princípio da legalidade administrativa", esboçado no capítulo anterior, revela que os esforços dirigidos para a adequação desse conceito em relação à estrutura normativa<sup>219</sup> do Estado Constitucional apresentam uma tendência de déficit.

Esse déficit pode ser observado em vários momentos em que o princípio tenta fazer parte, ou propriamente constituir, um sistema de garantias contra o exercício cotidiano do poder<sup>220</sup>. Aparentemente tais posicionamentos querem fazer supor que a adequação do conceito exige somente uma mudança das técnicas de garantia da dogmática do direito administrativo, ocultando ou ignorando os critérios de legitimação e os direitos fundamentais referentes a esse direito.

Em vista disso é imperioso reconhecer que qualquer proposta de mudança do conceito dogmático exige que se tenha claro se a estrutura normativa do Estado Constitucional adotada é, também, adequada para dar conta da complexidade desse modelo e das suas implicações. Isso porque, ao contrário do que se possa imaginar, pode ser a referência teórica da estrutura normativa do Estado Constitucional que precise ser reformulada.

#### 3.1 OS MODELOS DE DOGMÁTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO

---

<sup>219</sup> Entende-se por estrutura normativa ou modelo normativo o conjunto de características de dado sistema de conhecimento que guardam entre si uma identidade comum que as torna pertencentes a esse sistema e que as diferenciam de outros.

<sup>220</sup> A expressão é de Max Weber: *“En un Estado moderno, el poder real, que no se manifiesta en los discursos parlamentarios ni en las proclamaciones de los monarcas, sino en la actuación administrativa cotidiana, reside necesaria e inevitablemente en las manos del funcionario; del civil y del militar. Pues, a decir verdad, el alto oficial moderno incluso dirige las batallas desde el Bureau. Del mismo modo que el criterio inequívoco para medir la modernización de la economía es el denominado progreso hacia el capitalismo a partir de la Edad Media, el criterio inequívoco para medir la modernización del Estado - tanto del Estado monárquico como del democrático, siempre que se trate de un Estado de masas grande y no de un pequeño cantón con una Administración rotativa - es el progreso hacia el funcionariado burocrático, cuyos pilares son: contratación, sueldo, pensión, ascenso, formación especializada y división del trabajo, competencias delimitadas, tramitación de expedientes, jerarquización.”* WEBER, Max. **Escritos políticos**. 2ª ed. Madrid: Alianza editorial, 2008. p. 96-97.

A dogmática do Direito Administrativo contemporâneo se encontra em um momento de transição entre o modelo construído no século XIX - representado pelos posicionamentos de Otto Mayer - e um modelo que tenta se firmar a partir do final dos anos 1990, embora tenha surgido da transformação originada com a Constituição de Viena e a Constituição da República de Weimar nos anos 1920.

Há, contudo, autores que vêm na abordagem histórica do Direito Administrativo "linhas evolutivas"<sup>221</sup> a respeito das quais os períodos dessa dogmática e seus elementos poderiam ser conhecidos de forma mais completa. Por coerência com essa visão haveriam dois períodos que comporiam as linhas fundamentais da sistematização do Direito Administrativo. O primeiro período teria início com a edição dos *Principi fondamentali del diritto amministrativo* de Gian Domenico Romagnosi, em 1814, e terminaria com a separação do Direito Administrativo do Direito do Estado e a publicação de obras específicas. O segundo período se iniciaria com a afirmação crescente dos postulados liberais e o aparecimento de jurisdições administrativas independentes<sup>222</sup> e terminaria com a formação do núcleo essencial do direito administrativo, ocorrido a partir do encontro das tradições francesa, alemã e italiana<sup>223</sup>.

Em que pese a importância de registros cronológicos e seu sequenciamento, as trajetórias no campo da cultura não costumam ser lineares ou evolutivas. As tentativas liberais de inserção de seus postulados teóricos nos textos legais, na dogmática e na jurisprudência do Direito Administrativo revelam momentos de avanços e de retrocessos que negam qualquer caráter evolutivo.

Analisar os diferentes modelos da dogmática do Direito Administrativo tem por vantagem aprofundar suas características e relativizar sua capacidade de transformação da realidade que cerca a produção dogmática em dado momento histórico.

### 3.1.1 Surgimento do Direito Administrativo

As primeiras décadas da categoria disciplinar "direito administrativo" são marcadas pelo dualismo "julgar e administrar" e por uma produção literária essencialmente com caráter de repertório e incapaz de elaborar qualquer teoria geral do direito administrativo. Como afirma Sordi:

---

<sup>221</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>222</sup> Idem, p. 34

<sup>223</sup> Idem, p. 39

O problema prioritário desta primeira produção administrativista fica aquele de definir exatamente, por meio de uma minuta casuística, quais são os atos e as matérias da administração as quais o juiz não pode conhecer. Isto quer dizer que a moderna ciência do direito administrativo começa a se desenvolver somente **em consequência e em função** da escolha, já aceita nos anos da Revolução e do Império, de adotar um critério separatista de caráter 'material'<sup>224</sup>.

Talvez por essas razões, muito embora a condição para o surgimento do direito administrativo - sob o aspecto científico-doutrinal<sup>225</sup> - tenha se dado a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>226</sup> (com especial destaque para o seu art. 16<sup>227</sup>) e das leis que foram definindo o desenho institucional da administração pública do século XIX<sup>228</sup>, a legalidade administrativa não apresente relevância para ser tratada como um problema pelos administrativistas da primeira quadra do século XIX.

---

<sup>224</sup> " *Il problema prioritario di questa prima produzione amministrativistica resta quello di definire esattamente, tramite una minuta casistica, quali sono gli atti e le materie d'amministrazione di cui il giudice non può conoscere. La moderna scienza del diritto amministratio comincia cioè a svilupparsi solo in conseguenza e in funzione della scelta, già assunta negli anni della Rivoluzione e dell'Impero, di adottare un criterio separatista a carattere 'materiale'*". MANNORI, Luca et SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. 4ª ed. Milano: Laterza, 2006. p. 279-280.

<sup>225</sup> Ao tratar do surgimento do Direito Administrativo, Hespanha traça três planos que possibilitaram a sua constituição como ramo autônomo da ciência jurídica no decorrer do século XVIII: a) o plano institucional, ao ocorrer a dissolução da organização corporativa da sociedade e a assunção das atividades de polícia pela coroa; b) o plano ideológico, ao haver a substituição da "realização da justiça" pela promoção do "interesse público" como objetivo da atividade de poder; c) o plano científico-doutrinal, ao surgir uma nova disciplina jurídico-processual pautada pela executividade independentemente de decisão judicial, não sujeição de suas decisões a embargos, não obediência ao princípio do contraditório. HESPANHA, Antonio Manuel. Representação dogmática e projectos de poder para uma arqueologia da teoria do direito administrativo. **Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra**. Número especial: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia. v. III. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 103-142. p. 103-04

<sup>226</sup> MANNORI, Luca et SORDI, Bernardo, op. cit., p. 201; BURDEAU, François. *Historie du droit administratif*. Paris: Puf, 1995. p. 29

<sup>227</sup> *Article XVI - Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution.*

<sup>228</sup> Luca Mannori e Bernardo Sordi dão ênfase a três leis: a) 22 de dezembro de 1789 - suprime os cargos dos intendentes e dos seus delegados e introduz em seus lugares os novos Conselhos eletivos de Departamento e de Distrito; b) 16 a 24 de agosto de 1790 - dispõe sobre a nova organização judiciária - art. 13, II estabelece a impossibilidade dos juizes interferirem na ação da administração; c) 28 *pluviose anné VIII* (17 de fevereiro de 1800) - assinala uma nova forma organizativa e reorienta profundamente a finalidade, o modo operativo, o íntimo significado institucional. op. cit., p. 227 e 247.

Os esforços desses autores, com efeito, se dirigiam para suprir a ausência de uma codificação em matéria administrativa por meio de inventários legislativos, fiéis às tradições dos estudos sobre a Polícia realizados no século XVIII<sup>229</sup> e à concepção legalista do direito que impunham resistência ao reconhecimento de um papel normativo à jurisprudência administrativa<sup>230</sup>.

O surgimento da expressão «direito administrativo» não faz parte desses primeiros esforços, nem foi obra de grandes tratadistas. Ela surge, em 1798, no programa de um desconhecido professor das Escolas Centrais do Departamento da *Charente-Inférieure*<sup>231</sup>. Sua sistematização é iniciada por Bonnin - que confere ao termo o reconhecimento da autoridade administrativa - e, posteriormente, ampliada por Romagnosi em suas *Instituzioni di diritto amministrativo*<sup>232</sup>.

Todavia, é no curso da Restauração que a disciplina direito administrativo se torna matéria curricular nas faculdades de direito francesas, muito embora entre o a publicação do ato instituidor e a produção de seus efeitos tenham transcorridos quase quinze anos<sup>233</sup>.

Ao mesmo tempo começam a ser publicados os primeiros tratados especificamente dirigidos à matéria, sem, contudo, se dirigirem a uma análise além das questões e dos elementos da jurisprudência do Conselho do Estado, o que ocorrerá somente com a publicação dos *Institutes de droit administratif*, de De Gérando entre 1828 e 1830<sup>234</sup>.

Para Mannori e Sordi

O problema prioritário desta primeira produção administrativista é aquele de definir exatamente, por meio de uma minuta casuística, quais são os atos e as matérias da administração os quais o juiz não pode conhecer. A moderna ciência do direito administrativo começa por isso a se desenvolver somente *em consequência* e *em função* da escolha, já admitida nos anos da Revolução e do Império,

---

<sup>229</sup> Sobre o tema consulte-se SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. *A polícia e o rei-legislador*. in: BITTAR, E. *História do direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2003.

<sup>230</sup> BURDEAU, François, *op. cit.*, p. 112

<sup>231</sup> MESTRE, J.-L. *Aux origines de l'enseignement du droit administratif: le «Cours de législation administrative» de Portiez de L'Oise*, in «Reveu française de droit administratif», IX (1993), *spec. pp. 244-46*. *Apud*: MANNORI, Luca et SORDI, Bernardo. *op. cit.*, p. 277

<sup>232</sup> MANNORI, Luca et SORDI, Bernardo. *op. cit.*, p. 277.

<sup>233</sup> *Idem*, p. 278.

<sup>234</sup> *Idem*, p. 278.

de adotar um critério separatista de caráter material<sup>235</sup>.

O reconhecimento da administração como uma das funções do Estado se dá por meio da construção da autonomia daquela em relação à função legislativa e à função judicial. A domínio da primeira é afastado com a adoção de uma concepção residual da administração para os âmbitos não alcançados pela preexistência da lei. A segunda vai sendo diluída pela equiparação das funções e pela afirmação da separação rígida, impeditiva do controle jurisdicional da administração. O resultado desses movimentos é a transformação da administração não só num poder, mas também em poder no sentido absoluto, em razão de sua natureza intrínseca<sup>236</sup>.

### 3.1.2 Publicização, especialização e separação: os modelos do século XIX

Ao mesmo tempo em que os institutos do Direito Civil passam a ser institutos do Direito Administrativo, por meio de um processo de implante de categorias acompanhadas do adjetivo qualificador do ramo do direito público ao qual começam a pertencer (veja-se como exemplo o contrato administrativo), deixam de existir seus vínculos com o Direito Privado e surge uma nova natureza pública, específica do ramo receptor do implante.

A direção indicada por Otto Mayer ao afirmar que "o direito constitucional passa, o direito administrativo permanece" guia o afastamento desses dois ramos e molda a separação que atribuirá ao primeiro o caráter político da ação estatal e ao segundo sua força de império, sua ação soberana limitada, sem, contudo, condicionada juridicamente.

O Direito Administrativo assume a posição, ancorada na concepção do tratamento desigual entre os sujeitos das relações jurídicas às quais é aplicado, na supremacia estatal, de um direito próprio,

---

<sup>235</sup> "Il problema prioritario di questa prima produzione amministrativistica resta quello di definire esattamente, tramite una minuta casistica, quali sono gli atti e le materie d'amministrazione di cui il giudice no può conoscere. La moderna scienza del diritto amministrativo comincia cioè a svilupparsi solo **in conseguenza** e **in funzione** della scelta, già assunta negli anni della Rivoluzione e dell'Impero, di adottare un criterio separatista a carattere 'materiale'." Idem, p. 278

<sup>236</sup> Idem, p. 284-285

específico da Administração Pública e se constitui em verdadeiro regime administrativo do direito.

Nem mesmo as mudanças gestadas nos anos vinte do século XX, tanto em Weimar quanto em Viena, com a introdução de novos institutos como poder constituinte, direitos fundamentais, direitos sociais, garantias constitucionais, controle de constitucionalidade, partido político, orientação política - que dominarão o direito público do pós segunda guerra.

Nem mesmo essas mudanças, frise-se, que constituem uma revolução das instituições e dos léxicos do direito constitucional e da ciência política; mudanças que exigem institutos e uma teoria política própria para a democracia; conseguirão transpor a imobilidade que domina o direito administrativo e sua continuidade de aparatos, de normas e de construções dogmáticas que durante todo o século XIX ganharam forma e sedimentaram o modelo europeu continental de direito administrativo<sup>237</sup>.

### **3.1.3 Direito administrativo e democracia constitucional: um modelo ainda por construir**

A superação dos modelos dogmáticos do século XIX apoia-se no constitucionalismo que emerge do segundo pós guerra na Europa continental. Esse movimento influencia o o direito público de maneira geral e especialmente orientado pelo retorno do direito administrativo clássico em oposição ao Estado Social de natureza exclusivamente administrativa. Um modelo de Estado, o Estado Administrativo, produzido pelos valores constitucionais dos totalitarismos do primeiro pós guerra, neutralizadores da política e das constituições e responsáveis por uma relação de poder construída sobre a competência essencial da autoridade em prover as necessidades essenciais dos cidadãos<sup>238</sup>.

Esse retorno, no entanto, é profundamente marcado por uma reação contra o Estado Administrativo das experiências totalitárias. A ênfase liberal, tem sentido depuratório para as relações de poder entre a Administração Pública e os cidadãos e oportunizam a inserção de novos princípios constitucionais, a exemplo do que ocorre na Itália:

Imparcialidade, bom andamento, acionabilidade geral das exigências nos confrontos com o poder

---

<sup>237</sup> Idem, p. 458.

<sup>238</sup> Idem, p. 515

administrativo, primeiro grau de justiça administrativa no libelo regional e, no plano da organização, autonomia e descentralização<sup>239</sup>.

A constitucionalização operada nesse momento, contudo, não tem força suficiente para fazer do direito administrativo um direito "constitucionalizado". Ou seja, para fazer com que a especialidade do direito administrativo desse passagem para as novas técnicas e novos critérios de legitimação próprios do Estado Constitucional.

São os posicionamentos dos juristas, ainda irredutíveis ao alcance que se possa dar à cláusula do Estado Social, além da esfera legislativa no campo dos direitos, que oferecem a principal barreira, posteriormente transposta pela jurisprudência dos tribunais constitucionais e oportunistadora de um novo quadro constitucional:

se colocam como lema, com sucesso, as tendências, de tipo garantista, que perseguem a redução dos espaços designados às relações de sujeição especial e a completa juridicização dos poderes, bem como a reformulação do princípio da legalidade, agora às voltas também com uma cada vez maior administração de direito privado. E, assim, a subjetivação da relação; a transformação do processo administrativo de juízo sobre o ato a juízo sobre o poder administrativo; a pesquisa de novos elementos legitimadores, perante a crescente perda de conteúdo do ato legislativo<sup>240</sup>.

Aos poucos se realizam aberturas nas paredes da especialidade como privilégio e do sobrevalor constitucional dos modelos do século XIX, erguidas para proteger o poder administrativo. Por essas aberturas

---

<sup>239</sup> "Imparzialità, buon andamento, generale azionabilità delle pretese nei confronti del potere amministrativo, primo grado di giustizia amministrativa a libello regionale e, sul piano dell'organizzazione, autonomia e decentramento" Idem, p. 515

<sup>240</sup> "si mettono in moto, com successo, le tendenze, di tipo garantistico, che inseguono la riduzione degli spazi assegnati ai rapporti di sudditanza speciale e la completa giuridicizzazione dei poteri, sino alla riformulazione dello stesso principio di legalità, ora alle prese anche con una sempre più estesa amministrazione di diritto privato. E, così, la soggettivizzazione del rapporto; la trasformazione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul potere amministrativo. ; la ricerca di nuovi elementi legittimanti, di fronte alla crescente perdita di contenuto dell'atto legislativo " Idem, p. 517

passam as renovadas regras do procedimento; inserem-se os princípios de acesso à administração pública, de motivação das decisões; redimensionam-se as funções procedimentais; o contrato administrativo retoma legitimidade; e, sobre tudo, tornam-se possíveis novas relações entre autoridade e consenso<sup>241</sup>.

As mudanças que se inserem, contudo, não atingem o núcleo de autoridade dos poderes administrativos, que se mantém, apesar da "fuga para o direito privado"<sup>242</sup>, por meio da delegação do exercício de competências e de um papel de responsabilidade pelo controle e garantia, exercido com os instrumentos dos poderes regulamentares<sup>243</sup>. Na visão de Lucca Mannori e de Bernardo Sordi:

O Estado do presente continua a ser, ainda, um Estado administrativo e na pluralidade de significados que este lema estratificou internamente.

É ainda, em medida não diferente, um Estado sob regime administrativo, ainda que este regime seja menos especial e sempre mais judicial, consensual, cooperativo, aberto às cláusulas gerais do direito comum<sup>244</sup>.

O direito administrativo tem diante de si, portanto, uma nova concepção, aberta e multiforme, da especialidade da sua dogmática que renuncia, pouco a pouco, os privilégios da identificação com a supremacia do interesse público-estatal e se ancora nos valores do direito comum e da unidade do ordenamento jurídico, marcada pela inexistência de impedimentos para cláusulas gerais, como a da boa fé, próprias do direito privado, ao uso no léxico do direito público.

---

<sup>241</sup> Idem, p. 517. Em nossa legislação nacional é emblemática a publicação da Lei de Processo Administrativo da Administração Pública em 1999 (Lei nº 9.784/99).

<sup>242</sup> A expressão ficou conhecida nos anos noventa para explicar a redução do direito público e a ampliação do direito privado nas atividades administrativas. Veja-se: ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1996.

<sup>243</sup> Idem, p. 520-523

<sup>244</sup> "Lo Stato del presente continua a essere, dunque, uno Stato amministrativo e nella pluralità di significati che questo lemma ha storicamente stratificato al suo interno. È ancora, in misura non indifferente, uno Stato a regime amministrativo, anche se questo regime è sempre meno speciale e sempre più giustiziale, consensuale, cooperativo, aperto alle clausole generali del diritto comune." Idem, p. 523

Uma especialidade que pode ser salvaguardada conservando o direito administrativo geral e, logo, uma fundação constitucional da função administrativa e do administrativo, ambos imprescindíveis funções congnotivas e ordenativas, que não podem ser dispersadas na proliferação dos setores e na sua crescente tecnicidade.

Uma especialidade não mais absoluta e monolítica, mas aberta e multiforme, coerente com uma administração que volta a se revestir dos panos, pluralistas e plurissubjetivos, da administração da ordem antiga<sup>245</sup>.

Uma especialidade, complementemente-se, que possa expressar a complexidade do Estado Constitucional de Direito e de seu sistema de garantias, de limites, de vínculos, de controles e de separações, impostas aos diversos tipos de poder - e, especialmente, o poder exercido por meio da função administrativa - para garantia dos direitos fundamentais de todos.

Um direito administrativo e um princípio da legalidade que possam ser relidos a partir do modelo normativo de democracia consagrado com o Estado Constitucional de Direito, não só formal mas também substancial, articulado nas quatro dimensões - política, civil, liberal e social - correspondentes a outras tantas classes de direitos constitucionalmente estabelecidos.

### 3.2 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO, DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E GARANTISMO JURÍDICO: MODELO NORMATIVO, TEORIA E FILOSOFIA JURÍDICAS

O Estado Constitucional é um conceito que reflete as experiências das Constituições que surgiram após a Segunda Guerra Mundial, reconhecidas por introduzirem limites à vontade das majorias e tornarem mais complexo o sistema de controle do exercício do Poder.

---

<sup>245</sup> *"Una specialità che può essere salvaguardata conservando al diritto amministrativo generale e, quindi, a una fondazione costituzionale della funzione amministrativa e del amministrativo, le loro imprescindibili funzioni conoscitive e ordinarie, che non possono essere disperse nel proliferare dei settori e nella loro crescente tecnicità. Una specialità non più assoluta e monolitica, ma aperta e multiforme, coerente con un'amministrazione che torna a rivestire i panni, pluralistici e plurisoggettivi, dell'amministrazione dell'ordine antico."* Idem, p. 527-528.

A definição de sua estrutura normativa, contudo, exige escolhas que explicitem qual é, ou, quais são a(s) referência(s) que orientará(ão) a construção de seus postulados.

Entre os vários modelos normativos propostos a respeito desse conceito<sup>246</sup>, optou-se pelo modelo desenvolvido por Luigi Ferrajoli, inicialmente formulado como Teoria do Garantismo Jurídico e posteriormente aprofundado com os paradigmas de Estado Constitucional de Direito e de Democracia Constitucional por meio de uma teoria axiomatizada do Direito e uma teoria normativa da Democracia.

Essa opção estabelece as referências teóricas que nortearão a análise da vinculação da Administração Pública ao Direito e do princípio da legalidade administrativa com a pretensão de apresentar os principais elementos para uma releitura desse conceito dentro do quadro teórico e dogmático extraído dos postulados do Garantismo Jurídico desenvolvido por Luigi Ferrajoli.

### 3.2.1 GARANTISMO JURÍDICO, DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

A orientação que desde algum tempo se conhece pelo nome de Garantismo Jurídico nasceu no campo penal como uma réplica ao crescente desenvolvimento da divergência entre a normatividade do modelo de Estado de Direito em nível constitucional e sua ausência de efetividade nos níveis inferiores, assim como as culturas jurídicas e políticas que vêm avalizando-a, ocultando-a e alimentando-a, quase sempre em nome da defesa do Estado de Direito e do Ordenamento Democrático<sup>247</sup>.

A produção teórica de Luigi Ferrajoli, contudo, tem dois momentos significativos, que podem ser, a primeira vista, compreendidos como propostas teóricas dissociadas: a publicação da obra *Diritto i Ragione*, em 1989<sup>248</sup>, e a publicação de *Principia iuris*:

---

<sup>246</sup> Veja-se a esse respeito a abordagem feita por Paolo Comanducci sobre o neo constitucionalismo e suas manifestações ideológicas, teóricas e metodológicas, na qual são apontados como modelos os posicionamentos de Robert Alexy, Carlos Santiago Nino, Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelsky e Luigi Ferrajoli. COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. in: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2005. Consulte-se também BONGIOVANNI, Giorgio. *Costituzionalismo e teoria del diritto*: sistema normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica. 4ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2009. p. 59-149

<sup>247</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 1995. p. 851.

<sup>248</sup> *Diritto i Ragione* ganhou bastante apreço entre juristas e estudantes ibero-americanos depois

*teoria del diritto e della democrazia*, em 2007<sup>249</sup>.

Para Luis Prieto Sanchís essa dissociação não se sustenta, pois:

(...) *Principia Iuris* pode considerar-se também como a teoria jurídica do garantismo porquanto, como vem repetindo o autor, 'o paradigma garantista é um e o mesmo que o do atual Estado constitucional de Direito', representando 'a outra cara do constitucionalismo', concretamente aquela que se encarrega de 'formular técnicas de garantia idôneas para assegurar o máximo grau de efetividade dos direitos reconhecidos constitucionalmente'. Em outras palavras, o Estado constitucional de Direito vem expressar a fórmula política do garantismo, o único marco institucional no qual pode prosperar seu ambicioso programa cujo elemento medular consiste em uma concepção artificial das instituições em favor dos direitos<sup>250</sup>.

A Teoria do Garantismo Jurídico, por sua vez, pode ser caracterizada por ter como pressuposto básico a pessoa humana como critério último de legitimação dos modernos Estados de Direito, partindo de uma distinção, no âmbito da teoria do direito, entre vigência, validade e eficácia normativa<sup>251</sup>.

---

de realizada sua tradução para língua espanhola em 1995. A sua influência é facilmente perceptível na produção acadêmica seja espanhola, mexicana ou brasileira.

<sup>249</sup> A tradução de *Principia iuris* para outros idiomas se restringe, por enquanto, ao espanhol, publicada no início de maio de 2011 pela editora Trotta. Entretanto, essa obra já reúne um significativo número de trabalhos e eventos a seu respeito. Pode-se afirmar que se trata da principal obra do autor sobre teoria do direito e teoria da democracia.

<sup>250</sup> "*Principia Iuris puede considerarse también como la teoría jurídica del garantismo por cuanto, como viene repitiendo el autor, 'el paradigma garantista es uno y el mismo que el del actual Estado constitucional de Derecho', representando 'la otra cara del constitucionalismo', concretamente aquella que se encarga de 'formular técnicas de garantía idôneas para asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos reconocidos constitucionalmente'. En otras palabras, el Estado constitucional de Derecho viene expresar la fórmula política del garantismo, el único marco institucional en el que puede prosperar su ambicioso programa cuyo elemento medular consiste en una concepción artificial de las instituciones al servicio de los derechos*". SANCHÍS, Luis Prieto. *Principia Iuris: una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado Constitucional*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008), pp. 325-354; FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 852

Tais conceitos oportunizam a verificação de um juízo de vigência, um juízo de validade e um juízo de eficácia no momento da análise da legitimidade de qualquer ato jurídico.

Essa análise permite, de um lado a verificação da justiça interna do sistema por meio da averiguação da necessária correspondência das normas inferiores ao conteúdo das normas superiores de um dado ordenamento jurídico. De outro lado, possibilita a verificação da justiça externa, no que toca a um discurso normativo e a uma prática coerentes com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam a existência do Estado<sup>252</sup>.

Em síntese, os elementos de uma Teoria Geral do Garantismo consistem no caráter vinculado do poder público no Estado de Direito; na divergência entre validade e vigência produzida pela hierarquia normativa e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; na distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a correspondente divergência entre justiça e validade; na autonomia e a precedência do ponto de vista externo e um certo grau irredutível de ilegitimidade política das instituições vigentes em relação a ele<sup>253</sup>.

Observa Ferrajoli que os elementos listados não valem somente para o Direito Penal, disciplina para a qual foi primeiramente desenvolvido o garantismo, podendo ser utilizados em outros setores do ordenamento jurídico. Consequentemente é possível elaborar, por exemplo, tendo por referência outros Direitos fundamentais e outras técnicas ou critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos garantistas de legalidade de Direito Civil, de Direito Administrativo, de Direito Constitucional, de Direito Internacional, de Direito do Trabalho, estruturalmente análogos ao de Direito Penal por ele elaborado<sup>254</sup>.

Iniciativas tomadas com sustentação nesse referencial teórico, que tem como um dos seus propósitos estabelecer para as disciplinas dogmáticas modelos garantistas que enfrentem todas as situações jurídicas de limitação ao exercício do poder em prol da garantia dos direitos fundamentais, apontam distintas maneiras de aproximação ao Direito Administrativo, exploram as possíveis relações teóricas com outras vertentes do pensamento jurídico e sociológico e contribuem para o refinamento crítico dos elementos de construção do modelo garantista de legalidade administrativa aqui pretendido.

---

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 852

<sup>253</sup> *Ibidem*, p. 854

<sup>254</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 854.

### 3.3 APROXIMAÇÕES A UM MODELO GARANTISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO

O modelo de Direito Administrativo Garantista, pensado em termos de uma teoria geral do direito administrativo, ainda está por ser realizado, muito embora existam diversos trabalhos que sinalizam pontos de aproximação entre o Garantismo Jurídico e esse ramo do direito público<sup>255</sup>.

Dentre esses trabalhos optou-se pela análise mais detida de duas as propostas. A proposta desenvolvida por Antonio Manuel Peña Freire com respeito ao lugar da garantia no Estado Constitucional de Direito, na qual se utiliza da teoria dos sistemas para dar conta da complexidade desse modelo de Estado de Direito. A segunda proposta de aproximação, desenvolvida por Luiz Henrique Urquhart Cademartori, na qual realiza a aproximação do Garantismo Jurídico ao tema do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, conjugando o modelo normativo de Estado de Direito e a teoria jurídica defendidos pelo Garantismo com a filosofia moral objetiva de autores como Robert Alexy e Ronald Dworkin.

#### 3.3.1 Garantia e sujeição da Administração ao Direito

É, por certo, de Peña Freire a primeira pesquisa garantista que foge ao âmbito do Direito Penal e que se aproxima do Direito Administrativo. Em sua tese de doutorado, intitulada *La Garantía en el*

---

<sup>255</sup> Trabalhos publicados sob a perspectiva garantista somente no Programa de Pós Graduação em Direito (CPGD) da UFSC: DE BORTOLI, Adriano. **A reforma do aparelho do estado brasileiro entre a eficiência administrativa e a garantia dos direitos fundamentais**. 2000. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. *Orientador*: Sérgio Urquhart de Cademartori; GAVAZZONI, Antonio Marcos. **A disponibilidade do servidor público sob a leitura do garantismo jurídico**. 2001. 0 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, . *Orientador*: Sérgio Urquhart de Cademartori; QUADROS, Nilton Martins de. **O princípio da moralidade administrativa sob o enfoque garantista**. 2001. 0 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, . *Orientador*: Sérgio Urquhart de Cademartori; SCHINCARIOL, Rafael. **Estado e Neoliberalismo: A resposta garantista**. 2008. Dissertação (Mestrado em Curso de Pós-Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. *Orientador*: Sérgio Urquhart de Cademartori; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008 (publicação feita com base na tese de doutorado). No programa de doctorado em filosofía del derecho da Universidad de Granada: PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

*Estado Constitucional de Derecho*, o jurista se ocupa da Garantia como conceito jurídico no contexto dos sistemas constitucionais e defende a tese de que a Constituição - norma que orienta o Estado e o Direito frente à sociedade - é a primeira instituição garantista dos sistemas políticos atuais<sup>256</sup>.

O argumento central desse estudo diz respeito aos distintos elementos ou valores cuja garantia ou preservação se pretende no Estado Constitucional. Assim, tanto os direitos fundamentais quanto os direitos subjetivos e os interesses legítimos são analisados como garantias da manutenção da posição central da pessoa no direito e frente ao Estado e como instituições ou instrumentos que vão permitir que o sistema jurídico e a atuação dos poderes públicos estejam abertos a todo momento às exigências e expectativas que se formulam *ex parte populi*.

Peña Freire pauta sua análise pelas funções típicas dos sistemas jurídicos complexos para afirmar que a garantia deve ser abordada também desde um ponto de vista institucional. Desta forma, são analisados os três processos jurídicos básicos nos quais a garantia se manifesta ou é negada. Esses processos correspondem a outros tantos momentos e poderes do sistema jurídico constitucional, como o legislativo, o judiciário e o executivo e devem passar pela verificação da garantia dos direitos fundamentais<sup>257</sup>.

Nessa perspectiva, a garantia vai assumir papel fundamental na reorientação do positivismo pois de nada adianta reconhecer a existência de direitos fundamentais se não há observância de cumprimento de seus comandos. Por consequência, para o autor, a Constituição é a primeira instituição garantista dos sistemas políticos atuais, tendo em vista que é a norma que orienta o Estado e o Direito frente à sociedade<sup>258</sup>.

Nesse novo quadro institucional proposto pelo Garantismo, a atuação da administração pública, tanto na estrutura judiciária quanto na legislativa ou executiva, é a que tem maiores possibilidades de se tornar ao mesmo tempo garantia e anti-garantia de numerosos Direitos, alguns inclusive fundamentais. Isso porque ao mesmo tempo em que a administração demonstra a sua vinculação ao sentido político do poder legislativo, a sua subordinação institucional e a sua organização hierárquica, pesa sobre ela maior permeabilidade a incidências de interesses particulares ou setoriais não generalizáveis a sua atuação livre

---

<sup>256</sup> PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

<sup>257</sup> PEÑA FREIRE, *op. cit.*, p. 193.

<sup>258</sup> *Idem*, p. 195-197.

ou autônoma e a sua propensão ao desvio das determinantes jurídicas que a afetam<sup>259</sup>.

Essas características podem ser mais visíveis na Administração Pública do Estado Social do que na Administração Pública do Estado Liberal, devido ao maior incremento das ações sob responsabilidade do Estado ao assumir em seu ordenamento princípios ético-sociais, como aqueles que se fazem presentes nos direitos fundamentais.

Para Peña Freire convém por isso assinalar a necessidade de uma simultânea dupla garantia frente à ação administrativa: *“pleno sometimiento a derecho de actividad de la administración”* e *“control judicial integral de actividad administrativa”*<sup>260</sup>. Esse posicionamento tem por justificativa a necessidade de que ao poder acumulado pela

---

<sup>259</sup> Idem, p. 268-269. São bastante conhecidas as abordagens a respeito do patrimonialismo no Estado brasileiro, cabendo destacar as implicações desse subtipo de dominação tradicional explicadas por Raimundo Faoro: “A dominação tradicional, no subtipo patrimonialista, na época histórica do mundo moderno, não prescinde de um quadro administrativo, cujo recrutamento se dá dentro ou fora da casa do governante. O patrimonialismo, ao contrário do tipo racional-burocrático, no qual a igualdade jurídica e a defesa contra o arbítrio são as bases da racionalidade formal, o patrimonialismo – voltamos a observar – rege-se por uma racionalidade de tipo *material*. Enquanto na dominação racional prevalece a ação social orientada por meios e fins, no patrimonialismo a racionalidade obedece, em lugar de fins, a valores: valores éticos, valores religiosos e principalmente valores políticos. A economia, na dominação racional, na qual impera a igualdade jurídica e a defesa contra o arbítrio, que se traduz no comando por diretivas, se constitui em torno de uma estrutura autônoma – embora autonomia não seja a mesma coisa que independência – centrada no mercado livre. É claro que a distinção entre racionalidade formal e racionalidade material obedece um esquema mais conceitual do que real. Também na ordem racional (racional-burocrática) a racionalidade material está presente, muitas vezes nas próprias regras que definem, limitam ou regulamentam o mercado.

A racionalidade material, regida por valores, exige a presença de um poder ou de uma instância superior, que reja, regulamente e ordene a sociedade e a economia. Em outras palavras: a definição dos valores não é compatível com uma ordem jurídica ou racional que exclua ou limite, em termos definidos e estreitos, o poder público. A racionalidade formal, segundo a tipologia aqui em exame, coincide com o capitalismo, no qual se levam em conta, no seu funcionamento, a calculabilidade e a previsibilidade das ações sociais. A dominação patrimonial, ao contrário, por incompatível com a igualdade jurídica e as garantias institucionais contra o arbítrio, torna o indivíduo dependente do poder que lhe dita, pela definição de valores, a conduta. Aponta, em conseqüência, para um sistema autocrático, que, em lugar de se desenvolver segundo uma ordem em que a sociedade é autônoma, afirma a dependência ao poder da autoridade. Nessas circunstâncias, não é a sociedade civil a base da sociedade, mas uma ordem política em que os indivíduos ou são basicamente governantes ou são governados. O soberano e seu quadro administrativo controlam diretamente os recursos econômicos e militares do seu domínio – que é também seu patrimônio.” FAORO, Raymundo. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**. Revista da USP. São Paulo: Edusp, 1997. p. 14-29.

<sup>260</sup> “plena sujeição da atividade administrativa ao direito” e “integral controle jurisdicional da atividade administrativa” Idem, p. 273.

Administração Pública possam ser estipulados limites jurídicos condicionadores da ação administrativa.

A plena sujeição da Administração Pública ao Direito, portanto, é uma exigência axiológica e estrutural do Estado Constitucional de Direito e de seus princípios fundamentais, decorrente da natureza unitária da Constituição e do ordenamento jurídico, que obriga aos seus poderes e funções se desenvolverem vinculados aos seus valores e princípios, corrigindo-se ou reduzindo-se qualquer prática desviada que possa ser produzida. Assim, quanto aos atos de execução, próprios da atividade administrativa de qualquer um dos poderes e funções, pode-se verificar constantemente sua conexão e relação com todas as outras normas do ordenamento. A apreciação do caráter substancial dessas normas possibilita que a validade dos atos do poder executivo ou de suas normas possa ser afetada se caírem em algum tipo de desvio ou ilegitimidade jurídica em relação às determinações dos planos jurídicos superiores<sup>261</sup>. Como afirma Peña Freire

Em concreto, a sujeição da administração ao direito se verifica em primeiro lugar, a partir de sua vinculação rigorosa às habilitações e limitações legais, de tal forma que a atuação administrativa só seja possível quando esteja legalmente prevista e com o sentido e extensão que se deduza da norma habilitante<sup>262</sup>.

Mesmo quando a administração atua sob a discricionariedade, em que a norma legal não defina nem precise com clareza o que fora programado para a sua ação, o faz sob a permissão legal e deve observar os limites que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico<sup>263</sup>. É o que se nota, por exemplo, nos sistemas presidencialistas, como o brasileiro, em que os órgãos superiores do poder executivo gozam de uma certa legitimidade democrática direta que lhes possibilita uma reserva de um âmbito normativo específico que pode imprimir um sentido

---

<sup>261</sup> Idem, p. 274.

<sup>262</sup> Idem, p. 274. (*En concreto, el sometimiento de la administración al derecho se verifica en primer lugar, a partir de su vinculación rigurosa a las habilitaciones y limitaciones legales, de tal forma que la actuación administrativa sólo sea posible cuando esté legalmente prevista y con el sentido y extensión que se deduzca de la norma habilitante*).

<sup>263</sup> A existência de atos administrativos vinculados e atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios é mais bem esclarecida por FREITAS, Juárez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 40-42.

determinado, chegando, muitas vezes, a se desprezar o limite material de sua produção<sup>264</sup>.

Os limites não só impostos pela norma habilitante, mas também por todo o direito cumprem papel fundamental no exercício da função administrativa.

Esse papel fundamental, contudo, atribuído aos princípios constitucionais administrativos como sede dos valores fundamentais e dos limites primeiros que vinculam a administração ao interesse geral ou ao interesse público<sup>265</sup>, os insere no campo teórico que reconhece como sendo próprio da natureza dos princípios e valores que a sua utilização se dê mediante juízos argumentativos, e, muitas vezes, o que viria a ser uma garantia do cidadão frente ao poder, enseja um espaço para o arbítrio.

Note-se que os juízos argumentativos não se restringem à atuação da Administração Pública, seja ela na produção ou no controle dos seus atos. Também no espaço institucional destinado pelas constituições ao controle jurisdicional esses juízos argumentativos a partir dos valores fundamentais positivados por meio de princípios constitucionais administrativos ensejam um espaço para o arbítrio ao invés de se constituírem em garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos frente ao exercício do poder.

Por outro lado, a dupla sujeição da administração à lei e ao direito defendida por Peña Freire, não demonstra incompatibilidade, mas complementaridade com a idéia de subordinação institucional e com as decisões hierárquicas, sem as colocar em risco

Poderíamos afirmar que comparada ao legislador a administração está unicamente submetida à lei, mas de outro lado, comparada aos cidadãos ou ao poder judiciário seu submetimento é ao direito<sup>266</sup>.

A consequência dogmática dessa dupla sujeição da

---

<sup>264</sup> Sobre o assunto cf. CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993. 270 p. Principalmente o capítulo 3 que trata do Poder Executivo e a atividade normativa secundária: os regulamentos. p. 215-252.

<sup>265</sup> Posição adotada por Juarez Freitas, com outra fundamentação teórica. Cf. FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

<sup>266</sup> PEÑA FREIRE, op. cit., p. 278. (*Podríamos afirmar que hacia el lado del legislador la administración está únicamente sometida a la ley, pero del otro lado, hacia los ciudadanos o el poder judicial su sometimiento lo es al derecho*).

Administração se traduz em uma renovada abordagem que supere a Teoria dos Atos Políticos ou de Governo, distinga discricionariedade de conceitos jurídicos indeterminados, reafirme a Teoria dos Motivos Determinados e acrescente uma sólida argumentação para o controle por meio dos princípios gerais de direito<sup>267</sup>.

Muito embora Peña tenha proposto uma análise na qual a garantia pudesse ser localizada no momento institucional do poder executivo, essa localização é operada a partir de referências teóricas que, embora estejam ideologicamente no mesmo campo de opções, se distanciam em seus pressupostos. É o que se observa, por exemplo, quando o autor adota as teses de García de Enterría a respeito da Constituição como norma para explicar como se daria a vinculação jurídica da Administração Pública no Estado Constitucional de Direito.

### 3.3.2 Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional na perspectiva garantista

Outra importante contribuição para a aproximação da Teoria Geral do Garantismo Jurídico ao Direito Administrativo foi desenvolvida por Luiz Henrique Urquhart Cademartori a respeito do problema atinente ao controle jurisdicional da atividade discricionária da Administração Pública<sup>268</sup>.

A principal tese desse trabalho consiste em aliar a abordagem garantista do positivismo, por meio de uma interpretação que lhe confere o caráter de jurisprudência dos valores, a uma análise da atuação estatal vinculada juridicamente aos valores derivados dos direitos fundamentais.

A vinculação jurídica da atuação estatal aos valores derivados dos direitos fundamentais no estudo desenvolvido por Luiz Henrique Cademartori se apóia na Teoria dos Princípios<sup>269</sup> para realizar uma nova

<sup>267</sup> Idem, p. 282

<sup>268</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>269</sup> A existência de uma Teoria dos Princípios é discutível, pois cada autor nesse campo específico dos princípios jurídicos desenvolve uma abordagem teórica também específica (veja-se, por exemplo, as abordagens de Robert Alexy e Ronald Dworkin a esse respeito), afastando, portanto, uma das funções da teoria que é justamente oferecer "uma unificação sistemática de conteúdos diversos" (Dicionário de Filosofia, Nicola Abragnano, verbete teoria, p. 953).

Para Fábio de Oliveira ocorre com a Teoria dos Princípios estar no estágio de elaboração de uma "segura *teoria geral dos princípios* com esteio nos direitos fundamentais proclamados pela Constituição.", pois o movimento atual designado por esse autor de pós-positivismo se volta seriamente para essas mudanças (cf. OLIVEIRA, Fábio. **Por uma teoria**

leitura do princípio da legalidade administrativa, na qual a concepção tradicional desse princípio - de caráter reducionista, excluindo qualquer vínculo jurídico que não fosse o determinado pela previsão legal - estaria defasada em razão da menor amplitude de seu caráter de generalidade e abstração quando comparada com os princípios<sup>270</sup>.

Para o autor, essa releitura é um traço fundamental da emergência do Estado Constitucional em substituição ao Estado Legislativo e se pauta no reconhecimento do princípio da legalidade como princípio da sujeição ao Direito em termos Garantistas<sup>271</sup>.

Outra importante contribuição de Cademartori para a aproximação entre o Garantismo Jurídico e o Direito Administrativo consiste na releitura dos pressupostos (validade, eficácia, vigência e perfeição) do ato administrativo com base nos conceitos garantistas de validade, vigência e eficácia normativas, bem como os conceitos de justiça interna e justiça externa.

Resulta dessa releitura, no campo do controle jurisdicional dos atos administrativos, a oportunidade para o julgador de considerar em sua decisão não apenas a legalidade estrita, mas fundamentalmente a adequação do ato em relação "aos princípios escorados nos direitos fundamentais e nos respectivos valores morais e políticos que eles traduzem. Ou seja, deverá atender, além da legalidade estrita do ato, aos critérios de justiça interna e externa<sup>272</sup>."

A opção do autor pela teoria dos princípios para explicar a vinculação da Administração Pública ao Direito no quadro teórico do garantismo é discutível, pois a contraposição entre a justiça interna e externa proposta por Ferrajoli exige do julgador, especificamente daquele que controla a discricionariedade administrativa, respeitar os conteúdos ético-políticos do ordenamento jurídico, aplicando-os de forma a atender tanto aos vínculos formais quanto substanciais entre normas de escalão superior e as que lhes estão subordinadas.

**dos princípios:** o princípio constitucional da razoabilidade. 2ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007).

Há, entretanto, que se destacar a proposta de Humberto Ávila, voltada para cumprir não só com a função de unificação sistemática, bem como com o grau de abrangência, com a necessidade de oferecer um conjunto de meios de representação conceitual e simbólica dos dados de observação (cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. rev. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005).

O termo, portanto, é empregado para sinalizar as influências da teoria dos princípios desenvolvida por Ronald Dworkin (*Los derechos en serio*) e Robert Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales*) no trabalho Luiz Henrique Urquhart Cademartori.

<sup>270</sup> Idem, p. 113

<sup>271</sup> Idem, p. 114-115

<sup>272</sup> Idem, p. 162

A justiça externa, ou seja, as avaliações morais, políticas, éticas a respeito do conjunto de normas de um ordenamento, feitas *ex parte populi*, não podem compor o juízo estabelecido pelo julgador no controle de discricionariedade dos atos administrativos.

A aproximação, portanto, entre Garantismo de Teoria dos Princípios torna-se inviável teoricamente em razão de um dos postulados centrais do positivismo jurídico que consiste na separação entre Direito e Moral. Postulado, esse, do qual Luigi Ferrajoli não se afasta em sua proposta de juspositivismo crítico.

### 3.4 A RELAÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICA COM A TEORIA DO DIREITO NA PERSPECTIVA DE UM MODELO GARANTISTA DE LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

A partir das aproximações analisadas nos parágrafos precedentes é possível enfrentar a questão do lugar da garantia no âmbito do poder executivo e investigar como se pode reler a dogmática do Direito Administrativo tendo-se por referência o caráter vinculado do poder público no Estado Constitucional de Direito, bem como sinalizar quais os principais aspectos que devem fazer parte da releitura do princípio da legalidade administrativa nessa abordagem.

Em razão dessa opção, a investigação sobre a dogmática do direito administrativo deve se direcionar para a questão sobre como a dogmática produz os seus conceitos e qual o lugar que ela ocupa na cultura jurídica e na opção teórica da investigação.

Descrita por Tércio Sampaio Ferraz Júnior como um dos estágios mais avançados da pandectística no contexto do positivismo jurídico, a Dogmática caracteriza-se por utilizar o formalismo e o método dedutivo como meios para legitimar o seu discurso e a sistematicidade como estrutura das teorias desenvolvidas pelas diversas áreas do direito.

O jurista aparece aí como o teórico do Direito que procura uma ordenação dos fenômenos a partir de conceitos gerais obtidos, para uns mediante processos de abstração lógica, e para outros pelo reconhecimento tético de institutos historicamente moldados e tradicionalmente mantidos<sup>273</sup>.

---

<sup>273</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A função social da dogmática jurídica**, p. 82

O aprimoramento técnico dos conceitos e a sua estruturação, de forma a sustentar o edifício conceitual por meio da completude, se voltam para satisfazer a função de segurança reclamada para as decisões jurídicas notadamente influenciadas pela subsunção como garantia de juízos corretos:

A Dogmática Jurídica constrói-se, assim, como um processo de subsunção dominada por uma dualidade lógica em todo o fenômeno jurídico, que o reduz a duas possibilidades: ou se encaixa ou não se encaixa, construindo-se enormes redes paralelas de seções.<sup>274</sup>

A própria dinamicidade do direito positivo, contudo, exige da Dogmática Jurídica um constante aperfeiçoamento das séries conceituais e das sistematizações dos manuais de direito civil, de direito administrativo, de direito processual, entre outros<sup>275</sup>.

Em virtude desse aperfeiçoamento, voltado para dizer qual é a interpretação mais coerente com os postulados da subsunção, a Dogmática Jurídica é identificada, sob o enfoque de Manuel Atienza, como um dos âmbitos da Argumentação Jurídica que tem por função fornecer critérios para a produção e para a aplicação do Direito nas diversas instâncias; e, ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico<sup>276</sup>.

Pairam, contudo, dúvidas a respeito da capacidade da Dogmática Jurídica cumprir com a promessa de garantir um mesmo olhar sobre o Direito<sup>277</sup>, principalmente quando ela ignora as visões parciais que os diversos sujeitos envolvidos na aplicação do Direito apresentam. Essa dúvida é reflexo de uma disputa bastante conhecida no percurso da história jurídica de dizer o Direito, ora tendente aos juristas, ora aos legisladores, ora aos juízes<sup>278</sup>.

<sup>274</sup> Ibidem, p. 82.

<sup>275</sup> Ibidem, p. 79

<sup>276</sup> ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 22.

<sup>277</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: escorço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 18

<sup>278</sup> Antonio Manuel Hespanha observa que: " A questão da criação do direito (ou da legitimação de normas de comportamento como normas jurídicas) tinha ganho, no século XIX, uma nova centralidade, em virtude do destaque dado a princípios como o de "primado do direito" ou de "Estado de direito" ( *Rechtsstaat*). Estes princípios traduziam uma mudança estrutural no campo da normação social. Afastadas as normas da religião, pela secularização do poder em curso desde os meados do século XVIII; as normas da ética social, pela superação

Para um desses sujeitos, os advogados, o Direito se apresenta como tática e a Dogmática como discurso por meio do qual se introduzem elementos estranhos à neutralidade e à imparcialidade, exigidas para a reconhecer como pertencente ao campo da racionalidade científica<sup>279</sup>:

Neste sentido é preciso reconhecer que a Dogmática Jurídica, em que pese o seu contato com os pressupostos zetéticos da experiência jurídica, tem por característica principal o princípio da proibição da negação, ou seja, o princípio da inegabilidade dos pontos de partida de suas séries argumentativas.<sup>280</sup>

---

dos jusracionalismo; as normas da graça, pela queda das monarquias providencialistas; restava o direito como regulador do espaço social. Neste momento de “simplificação” do sistema do direito, a questão de saber quem tem legitimidade para dizer o que é direito ou para integrar nele normas sociais das mais diversas proveniências constitui uma luta simbólica muito mais aguda do que anteriormente, em que diversos grupos especializados podiam hegemonizar os também diversos campos de produção normativa.

Uma vez que o Estado, agora, era “de direito”, e que a política tinha que obedecer aos processos jurídicos, os campos político e jurídico aparecem largamente sobrepostos, como lugar em que se desenrolam as lutas simbólicas pela apropriação da competência de constituir direito.

A primeira frente de luta opõe os juristas aos políticos titulares de poderes representativos. Os cenários dogmáticos desta luta são questões que já abordámos, como o despique entre lei e doutrina, a oposição entre constituição formal e constituição material, a existência ou não de um direito natural, ou de uma qualquer forma de direito contra-maioritário, a definição do direito como uma razão ou como uma vontade (das maiorias parlamentares, do rei, legislando ou exercendo o direito de veto).

Nesta frente, os juristas vão argumentar que o direito é uma razão; que esta corresponde ao saber de um corpo de especialistas; que, por isso, a doutrina é autónoma do direito de origem parlamentar, bem como do direito proveniente do arbítrio régio<sup>118</sup>; vão defender a existência de princípios constitucionais materiais, condicionantes do próprio poder constituinte; vão acolher a doutrina (de resto tradicional) de que, mais importante do que a vontade de quem ordena (dando coactividade ao direito, promulgando códigos de “leis que mandam”, na expressão de Augusto Teixeira de Freitas) é o conselho de quem dispõe da autoridade do saber (podendo elaborar códigos de “leis que ensinam”); e, com esta doutrina, vão pôr em xeque tanto a suprema autoridade das maiorias parlamentares como a suprema autoridade do rei, a qual apenas reconhecerão como fonte de direito, se mediada pelo conselho de especialistas em direito (o *Professorenrecht*, que há-de triunfar na era bismarckiana, mas que a Escola Histórica Alemã já propugnara).” HESPANHA, Antonio Manuel. **Um poder um pouco mais que simbólico**: juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito. in: FONSECA, Ricardo Marcel e SEELAENDER, Airton C. L. **História do Direito em Perspectiva - Do Antigo Regime à Modernidade**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 149-153.

<sup>279</sup> FERRAZ JR., op. cit., p. 82.

<sup>280</sup> Idem, p. 85

A Dogmática Jurídica caracteriza-se, portanto, como tecnologia, ou seja, como um conhecimento do direito produzido com finalidades práticas<sup>281</sup>, pois se dirige instrumentalmente para viabilizar a realização do Direito, mas não se confunde com ele porquanto

estabelece princípios para tratar das incongruências, guias de ação na aplicação do Direito, na hierarquização das fontes, permitindo, assim, a integração de normas e instituições pela determinação de finalidades programáticas, pela constituição de premissas e postulados de argumentação jurídica - o que conduz à identificação de requisitos razoáveis da ordem jurídica etc<sup>282</sup>.

A orientação teórica a ser adotada na análise do conceito de legalidade administrativa e suas significações operadas no campo dogmático neste trabalho distanciam-se do desenho traçado nos parágrafos anteriores em razão da necessidade de esclarecer quais as diferenças entre a Teoria do Direito e a Dogmática Jurídica.

### 3.4.1 Autonomia e especialidade da Dogmática do Direito Administrativo

O primeiro esclarecimento a ser feito a respeito das diferenças entre a Teoria do Direito e a Dogmática Jurídica inside sobre a noção de autonomia científica construída, de maneira geral, para a Dogmática do Direito Administrativo.

A clássica divisão do Direito em dois ramos distintos, o direito público e o direito privado, ainda presente em muitos manuais de direito administrativo<sup>283</sup>, ilustra um traço muito comum da autonomia científica pretendida pelas disciplinas dogmáticas<sup>284</sup>.

<sup>281</sup> SARLO, Oscar. *El marco teórico en la investigación dogmática*. in: COURTIS, Christian (org.). *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006. p. 178

<sup>282</sup> FERRAZ JR., op. cit., p. 117.

<sup>283</sup> Veja-se, por exemplo, um dos manuais de direito administrativo mais influentes dos últimos quarenta anos no Brasil: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 36; cf. também IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Lineamenti del diritto amministrativo*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 2010. p. 5

<sup>284</sup> "Finalmente aludiremos a los manuales de Derecho administrativo, destinados esencialmente a llenar fines prácticos. Estas obras se guían en la sistematización por la realidad de la organización administrativa, no por puntos de vista científicos, y ello explica

Essa autonomia, pode-se dizer, foi conquistada por Otto Mayer ao fazer uso de uma peculiar interpretação do público para organizar um sistema completo de direito administrativo no qual a publicização dos institutos de direito civil funda, pouco a pouco, uma rígida especialidade da disciplina<sup>285</sup>.

Apoiada numa separação completa entre áreas, essa autonomia tenta impedir que o objeto do campo de investigação da ciência jurídica seja compartilhado pela Dogmática Jurídica com a Teoria do Direito, ou mesmo, que seja um objeto exclusivo de determinada disciplina dogmática<sup>286</sup>, na defesa da existência de dois tipos de relações jurídicas: a do Direito Privado, entre sujeitos em condições de igualdade; e do Direito Público, entre um sujeito supra-ordenado e outro subordinado.

Outra diferenciação reforça essa divisão ao afirmar que as relações jurídicas de Direito Privado constituem relações jurídicas *tout court*, ou seja, relações jurídicas de Direito em sentido estrito, enquanto as relações de Direito Público constituiriam relações de poder ou de domínio<sup>287</sup>.

Para enfrentar essa compreensão reducionista da Dogmática Jurídica e da Teoria do Direito, Luigi Ferrajoli defende em *Principia iuris* que a Dogmática Jurídica é um dos discursos, ao lado do discurso da Sociologia do Direito, que compõem um modelo integrado de ciência jurídica, configurada como um sistema de conceitos e de asserções interpretáveis segundo os fenômenos escolhidos como referências empíricas desses dois tipos de discursos. Dois discursos distintos, mas conectados, como se fossem duas faces da mesma moeda<sup>288</sup>.

*que estén referidas más que los sistemas científicos al Derecho de un Estado determinado, especialmente el de Prussia. No obstante, sería erróneo ver en ellas tan sólo una continuación del método de las ciencias políticas. El hecho mismo de que figuren como colaboradores en estos manuales autores de gran rango científico, prueba ya que estas obras, a las que la ciencia debe muchas sugerencias, pueden pretender para sí un lugar especial dentro de la bibliografía jurídico-administrativa.*" FORSTHOFF, op. cit., p. 95

<sup>285</sup> SORDI, Bernardo. *Tra Weimar e Vienna*, p. 41-44.

<sup>286</sup> "(...) para configurar a autonomia da disciplina Direito Administrativo na Ciência do Direito, importa, além da verificação da existência de institutos próprios e peculiares (como, p. ex., afetação de bem público, autarquia etc.), o estabelecimento de conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, pois é pressuposto necessário que tais princípios existam e guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade, que vão justamente compor o regime jurídico dessa disciplina. Não se pode sequer pensar na existência de um Direito Administrativo sem tal pressuposto, e a esses sistema é que se denomina **regime jurídico administrativo**." ARAÚJO, EDMIR NETTO DE. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 45-46.

<sup>287</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 296-300

<sup>288</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*. Roma: Laterza,

### 3.4.2 Dogmática Jurídica e Teoria do Direito na perspectiva garantista

A visão que o Garantismo Jurídico tem a respeito da Dogmática Jurídica é que ela é uma específica interpretação normativista da Teoria do Direito que tem por referência empírica o fenômeno ou o conjunto de fenômenos composto pelo conjunto de documentos normativos, ou pela linguagem do legislador - que não são, de modo algum, o objeto da teoria do direito<sup>289</sup>.

Convém, todavia, esclarecer que essa visão é desenvolvida por Ferrajoli somente em *Principia iuris*, uma Teoria do Direito Positivo Moderno e das Formas Jurídicas da Democracia por meio do método axiomatizado<sup>290</sup>. É, portanto, uma teoria empírica que estabelece uma relação semântica entre as suas teses e os seus termos com o conjunto de fenômenos e experiências. Cabe a ela, assim, identificar o conjunto de fenômenos e experiências - no seu caso, o Direito - em relação às quais as teses formuladas pela teoria podem ser interpretadas e verificadas<sup>291</sup>. Por essas razões pode-se afirmar que essa teoria se ocupa das estruturas formais, ou seja, da sintaxe do Direito. Ou seja, se ocupa de:

um sistema de conceito e de asserções conectados entre si por uma rede de relações sintáticas - as estipuladas e expressadas nos postulados e nas definições e as delas derivadas e expressada nos teoremas - as quais, em si, não tem nenhum sentido (não nos dizem nada sobre os conteúdos normativos que tem ou que seria justo que tivessem os ordenamentos jurídicos) senão sobre a base de uma interpretação empírica e semântica por obra da dogmática jurídica, ou bem da sociologia do Direito ou da filosofia política. Este é precisamente o nexa (não lógico, senão epistemológico) que une a teoria do Direito com as disciplinas jurídico-positivas, isto é, ao que chamamos dogmática ou doutrina jurídica e, por

---

2007. p. 8-9

<sup>289</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*: una discusión teórica, op. cit. p. 399

<sup>290</sup> A teoria e o método desenvolvidos pelo autor serão analisados no quarto capítulo.

<sup>291</sup> *Ibidem*, p. 5

outro lado, a sociologia do Direito e a filosofia política<sup>292</sup>.

O limite entre a Dogmática Jurídica e a Teoria do Direito, nessa proposta, é marcado por uma linha tracejada que separa duas diferentes linguagens, a linguagem observadora daquela e a linguagem teórica dessa, permitindo porém, espaços de inter-comunicação quando essas linhas não se encontram.

É, contudo, na divergência existente entre o ponto de vista normativo e o ponto de vista realista, operado em razão de duas divergentes concepções de ciência jurídica - uma normativista e outra realista, ambas descritivas de normas jurídicas e de comportamentos humanos em relação a normas jurídicas - que está a base para que Ferrajoli reconstrua as paredes da ciência jurídica.

Para isso, o jurista italiano usa a distinção entre «ser» e «dever ser» da qual, deonticamente, extrai três aberturas, três discursos e disciplinas: a) separação entre justiça e validade ou abertura ético-política: a conhecida separação entre direito e moral operada pelo juspositivismo e voltada ao «ser» legislativo - neste campo atua a disciplina da filosofia política normativa; b) separação entre validade e vigência: reflete o dever-ser interno (no direito) e o ser das normas legais, operada pelo jusconstitucionalismo - campo das disciplinas jurídico-positivas (dogmáticas); c) separação entre vigência e efetividade: diz respeito à separação entre direito e realidade - campo de atuação da disciplina de sociologia do direito<sup>293</sup>.

A linguagem observadora da Dogmática Jurídica, portanto, está relacionada com seu método específico de pesquisa: a análise da linguagem legal, ou seja, a leitura e interpretação jurídica dos

---

<sup>292</sup> "un sistema de conceptos y de aserciones conectados entre sí por una red de relaciones sintácticas - las estipuladas y expresadas en los postulados y en las definiciones y las derivadas de ahí y expresadas en los teoremas - las cuales, de por sí, no tienen ningún sentido (no nos dicen nada sobre los contenidos normativos que tienen o que sería justo que tuvieran los concretos ordenamientos jurídicos) sino sobre la base de una interpretación empírica o semántica por obra de la dogmática jurídica, o bien de la sociología del Derecho o de la filosofía política. Este es precisamente el nexo (no lógico, sino epistemológico) que une la teoría del Derecho con las disciplinas jurídico-positivas, esto es, a lo que llamamos dogmática o doctrina jurídica y, por otro lado, la sociología del Derecho y la filosofía política." FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: una discusión teórica*, **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31, pp. 393-434, Alicante: 2008. p. 399

<sup>293</sup> *Ibidem*, p. 16-18

enunciados normativos que compõem o discurso do legislador e que constituem o seus dados empíricos<sup>294</sup>.

A linguagem teórica da Teoria do Direito, por outro lado, se ocupa da análise dos conceitos teórico-jurídicos e de suas relações sintáticas em um nível de discurso e de linguagem totalmente diverso da Dogmática Jurídica e próprio de uma teoria formal<sup>295</sup>. Essa função se traduz em tratar «o que» são as normas, os direitos fundamentais, as obrigações, as proibições e não «quais» são as normas, os direitos fundamentais, as obrigações e as proibições, nem de se ocupar de «quais devem ser» ou de «como são» de fato esses conceitos<sup>296</sup>.

Os espaços de comunicação entre dogmática e teoria são viáveis porque os termos teóricos e os conceitos observados são mediados por proposições interpretativas que têm por função dar sentido empírico à tese da teoria e a fazer compatível com a base dos fenômenos observáveis<sup>297</sup>.

Assim, nem a Dogmática Jurídica pode prescindir da Teoria do Direito nem essa pode prescindir daquela porque as teorias jurídicas são formuladas para serem usadas pelos juristas. E para serem usadas pelos juristas são inseridas no discurso dogmático por meio de definições e conceitos teóricos com a finalidade explicativa que tentam perseguir - exemplos disso são os conceitos de norma, obrigação, direito subjetivo, pessoa jurídica. Ao mesmo tempo, a teoria não pode ignorar os ordenamentos concretos, nem pode prescindir da dogmática se pretende formular teorias que sejam adequadas às bases sobre as quais se edificam<sup>298</sup>.

Para, Marina Gascón Abellán, Ferrajoli define claramente que a intensão de sua teoria, quanto a ser normativista ou realista, se resolve com a adoção de uma posição metateórica que:

para a teoria a <<integração>> das duas dimensões do direito mencionada e que, derivadamente, marca sua distinção frente aos discursos da dogmática e da sociologia jurídica: é necessário que a teoria, na medida em que há de ser apta para reconstruir também (e sobre tudo) o

---

<sup>294</sup> "che ha per campo d'indagine immediato le norme vigenti poste dal legislatore, di cui essa accerta il senso e le condizioni giuridiche di validità, e solo mediatamente i comportamenti umani di cui le norme parlano." Ibidem, p. 9-10

<sup>295</sup> Ibidem, p. 18

<sup>296</sup> Ibidem, p. 19

<sup>297</sup> Ibidem, p. 47

<sup>298</sup> Ibidem, p. 50

Direito do Estado Constitucional, dê conta da eventual e inevitável divergência entre o ser e o dever ser no Direito que constitui a coluna desse paradigma, e por consequência é necessário que dê conta tanto da dimensão normativa do Direito como de sua dimensão fática. Pode-se dizer assim, a divergência entre <<ser>> e o <<dever ser>>, que a teoria do garantismo (ou do estado constitucional) havia levado até a esfera própria do Direito, é levada agora também à teoria do direito, superando-se deste modo a aproximação ao Direito puramente normativista e a puramente realista.<sup>299</sup>.

Com essa redefinição da relação entre Dogmática Jurídica e Teoria do Direito seria possível efetuar uma releitura do Direito Administrativo tendo em conta a elaboração de uma linguagem dogmática compatível com a linguagem teórica garantista e tendo como consequência a conservação de conceitos já utilizados pelos modelos de Dogmática do Direito Administrativo, bem como a introdução de novos conceitos e a construção de um novo modelo.

### 3.5 OS FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DA TEORIA GARANTISTA DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E SUA RELAÇÃO COM OUTROS MODELOS TEÓRICOS

O Garantismo Jurídico vem sendo associado frequentemente a várias escolas do pensamento jurídico e político. Para alguns autores

---

<sup>299</sup> " a la teoría la <<integración>> de las dos dimensiones del derecho mencionadas y que, derivadamente, marca su distinción frente a los discursos de la dogmática y la sociología jurídica: es necesario que la teoría, en la medida en que ha de ser apta para reconstruir también (y sobre todo) el Derecho del Estado Constitucional, dé cuenta de la eventual e inevitable divergencia entre el ser y el deber ser en el Derecho que constituye la columna de ese paradigma, y por consiguiente es necesario que dé cuenta tanto de la dimensión normativa del Derecho como de su dimensión fática. Si puede decirse así, la divergencia entre el <<ser>> y el <<deber ser>>, que la teoría del garantismo (o del estado constitucional) había llevado hasta la esfera misma del Derecho, es llevada ahora también a la teoría del derecho, superándose de este modo la aproximación al Derecho puramente normativista e la puramente realista. ABELLÁN, Marina Gascón. *Principia iuris: caracterización de una teoría jurídica*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008), pp. 233-244, p. 235.

trata-se de um tipo de liberalismo<sup>300</sup>, para outros uma espécie de positivismo<sup>301</sup>, e outros, ainda, a associam ao neoconstitucionalismo<sup>302</sup>.

Essas associações oportunizam uma série de sentidos teóricos que ao serem analisados revelam situações de convergência meramente pontuais, entrelaçadas com situações de profunda divergência em termos de fundamentos epistemológicos.

A releitura da estrutura normativa feita pelo Garantismo Jurídico em seus dois momentos de produção teórica necessita ser acompanhada por uma análise que enfrente esses entrelaçamentos de sentidos teóricos e aponte quais são as convergência e divergências com outras teorias do direito para esclarecer a contribuição específica que essa teoria aporta à estrutura normativa do Estado Constitucional.

### 3.5.1 O Garantismo Jurídico e o paradigma do Positivismo Jurídico

O positivismo jurídico compreende vasta quantidade de tendências teóricas que guardam entre si características fundamentais estabelecidas por Norberto Bobbio em sete pontos ou problemas: a) o caráter não valorativo, mas factual, na elaboração do direito; b) a definição do direito a partir da coação; c) a afirmação da teoria da legislação como fonte preeminente do direito; d) a consideração da norma como comando jurídico imperativo; e) a sustentação da teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico; f) a defesa de uma interpretação mecanicista do direito; g) a defesa da obediência legal irrestrita<sup>303</sup>.

<sup>300</sup> Esse assunto é tratado por Eligio Resta ao discutir o juízo de Riccardo Guastini que confere ao Garantismo de Luigi Ferrajoli a característica de um liberalismo "sui generis". RESTA, Eligio. *La ragione dei diritti*. in: GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le Ragioni del Garantismo**. Torino: Grappichelli, 1993.

<sup>301</sup> É oportuno a esse respeito o que assinala Danilo Zolo: "*Nel complesso di questi riferimenti Ferrajoli sembra restare fedele alle convinzioni epistemologiche che alla fine degli anni sessanta lo avevano portato a progettare una 'teoria assiomatica del diritto', ispirata ai canoni del neopositivismo viennese e in particolare del logicismo hempeliano e carnapiano. In altre parole, la posizione di Ferrajoli sembrerebbe coincidere con quella della scuola italiana di 'teoria generale del diritto': una scuola che, richiamandosi ad alcuni saggi di Norberto Bobbio degli anni quaranta e soprattutto all'insegnamento di Uberto Scarpelli, coniuga l'empirismo logico viennese, la filosofia analitica anglosassone e il formalismo kelseniano nel tentativo di elaborare una scienza del diritto come rigorosa analisi del linguaggio giuridico, in quanto tale separata nettamente dalla sociologia del diritto, dalla teoria morale e dalla filosofia politica.*" ZOLO, Danilo. *Ragione, diritto e morale nella teoria del garantismo*. in: GIANFORMAGGIO, Letizia.

**Le Ragioni del Garantismo**. Torino: Grappichelli, 1993. p. 446-447.

<sup>302</sup> É o caso de Antonio Manuel Peña Freire, autor abordado no capítulo antecedente.

<sup>303</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo:

Os posicionamentos assumidos pela teoria jurídica do Garantismo podem ser identificados com o positivismo jurídico por defenderem a forma estatal do Direito e a forma jurídica do Estado, a primeira sob o princípio *auctoritas, non veritas facit legem* e a segunda sob o princípio da legalidade. Contudo, passam a se distanciar do modelo positivista e assumem característica crítica a ele ao denunciar a confusão entre vigência e validade, própria das orientações normativistas, e a redução da validade à eficácia feita pelas teorias realistas como forma de legitimação ideológica do Direito inválido vigente, pondo em questão dois dogmas do positivismo: a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e avaliativa do jurista em relação ao Direito positivo vigente<sup>304</sup>.

As orientações normativistas reduzem a validade à vigência ao admitirem como forma de reconhecimento de uma norma como pertencente a um ordenamento jurídico apenas os critérios formais de sua produção. O maior representante desta orientação é Hans Kelsen, para quem

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do conteúdo de outra norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta<sup>305</sup>.

---

Ícone, 1995. p. 131-133

<sup>304</sup> Veja-se a esse respeito: FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*, **Isonomía**, nº 16, Alicante, abr/2002, pp. 6-21.

<sup>305</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 210. Compartilha desta orientação o jurista brasileiro Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que assinala o seguinte: “Para a dogmática jurídica, para que se reconheça a validade de uma norma é preciso, em princípio e de início, que a norma esteja integrada no ordenamento. Exige-se, pois, que seja cumprido o processo de formação ou produção normativa, em conformidade com os requisitos do próprio ordenamento. Cumprido esse processo, temos uma norma válida. Por exemplo, terminada a fase constitutiva do processo dedutivo de norma legais (...), que ocorre com sua sanção, temos uma lei válida. Sancionada a norma legal, para que se inicie o tempo de sua validade, ela deve ser publicada. Publicada a norma, diz-se, então, que a norma é vigente. Vigência é, pois, um termo com o qual se demarca o tempo de validade de uma norma. (...)

Pelo exposto, validade e vigência não se confundem. Uma norma pode ser válida sem ser vigente, embora a norma vigente seja sempre válida.” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio.

O Realismo Jurídico reduz a validade à eficácia, afirmando que o direito real é aquele que os homens efetivamente aplicam em suas relações cotidianas, fazendo depender a validade da eficácia. Divide-se em três momentos: primeiro momento de reação anti-jusnaturalista e anti-formalista, no qual se destaca a Escola histórica do direito (Savigny e Puchta); segundo momento da reação anti-jusnaturalista e anti-formalista, pautado pela Concepção sociológica do Direito que surge da defasagem que vinha ocorrendo entre a lei escrita dos códigos (o direito válido) e a realidade social (o direito eficaz) depois da revolução industrial<sup>306</sup>. Terceiro momento, o da revolta antiformalista, no qual se destacam Oliver Wendell Holmes<sup>307</sup>, Roscoe Pound<sup>308</sup> e Jerome Frank<sup>309</sup>.

Outra característica que revela o teor crítico do Garantismo em relação ao positivismo jurídico é a tarefa incumbida ao jurista garantista de denunciar as antinomias e lacunas do ordenamento mediante juízos de invalidade das normas inferiores e de ineficácia das superiores. Pois, para o Garantismo a coerência e plenitude do ordenamento não são

**Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 196-197.)

<sup>306</sup> Destacam-se neste o momento: o movimento do direito livre (Kantorowicz) – que defendia a livre criação normativa por parte do juiz; o pensamento de François Géný que contrapõe a técnica do direito, dirigida como fim secundário e subordinado a adaptar as regras jurídicas, às necessidades concretas da legislação, a qual corresponde encontrar, tendo em conta o dados históricos, ideais racionais e reais, as novas regras jurídicas; Eugenio Ehrlich - A lógica dos juristas - livre pesquisa do direito por parte do juiz e do jurista, que devem buscar as soluções às controvérsias não confiando tanto no dogma da vontade estatal passivamente adotado, mas penetrando no estudo do direito vivo, que a sociedade produz estando em permanente movimento; Philipp Heck - Jurisprudência dos interesses - polemiza contra o rígido estatismo e contra a jurisprudência dos conceitos. A tarefa devia ser julgar com base na avaliação dos interesses em conflito. MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Contribución a la Teoría General del Derecho*: Norberto Bobbio. Bogotá: Themis, 1987. p. 20

<sup>307</sup> A concepção realista do direito de Oliver Holmes tem por fim desqualificar o tradicionalismo jurídico das cortes e introduzir uma interpretação evolutiva do direito mais sensível às mudanças da consciência social. Idem, p. 21

<sup>308</sup> Defensor da figura do jurista sociólogo, ou seja, o jurista que tem em conta, na interpretação e na aplicação do direito, os fatos sociais dos quais se deriva o direito e aos quais se dirige sua regulação. Idem, p. 22

<sup>309</sup> A tese principal da escola realista é a de que não existe direito objetivo, quer dizer objetivamente deduzível de fatos reais, oferecido pelo costume, pela lei ou pelos antecedentes judiciais; o direito é uma permanente criação do juiz, o direito é obra exclusiva do juiz no momento em que decide uma controvérsia. Com isto desaparece o princípio da certeza. Para Frank, a certeza, um dos pilares dos ordenamentos jurídicos continentais, é um mito que se deriva de uma espécie de aceitação infantil frente ao princípio de autoridade: um mito que tem de acabar para levantar sobre suas ruínas o direito como criação permanente e imprevisível Idem, p.20-25.

propriedades do Direito vigente, mas ideais limites do Direito válido que não refletem o ser do Direito mas o dever ser das normas inferiores em sua relação com as superiores. E o Direito vigente, por sua vez, se caracteriza como incompleto e incoerente devido às violações de fato das proibições impostas ao legislador<sup>310</sup>.

Os juízos sobre a vigência e aqueles sobre a validade de uma norma se diferenciam por serem os primeiros, juízos de fato (analisam a correspondência a critérios de forma) e os segundos, juízos de valor (analisam a adequação valorativa de normas inferiores às superiores). Por ser juízo de valor, o juízo de validade comporta um grau de discricionariedade que conduz a um espaço de ilegitimidade que não se pode reduzir; porém, isto não compromete o modelo do Estado de Direito de forma importante. Ferrajoli aponta esta dissociação estrutural entre estes dois juízos como uma aporia teórica à qual o Garantismo está adstrito<sup>311</sup>.

A adoção da divergência existente entre validade e vigência e sua consequência em relação à eficácia possibilita ao juiz estabelecer um juízo valorativo, no qual as normas em conflito tenham questionadas a sua validade mediante a sua apreciação em relação às normas constitucionais. De outro lado, a postura a ser assumida pelo jurista não aponta para a negação da separação entre Direito e moral, e entre juízos de validade e juízos de justiça, porém reafirma a sua tarefa – não só cívica e política, mas, acima de tudo, científica - de valorar a validade ou a invalidade das normas conforme parâmetros de validade, tanto formais quanto substanciais, estabelecidos pelas normas de hierarquia superior<sup>312</sup>.

Com a publicação de *Principia iuris*, estas questões ganharam novo significado, tendo em vista a necessária releitura dos postulados teóricos do Garantismo formulados em *Diritto e Ragione* a partir do aprofundamento das reflexões de Ferrajoli acerca das relações entre Direito, Razão e Democracia em termos axiomatizados<sup>313</sup>.

A crítica contra a opção positivista do Garantismo Jurídico põe à prova o propósito defendido por Ferrajoli de adotar esse paradigma,

---

<sup>310</sup> Para Luis Prieto Sanchís esse posicionamento, presente tanto no *Diritto e Ragione* quanto em *Principia iuris*, revela uma visão conflitualista da Constituição e dos direitos fundamentais. SANCHÍS, Luis Prieto. *Principia iuris: una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado Constitucional*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008) p. 342

<sup>311</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 875.

<sup>312</sup> *Ibidem*, p. 874-876.

<sup>313</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del diritto e della democrazia*. v. I, II e III. Roma: Laterza, 2007.

sem contudo ignorar que o momento do Estado Constitucional é profundamente diverso do Estado Legal, o que, por si só, permite ao autor definir sua posição como positivista crítica ou juspositivista reforçada.

### 3.5.1.1 A vinculação da produção normativa no paradigma do positivismo jurídico

A construção sistemática e conceitual herdada do jusracionalismo, aliada à orientação formalista presente em seus autores (Feuerbach e Savigny), oportunizou a cientificidade da ciência jurídica e “ao jurista por ela formado um monopólio da aplicação e desenvolvimento do direito”, pautada pela dedução lógica de novas normas a partir do desenvolvimento dos conceitos lógicos, o que legitimaria o processo de construção do direito da jurisprudência construtiva a partir dos posicionamentos de Puchta, conforme assinala Wieacker<sup>314</sup>. Por meio dessa abordagem, o positivismo surge como um movimento contrário ao jusracionalismo, bem como à orientação metafísica da filosofia idealista alemã, mas também contra o romantismo da primeira Escola Histórica do Direito, que vai se caracterizar:

especialmente por aspirar a desterrar da Ciência, não só toda “Metafísica”, mas também a questão acerca do sentido da existência de “valores” ou “validade”, e por restringir a ciência estritamente aos “fatos” e sua legalidade empiricamente observável<sup>315</sup>.

A concepção positivista de sistema jurídico como um sistema fechado de normas, associada a sua necessária plenitude, tem por resultado, para seus críticos, a automatização do aplicador do direito, o qual deve buscar a solução para os casos que reclamam por uma decisão justa nos elementos que compõem o ordenamento jurídico,

---

<sup>314</sup> WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 491-492.

<sup>315</sup> COING. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. 2ª. Ed. [n.l.ed.], p. 58 ss. *Apud*: LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. , p. 57. (especialmente por aspirar a desterrar de la Ciencia, por no poder tener respuesta, no sólo toda “Metafísica”, sino también la cuestión acerca del sentido de la existencia, a cerca de “valores” o “validez”, y por restringir la ciencia estrictamente a los “hechos” y a su legalidad empiricamente observable).

independentemente de juízos morais, políticos ou de justiça acerca desses elementos<sup>316</sup>.

Para Wieacker as conseqüências do positivismo são a dedução do direito exclusivamente do sistema, dos conceitos e dos princípios reconhecidos da sua ciência; admissão de que uma ordem jurídica constitui um sistema fechado de instituições e normas, que independem da realidade social regulada por elas, e, em razão disso todas as situações jurídicas são resolvidas - em princípio - por meio de uma operação lógica que subsuma a situação real à hipótese contida num princípio geral de caráter dogmático; o caráter vinculante dos conceitos jurídicos, muito mais do que seu valor ordenador de traço sistemático, pedagógico ou semântico, que orientam e corrigem a produção de decisões jurídicas; a convicção na justeza lógica, do ponto de vista conceitual e sistemático de uma frase, como fundamento da sua correção material; e, por último, a plenitude como exigência do sistema do positivismo científico, em razão de ser um sistema fechado<sup>317</sup>.

O papel do aplicador autorizado da norma, portanto, é o de Juiz autômato da subsunção - "o juiz não cria nenhum direito novo, tão somente desvela a solução já existente no sistema."

Sob a influência dessa concepção de ciência, marcada sobremaneira pelo formalismo neokantiano<sup>318</sup> e em oposição às correntes do Realismo Jurídico, surge a Teoria Pura do Direito de Kelsen que renuncia a qualquer determinação material das normas jurídicas possíveis a partir da distinção em juízos de ser e juízos de dever-ser e do conceito de norma fundamental<sup>319</sup>.

A discussão desse assunto remete seus interessados necessariamente à influência do conceito positivista de ciência sobre a Teoria do Direito e a Metodologia Jurídica, como aponta Larenz<sup>320</sup>, seja para criticá-lo, ou mesmo para reproduzi-lo.

No último capítulo da Teoria Pura do Direito, Kelsen apresenta os contornos de uma aporia ao defender a interpretação como fixação "do sentido das normas no ato de aplicação do Direito por um órgão jurídico"<sup>321</sup>. Entende-se como próprio deste ato conferir "qual o

---

<sup>316</sup> WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 494-495.

<sup>317</sup> Idem, p. 494-495

<sup>318</sup> Idem, p. 679-684

<sup>319</sup> Idem, p. 683; LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 91-94.

<sup>320</sup> LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 57

<sup>321</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 363

conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto.”<sup>322</sup>

Os primeiros pontos destacados por Kelsen são os que tratam da relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito, da indeterminação intencional do ato de aplicação do Direito e da indeterminação não-intencional do ato de aplicação do Direito, pois a relação entre um escalão superior e um inferior na ordem jurídica envolve a determinação ou vinculação de seus aspectos, conseqüência da hierarquia normativa<sup>323</sup>.

Essa determinação ou vinculação, por seu turno, revela-se incompleta porque a norma de escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada<sup>324</sup>. Decorre desta afirmação a existência de uma margem de livre apreciação em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica que irá servir como fundamento para a definição dos limites de interpretação do Direito como quadro ou moldura a preencher por este ato<sup>325</sup>.

A margem de livre apreciação conduz também ao reconhecimento da inexistência de uma única solução correta e afirmação da possibilidade de várias soluções se tornarem ou não Direito positivo na aplicação do Direito pelo intérprete autêntico:

Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela está contida na moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é *a norma* individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral<sup>326</sup>.

---

<sup>322</sup> Idem, p. 363

<sup>323</sup> Idem, p. 363.

<sup>324</sup> Idem, p. 363.

<sup>325</sup> Idem, “O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, “Uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível” (p. 366)

“Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem.”

<sup>326</sup> Idem, 366.

Soma-se à posição assumida por Kelsen para a interpretação e a inexistência de uma única solução correta a identificação da interpretação como ato de conhecimento combinado com um ato de vontade o fato de que:

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<sup>327</sup>.

A esse posicionamento do positivismo kelseniano Larenz apresenta severas críticas, não desconsiderando, porém o compromisso do autor da Teoria Pura com seus propósitos científicos. A primeira crítica se dirige à preocupação que Kelsen tem em preservar a Ciência Jurídica das opiniões pessoais ou aspirações políticas e ideológicas. Para Larenz, muito embora esses propósitos sejam justificáveis e desejáveis, manter toda classe de juízos de valor distante da Ciência Jurídica por meio da declaração de que não há juízos corretos através da interpretação, como quer Kelsen, coloca esses propósitos a perder.

É exato que a sentença judicial sempre é também uma ato de vontade, que tende a produzir uma situação jurídica inatacável pelas partes. É, ademais, exato, que tanto a interpretação como a aplicação de uma norma a um caso concreto exigem muito mais que uma dedução e uma subsunção inobjetéveis logicamente. Estas exigem, especialmente, atos de juízos que, entre outras coisas, se fundam na experiência social, a compreensão de valores e a reta apreensão de conexões de sentido. Em casos limite pode também ser decisivo a respeito, alguma vez, a opinião valorativa pessoal. Mas, na maioria dos casos, se trata a respeito de processos racionais objetiváveis e

---

<sup>327</sup> Idem, 368.

comprováveis por outros, não de meros "atos de vontade" ou "imposições"<sup>328</sup>.

Outro ponto atacado por Larenz é o da hierarquia normativa defendida por Kelsen que ignoraria a diferença entre legislação, administração da justiça, atividade administrativa e exercício da autonomia privada.

Em suma, a vinculação da produção normativa no positivismo kelseniano, se dá por meio de duas vertentes. A vertente da aplicação do direito que pretende deduzir das normas superiores do ordenamento jurídico a produção de normas inferiores por seus intérpretes autênticos. E a vertente da interpretação jurídica que reconhece a indeterminação dos conteúdos normativos, seja ela intencional ou não, como limite à vinculação pretendida entre a norma jurídica e os atos de interpretação jurídica.

Um dos pontos centrais ao qual o Garantismo Jurídico se dedica é justamente o da vinculação da produção jurídica às normas de escalão superior do ordenamento jurídico, pretendendo que essa produção jurídica seja, sob o aspecto formal e substancial, vinculada ao direito que toma como fundamento para essa produção.

### **3.5.2 Posicionamentos que defendem a superação do positivismo jurídico**

As características gerais do positivismo jurídico traçadas nas linhas anteriores, bem como as críticas a alguns posicionamentos, oferecem um quadro geral desse importante modelo teórico, constantemente alvo de tentativas de superação, e permitem localizar o Garantismo Jurídico dentre uma de suas vertentes críticas.

#### **3.5.2.1 Pós positivismo**

---

<sup>328</sup> "Es exacto que la sentencia judicial es también siempre un acto de voluntad, al tender a producir una situación jurídica inatacable por las partes. Es además exacto que tanto la interpretación como la aplicación de una norma al caso concreto exigen mucho más que una deducción y subsunción inobjetable lógicamente. Éstas exigen especialmente actos de juicio que, entre otras cosas, se basan en la experiencia social, la comprensión de valores y la recta aprehensión de conexiones de sentido. En casos límite puede también ser decisivo al respecto, alguna vez, la opinión valorativa personal. Pero, en la mayoría de los casos, se trata al respecto de procesos racionales objetivables y comprobables por otros, no de meros "actos de voluntad" o "imposiciones". " LARENZ, op. cit., p. 102.

Nos últimos anos, como defende Albert Casamiglia, vem se empregando o termo pós positivismo<sup>329</sup> para todas as teorias que atacam as teses mais importantes do positivismo: as fontes sociais do direito e a ausência de conexão necessária entre o direito e a moral. Essas teorias se voltam para os problemas da indeterminação do direito e das relações entre o direito, a moral e a política<sup>330</sup>.

Dimitri Dimoulis afirma que os partidários do pós-positivismo no Brasil retomam uma visão idealista do direito: “Seguindo a palavra de ordem de ‘levar a sério a moral’, a doutrina brasileira proclama que o direito constitui um sistema aberto de valores, considerando necessária a ‘reinclusão da razão prática na metodologia jurídica’”<sup>331</sup>.

Nessa perspectiva, Dimoulis compreende que a premissa de abertura do direito e de flexibilização de sua metodologia reintroduzem o *idealismo* e da *metafísica* na teoria do direito. Tal tendência se observa na multiplicação das referências a conceitos como justiça, verdade, moral, ética e dignidade humana como valores que impõem o abandono do positivismo jurídico, na produção bibliográfica recente.

Há, até, obras sugerindo que os ensinamentos do direito natural sejam retomados, tendo em vista se tratar de um repositório da democracia e da justiça:

Os doutrinadores exigem que o direito se mostre ‘compromissado com valores como a Justiça (= verdade = valor), considerando necessário que, por um lado, o legislador ‘atinja o ideal ético mais elevado da humanidade: justiça’ e, por outro lado, o operador jurídico crie uma ‘jurisprudência de valores humanos, sempre almejando o encontro, a sintonia entre o bem pessoal e o bem geral da coletividade’ realize ‘uma ponderada hierarquização de princípios, de regras e de valores, de sorte a obter o máximo de justiça possível’ e não se afaste do ‘compromisso com a justiça’, mesmo quando isso impõe desconsiderar normas válidas e exigências de segurança jurídica. Constatamos aqui a insistência na crença

---

<sup>329</sup> Um quadro geral das possibilidades de superação metodológica do positivismo jurídico é traçado por CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 23-34

<sup>330</sup> CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*, **DOXA**, n. 21, p. 209-220, abr./1998, Alicante. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml> . Acessado em: 07/09/2008.

<sup>331</sup>

metafísica em uma justiça que se identifica com a verdade, ignorando os debates filosóficos do século XX que levaram ao abandono do dogmatismo idealista. Retomam-se, assim, as vetustas tradições do idealismo e de exaltação retórica da missão ética dos operadores do direito, na tentativa de legitimar o atual ('nosso') ordenamento jurídico como justo e moralmente adequado, sem indicar os fundamentos jurídicos desse 'dever de justiça' e sem explicitar os métodos que permitiriam encontrar a solução justa em cada caso.<sup>332</sup>

### 3.5.2.2 O Neoconstitucionalismo

*El hilo se ha perdido; el laberinto se ha perdido también. Ahora ni siquiera sabemos si nos rodea un laberinto, un secreto cosmos o un caos azaroso. Nuestro hermoso deber es imaginar que hay un laberinto y un hilo. Nunca daremos con el hilo; acaso lo encontramos y lo perdemos en un acto de fe, en una cadencia, en el sueño, en las palabras que se llaman filosofía o en la mera y sencilla felicidad.* (Borges)

Por meio da metáfora do labirinto do romance "*El general en su laberinto*", Miguel Carbonell apresenta o livro *Teoría del Neoconstitucionalismo*. A ligação imediata com os labirintos lógicos de Borges sugeriu a citação, quase epígrafe, para este tópico. Não se trata, somente, de labirinto ou labirintos, mas do fio que não se encontra. De um fio que pode ligar os textos constitucionais recentes (pós Segunda Guerra Mundial); as práticas jurisdicionais; os novos desenvolvimentos teóricos; todos, em torno de uma Teoria Neoconstitucional<sup>333</sup>.

---

<sup>332</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. (Coleção professor Gilmar Mendes, v. 2). São Paulo: Método, 2006. p. 51-2.

<sup>333</sup> CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*. in: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 9-12

A primeira menção ao termo Neoconstitucionalismo foi proposta por Suzana Pozzolo em artigo publicado na Revista *Doxa*, em 1998, em razão da décima oitava edição do Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social. A hipótese da qual parte essa autora é de que existiria um modo peculiar de aproximação de alguns teóricos do direito ao tema da interpretação constitucional que os identificaria como pertencentes a uma mesma corrente de pensamento, caracterizada pela adoção de algumas formulações em comum: a) estruturação do ordenamento jurídico em princípios e normas (regras); b) a adoção da ponderação como técnica de interpretação própria para a aplicação de princípios e contrária à subsunção; c) a extensão da supremacia constitucional versus a independência do legislador; d) a característica criadora dos juízes e sua oposição à liberdade do legislador<sup>334</sup>.

Para Peña Freire o Neoconstitucionalismo pode ser compreendido, em contraposição ao constitucionalismo clássico, sob os seguintes aspectos: a) além de manifestar-se como ideologia, também se apresenta como teoria e como metodologia, enquanto que o constitucionalismo clássico restringe-se fundamentalmente a uma ideologia ou teoria política normativa; b) seu princípio inspirador é a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que para o constitucionalismo clássico é a limitação do poder e a proscricção da arbitrariedade; c) ainda que negue sua relação com o jusnaturalismo, termina subscrevendo alguns de seus postulados, diferentemente do constitucionalismo que aparece geralmente vinculado ao jusnaturalismo; d) sua relação com a democracia é ambivalente porque há teóricos que se declaram decididamente democratas por ser a democracia uma exigência de seus direitos e outros que vêem na democracia o perigo de uma tirania da maioria política, de modo diverso o constitucionalismo é uma ideologia originariamente antidemocrática ainda que termine abraçando formas de organização política democráticas<sup>335</sup>.

Algumas formulações teóricas, muito difundidas nos últimos anos no Brasil, apresentam características “neoconstitucionalistas”, dentre as quais podem ser citadas a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy<sup>336</sup>, a Teoria do Direito Dúctil de Gustavo Zagrebelski<sup>337</sup> e a Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin<sup>338</sup>.

<sup>334</sup> POZZOLO, Suzana. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, *DOXA*, n° 21, Alicante, 1998, pp. 339-353, p. 339

<sup>335</sup> PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. *Crítica Jurídica*, n. 22, p. 31-66, Curitiba, jul.-dez./2003.

<sup>336</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. GÜNTNER, Klaus. Uma concepção

O Garantismo Jurídico, na visão de Peña Freire, estaria incluído entre as formulações teóricas do Neoconstitucionalismo, por ser a formulação teórica mais evidente: pois sua ideologia ou filosofia políticas coincidem em muitos aspectos; porque os modelos de Estado e de Direito garantistas são também casos de neoconstitucionalismo; e porque o modo como Ferrajoli concebe a democracia está intimamente relacionado com os limites implícitos aos mecanismos institucionais que configuram o Estado Constitucional de Direito<sup>339</sup>.

Muito embora as coincidências apontadas acima sugiram que o Garantismo Jurídico faça parte dessa mesma corrente de pensamento, há teses que são inconciliáveis com os posicionamentos defendidos por Luigi Ferrajoli, originando, assim, uma diferenciação suficientemente segura para não incluir o Garantismo Jurídico nesse conjunto teórico e de caracterizá-lo como juspositivismo crítico.

### 3.5.3.3 Garantismo Jurídico: uma teoria do direito que não é neoconstitucionalista

Entre as teses defendidas pelas teorias alinhadas ao Neoconstitucionalismo, Luigi Ferrajoli refuta, basicamente, duas: a tese da inexistência da separação entre Direito e Moral<sup>340</sup> e a tese da classificação das normas jurídicas em princípios e regras<sup>341</sup>.

A primeira tese está relacionada com a compreensão mais difundida do constitucionalismo, segundo a qual as leis são submetidas a normas superiores. Essa compreensão tende ao jusnaturalismo quando entendida como superação do positivismo jurídico, visto como incapaz de dar conta da nova natureza das atuais democracias constitucionais. O principal traço distintivo entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo, a separação entre direito e moral ou entre validade e justiça, desapareceria com a incorporação nas Constituições de princípios de

---

normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. **Cadernos de Filosofia Alemã**, 6, p. 85-102, São Paulo, 2000.

<sup>337</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 2002.

<sup>338</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. 2ª ed. Trad. Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 1989.

<sup>339</sup> PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *Constitucionalismo garantista y democracia*. **Crítica Jurídica**, n. 22, p. 31-66, Curitiba, jul.-dez./2003.

<sup>340</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989). 9ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2008. Cujo último capítulo foi intitulado "O primado do ponto de vista externo", ou seja, da moral e da política.

<sup>341</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, p. 651-655. Confira também: FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2006. p. 83-98

justiça com caráter ético-político (igualdade, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais). A moral passaria a fazer parte, portanto, do ponto de vista interno ao direito e não mais ao ponto de vista externo como defendia o paradigma juspositivista<sup>342</sup>.

Contra a tese da superação do positivismo Ferrajoli defende a tese da complementação, do reforço do positivismo jurídico<sup>343</sup> e do Estado de Direito com a estipulação dos direitos fundamentais entre as normas constitucionais. Isso porque positiva não apenas o "ser", mas também o "dever ser" do direito e porque submete todo exercício do Poder ao direito e ao controle de constitucionalidade<sup>344</sup>.

A segunda tese não incorporada por Ferrajoli em sua teoria jurídica é a que defende uma estruturação das normas jurídicas em princípios e regras. O cerne desta concepção teórica consiste em reconhecer que os princípios são normas jurídicas que exprimem um mandamento de otimização de suas prescrições, comportando, para tanto, uma graduação que deve levar em consideração os condicionamentos fáticos e jurídicos existentes.

As regras, nesse contexto teórico, são compreendidas como determinações no âmbito do fático e juridicamente existente. Seu cumprimento se dá na base do tudo ou nada, afastando-se, assim quaisquer possibilidades de colisão quando ocorrerem antinomias porquanto a solução cabível é a exclusão na regra (norma) incompatível para o caso.

### 3.6 PREMISSAS DO MODELO GARANTISTA DE LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

A construção de um modelo garantista de legalidade administrativa, como já foi visto, depende metodologicamente, pelo menos, da observância do caráter vinculado do poder público no Estado Constitucional de Direito, pressuposto da Teoria Geral do Garantismo.

---

<sup>342</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. Mimeo. p. 2

<sup>343</sup> O positivismo defendido por Ferrajoli, invariavelmente, é identificado como forte ou fortíssimo. Para Pablo de Lora, trata-se de um constitucionalismo fortíssimo no qual se destacam a extensão dos direitos sociais e o papel outorgado por Ferrajoli aos juízes constitucionais, bem como o modo como ele entende as objeções democráticas. DE LORA, Pablo. *Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo*. in: CARBONELL, Miguel et SALAZAR, Pedro (edición). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2005. pp. 251-265

<sup>344</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional*. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, nº 31, 2008, pp. 325-354.

As premissas estipuladas por Ferrajoli em forma de critérios para a construção de modelos garantistas de direito análogos ao modelo penal dividem-se em três: os direitos fundamentais que são a referência para o modelo a ser criado, os critérios de legitimação desse modelo e suas técnicas de legitimação.

A abordagem a respeito dos direitos fundamentais, nos termos aqui pretendidos, não buscará responder quais são esses direitos pois tal tarefa exigiria escolher o ordenamento jurídico de um determinado país e se afastaria da escolha metodológica inicial de enfrentar as questões da releitura da vinculação jurídica da administração e do princípio da legalidade administrativa dentro de uma concepção de teoria do direito administrativo no Estado Constitucional de Direito, ou, de uma teoria geral do Direito Administrativo.

Essa abordagem, portanto, será dirigida para enfrentar a questão a respeito do que são os direitos fundamentais. Ou seja, como se estruturam nos termos da Teoria Garantista essas normas jurídicas que limitam o exercício de poder por parte das maiorias eventuais nos Estados Constitucionais de Direito.

### 3.6.1 Direitos fundamentais referência para esse modelo

A exigência de que a atuação da Administração Pública tenha por "baliza e referencial"<sup>345</sup> os direitos fundamentais, tem por fundamento, no caso brasileiro, a norma contida no Art. 5º, § 1º da Constituição Federal<sup>346</sup> que impõe a aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental e a sua eficácia vinculante<sup>347</sup>.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, o tema da conceituação do interesse público e do desvio de poder da Administração Pública merece especial

---

<sup>345</sup> "Em qualquer caso, em qualquer momento, qualquer acto de poder público deve tomá-los como baliza referencial (Os direitos fundamentais não são somente um *limite negativo* às actuações dos entes públicos; são também *elemento integrador* de tais actuações - João Caupers, *op. cit.*, p. 154) ; deve assumir, com razoabilidade, um conteúdo que lhes corresponda; deve traduzir-se nessa medida, na realização dos valores jurídicos que dão sentido ao relacionamento da pessoa e do Estado." MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2 ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 279

<sup>346</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>347</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 343.

atenção quando do acolhimento da constitucionalização imediata, significando a vinculação aos direitos fundamentais, pois

os órgãos administrativos devem executar apenas as leis que àqueles (os direitos fundamentais) sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais. A não-observância destes postulados poderá, por outro lado, levar à invalidação judicial dos atos administrativos contrários aos direitos fundamentais, problema que diz com o controle jurisdicional dos atos administrativos [...] <sup>348</sup>.

A partir dessa visão, o exercício das funções institucionais, tanto pelos agentes quanto pelos órgãos estatais, está obrigado, formal e materialmente, pelos direitos fundamentais, devendo-se renunciar a qualquer ingerência injustificada no âmbito de proteção desses direitos pois se encontram afastados da esfera de disponibilidade dos Poderes Públicos. Por outro lado, obrigados estão os poderes públicos a fazer tudo para a realização dos direitos fundamentais <sup>349</sup>.

Tendo-se em vista que a vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais, nessa concepção, compreende a eficácia e aplicabilidade desses direitos, deve-se assinalar que tal imposição constitui um princípio <sup>350</sup> e como tal deve ser aplicado buscando-se a sua otimização e levando-se em conta a situação fática e os limites jurídicos que compõem o caso concreto. Ou seja, são eles, os direitos fundamentais positivados em forma de princípios normativos, um mandado de otimização que estabelece para os órgãos públicos o dever de dar o maior grau de eficácia possível para os direitos fundamentais.

Em razão disso tem-se, como consequência desse posicionamento, que a aplicabilidade de uma norma constitucional não deverá ser submetida a um juízo de tudo ou nada, próprio das regras jurídicas, mas avaliada de acordo com as condições fáticas e jurídicas do caso sob exame.

Assim, a partir da posição adotada por Sarlet é possível a defesa de

---

<sup>348</sup> Idem, p. 348.

<sup>349</sup> Idem, p. 344.

<sup>350</sup> Idem, p. 258-9.

uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada<sup>351</sup>.

Para essa perspectiva, portanto, o dever de agir da Administração Pública, embora dependente da atuação do legislador para que seja permitido à Administração atuar, tem de considerar o grau de densidade normativa da norma impositiva em questão e não pode se afastar das diretrizes materiais contidas nas normas de direitos fundamentais prestacionais para lhes garantir um mínimo de eficácia<sup>352</sup>.

Tem-se portanto, a partir desse posicionamento, que todos os direitos fundamentais previstos em uma Constituição são referência para o Direito Administrativo e seu modelo de legalidade, pois teriam sua eficácia vinculada ao atendimento, seja para a omissão ou para a ação, da Administração Pública.

A posição do Garantismo Jurídico a respeito dos Direitos Fundamentais distancia-se do posicionamento analisado nas linhas anteriores por duas razões. A primeira razão consiste em que os Direitos Fundamentais fazem parte dos postulados básicos de uma teoria formal do direito e, por isso, não são tratados a partir do seu conteúdo. Com outras palavras, não são abordados por meio do discurso observador da dogmática jurídica. Ou, dito de outra forma, não são abordados em busca da resposta sobre quais sejam os direitos fundamentais, mas, sim, o que são os direitos fundamentais no paradigma do Estado Constitucional de Direito.

A segunda razão reside no distanciamento teórico do Garantismo em relação aos posicionamentos neoconstitucionalistas que adotam a distinção normativa de regras e princípios e a ponderação como técnica de solução de colisões de direitos fundamentais (antinomias, para o Garantismo)<sup>353</sup>.

### 3.6.1.1 Os direitos fundamentais na perspectiva garantista

---

<sup>351</sup> Idem, p. 259

<sup>352</sup> Idem, p. 350.

<sup>353</sup> O tema será abordado no próximo capítulo.

O que fundamenta os Direitos Fundamentais, para a abordagem garantista, não são propriamente seus conteúdos e a resposta à indagação de quais sejam esses direitos; mas sim a sua definição formal ou estrutural que consiste em:

os 'direitos fundamentais' são os direitos dos quais todos são titulares na medida em que sejam pessoas naturais, ou cidadãos, no caso de direitos potestativos, como capazes de agir ou como cidadãos capazes de agir<sup>354</sup>.

São, portanto, direitos fundamentais aqueles definidos por um ordenamento cuja titularidade é atribuível a todos, sejam pessoas naturais ou cidadãos, e quando se trate de direitos potestativos<sup>355</sup>, sejam capazes de agir ou sejam cidadão capazes de agir.

Os direitos de potestade, ou direitos-poderes, são uma das três subclasses dos chamados direitos negativos - ou, expectativas de não lesão -:

a) os 'direitos-imunidade' (ou 'imunidade'), que consistem unicamente em expectativas de não lesão e não em facultade, como os direitos a vida e à integridade, o habeas corpus e, em geral, todos os direitos, incluso patrimoniais, à abstenção de condutas de outrém; b) os 'direitos-faculdade' ou 'facultativos', que consistem em facultade e incluem por isso todos os direitos de liberdade e, entre os patrimoniais, a posse; c) os 'direitos-poder' ou 'potestativos', que consistem em poderes, como a propriedade privada e os outros direitos reais, não só os direitos civis e políticos sobre os quais se funda a autonomia individual, respectivamente na esfera privada da economia e naquela pública da política<sup>356</sup>.

---

<sup>354</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, p. 727. (I 'diritti fondamentali' sono i diritti di cui tutti sono titolari in quanto persone naturali, o in quanto cittadini oppure, ove si tratti di diritti potestativi, in quanto capaci d'agire o in quanto cittadini capaci d'agire).

<sup>355</sup> São definidos por Ferrajoli como: "D10.25 I diritti-potestà' (o 'diritti potestativi') sono i diritti negativi consistenti (anche) in potestà." » FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, p. 645-646.

<sup>356</sup> "a) i 'diritti-immunità' (o 'immunità'), che consistono unicamente in aspettative di non lesioni e non anche in facoltà, come i diritti alla vita e all' integrità, l' habeas corpus e, in generale, tutti i diritti, anche patrimoniali, all' astensione di condotte altrui; b) i 'diritti-facoltà' o 'facoltativi', che per di più consistono in facoltà, e includono quindi tutti i diritti di libertà e, tra i diritti patrimoniali, il possesso;

Tais direitos se caracterizam, essencialmente, por dois princípios: serem direitos subjetivos<sup>357</sup> e serem imputados de forma universal em relação aos diversos tipos de sujeitos<sup>358</sup>.

Esse conceito formal se contrapõe aos posicionamentos que vêm um conteúdo nos direitos fundamentais ou que os equiparam a valores, por exemplo, o conceito de direitos fundamentais defendido por Sarlet<sup>359</sup>. Percebe-se também nesse conceito que os Direitos Fundamentais devem ser construídos a partir de uma base de igualdade jurídica. Essa base funda a universalidade dos direitos fundamentais, por meio de um procedimento lógico-dedutivo e avaliativo que qualifica a classe de sujeitos que são seus titulares, todavia não estipula a extensão concreta das classes dos sujeitos identificados, nos diversos ordenamentos, do status de pessoa, ou de cidadão, ou de capacidade jurídica, dos titulares dessas classes de direitos<sup>360</sup>.

Outro aspecto teórico relevante dessa definição é a consequência dela derivada, em razão da universalidade, que os tornam situações gerais, ou seja, que consistem em regras. São, os direitos fundamentais, nessa perspectiva teórica, normas ou situações normativas, precisamente, normas adscritivas e tético-deônticas. Em

*c) i 'diritti-potestà' o 'potestativi', che per di più consistono in poteri, come la proprietà privata e gli altri diritti reali, nonché i diritti civili e politici sui quali si basa l'autonomia individuale, rispettivamente nella sfera privata dell'economia e in quella pubblica della politica" Ibidem, p. 645-646*

<sup>357</sup> *"interessi giuridicamente protetti in forma di aspettative positive o negative (T11.2), spettanti solo alle persone naturali (T11.3, T11.4), e non anche a quelle artificiali (T11.5): le quali sono semmai uno strumento della loro tutela, qualisoggetti non autonomi ma eteronomi, non costituenti ma sempre costituiti. » FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**, p. 727*

<sup>358</sup> *"Il secondo principio espresso dalla nostra definizione è quello già detto – e assai più importante – che i diritti fondamentali sono diritti 'universali' (T11.8), cioè spettanti a tutti in condizione di uguaglianza (T11.9). Ne deriva una connotazione universalistica del loro contenuto utilitaristico: tali diritti sono interessi giuridicamente protetti come interessi di tutti e hanno perciò il valore di interessi generali. La loro universalità e, conseguentemente, l'uguaglianza che su di essi si basa hanno peraltro un carattere puramente logico, non risultando determinate né la natura di tali interessi né l'estensione delle classi dei soggetti riconosciuti, nei diversi ordinamenti, come persone naturali e/o come cittadini e/o come capaci d'agire." FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**, p. 728*

<sup>359</sup> *"todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integrados ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal"*

<sup>360</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**, p. 729

outras palavras, para Ferrajoli os direitos fundamentais não supõem normas, mas são eles mesmo normas<sup>361</sup>.

Da relação entre os sujeitos e os conteúdos dos Direitos Fundamentais surgem três tipologias desses direitos: a) sujeitos que são titulares; b) estrutura objetiva; c) cruzamento das outras duas<sup>362</sup>.

A primeira tipologia se assenta em duas divisões que levam em consideração a titularidade dos direitos fundamentais com base nos parâmetros dos direitos da pessoa (concernentes a todos, por exemplo, o direito à vida, os direitos de liberdade) e direitos do cidadão (concernentes somente aos cidadãos, por exemplo, direito de permanecer e de circular livremente no território do Estado)<sup>363</sup>.

O segundo aspecto dessa tipologia, ao contrário do primeiro, é estabelecido com base numa distinção estrutural e se constrói por meio do caráter de direitos-poderes de todos aqueles direitos de autonomia exercidos a partir de atos prescritivos, produtores de efeitos também na esfera de outros sujeitos e que requerem, por isso, a capacidade de agir dos seus titulares. Nesse aspecto os direitos fundamentais são diferenciados em direitos primários (ou substanciais, ou finais), que concernem a todas as pessoas ou somente aos cidadãos em razão, apenas, de serem pessoas ou de serem cidadãos, independentemente de sua capacidade de agir; e direitos secundários (ou formais, ou instrumentais, ou de autodeterminação), que concernem somente às pessoas ou aos cidadãos que forem capacitados juridicamente para agir (por exemplo, o direito de contratar, o direito de votar, de postular em juízo, de acender a cargos públicos)<sup>364</sup>.

Dessa formulação, ancorada em quatro tipos de direitos fundamentais, decorre uma tipologia de direitos fundamentais baseada totalmente em diferentes status jurídicos dos sujeitos titulares desses direitos, composta por quatro figuras: direitos humanos, os direitos que concernem a todas as pessoas naturais enquanto tais; direitos públicos, os direitos que concernem a todas as pessoas naturais enquanto cidadãos; direitos civis, os direitos prescritivos que concernem a todas as pessoas naturais enquanto dotadas de capacidade jurídica para agir; e os direitos políticos, direitos-poderes que concernem somente aos cidadãos dotados de capacidade jurídica para agir<sup>365</sup>.

---

<sup>361</sup> *Ibidem*, p. 729

<sup>362</sup> *Ibidem*, p. 731

<sup>363</sup> *Ibidem*, p. 731

<sup>364</sup> *Ibidem*, p. 733-734

<sup>365</sup> *Idem*, p. 737

A segunda tipologia se constrói a partir do conteúdo dos direitos fundamentais e está baseada numa abordagem objetiva, com a qual as expectativas que formam o significado prescritivo desses direitos passam a ser diferenciadas. Nessa tipologia os direitos fundamentais são divididos em direitos fundamentais sociais, ou "direitos fundamentais a" ou positivos, que consistem em expectativas positivas de prestação. E, de outro lado, direitos fundamentais individuais, ou "direitos fundamentais de" ou negativos, que consistem em expectativas negativas (de não lesão).

Os direitos fundamentais individuais, por sua vez, são divididos em três categorias: a) a liberdade a, direitos individuais primário consistentes somente em expectativas de não lesão; b) a liberdade de, direitos individuais primários, consistentes também em faculdade; c) as autonomias, direitos individuais secundários consistentes também em poderes.

Ferrajoli, contudo, agrega os direitos primários de liberdade ao tipo direitos de liberdade, que corresponde à soma da "liberdade a" e da "liberdade de". E desagrega o domínio dos direitos secundários de autonomia em direitos de autonomia civil e direitos de autonomia política<sup>366</sup>.

Para um Estado ser considerado como Estado de Direito liberal ou social, segundo a análise desenvolvida por Ferrajoli, há que se observar o caráter dos Direitos incorporados pelo ordenamento constitucional. Existem, portanto, dois tipos de Direitos: a) *direitos de*, ou faculdades de comportamentos próprios, aos quais correspondem *proibições*, ou deveres públicos de não fazer, podendo-se citar como exemplos as liberdades fundamentais; e b) *direitos a*, ou, expectativas de comportamentos alheios, aos quais deveriam corresponder obrigações, ou deveres públicos de fazer.

O Estado de Direito liberal se caracterizará, portanto, pela incorporação somente de proibições em seu ordenamento constitucional. E O Estado de Direito Social, por sua vez, restará caracterizado quando, pelo contrário, incorpore também obrigações, que requerem prestações *positivas* em garantia de Direitos sociais.

Muda, contudo, profundamente a estrutura normativa do poder estatal, não, tão somente, limitado negativamente por proibições de impedir e *direitos de*, mas, também, funcionalizado positivamente por obrigações de satisfazer os *direitos a*. Muda, igualmente, a base de legitimação do Estado: enquanto o Estado de Direito liberal deve

---

<sup>366</sup> Idem, p. 744

somente *não piorar* as condições de vida dos cidadãos, o Estado de Direito social deve também *melhorá-las*; deve não só não representar para eles um inconveniente, mas ser também uma vantagem.

As garantias liberais ou negativas, baseadas em proibições, servem para defender ou conservar as condições naturais ou pré políticas de existência: a vida, as liberdades, as imunidades frente aos abusos de poder e, hoje há que se acrescentar, a não nocividade do ar, da água e em geral do ambiente natural; as garantias sociais ou positivas, baseadas em obrigações, permitem pelo contrário pretender ou adquirir condições *sociais* de vida: a subsistência, o trabalho, a saúde, a moradia, a educação, etc. As primeiras estão dirigidas ao passado e tem como tais uma função conservadora; as segundas se dirigem ao futuro e tem um alcance inovador<sup>367</sup>.

A terceira tipologia utiliza em parte os termos da primeira e da segunda e consiste em dividir os direitos fundamentais em direitos primários ou substanciais e direitos secundários ou instrumentais. Os direitos primários são divididos em direitos de liberdade e direitos sociais. E os direitos secundários ou instrumentais são divididos em civis e políticos<sup>368</sup>.

Responder à questão, portanto, de quais são os Direitos Fundamentais relacionados com o Direito Administrativo depende do direito positivo e das especificidades de seu catálogo de direitos fundamentais. Não se trata, evidentemente, de uma questão a ser respondida pela teoria do direito, mas pela dogmática jurídica.

Entretanto, saber qual é a vinculação jurídica da Administração Pública ao Direito é uma tarefa que cabe tanto à teoria do direito, quanto à dogmática jurídica, em razão de que o conceito "princípio da legalidade administrativa" não está relacionado única e exclusivamente com um dado ordenamento jurídico positivo, mas faz parte do conjunto de conceitos que compõem o que teoricamente se denomina de Estado de Direito e que em suas manifestações concretas das Constituições do pós Segunda Guerra Mundial originou o modelo normativo do Estado Constitucional de Direito.

---

<sup>367</sup> FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 862.

<sup>368</sup> Idem, p. 748

## 4 CRITÉRIOS E TÉCNICAS DE LEGITIMAÇÃO DO MODELO GARANTISTA DE LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

O modelo normativo nascido das modernas Constituições e conhecido como Estado Constitucional ou Estado Constitucional de Direito pode ser caracterizado no plano formal, pelo princípio da legalidade, em virtude do qual todo poder público - legislativo, judicial e administrativo - está subordinado a leis gerais e abstratas, que disciplinam suas formas de exercício, e cuja observância se acha submetida a controle de legitimidade por parte de juízes independentes. b) no plano substancial, pela funcionalização de todos os poderes do Estado a serviço da garantia dos Direitos fundamentais dos cidadãos, mediante a incorporação limitativa em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, quer dizer, das proibições de lesar os Direitos de Liberdade e das obrigações de dar satisfação aos Direitos Sociais, assim como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativar a tutela judicial<sup>369</sup>.

Os critérios de legitimação de um modelo garantista de legalidade administrativa relacionam-se com as regras para decidir o que é verdadeiro e o que é falso tendo-se por base os postulados do Estado Constitucional de Direito aplicados a esse ramo do Direito. Como afirma Sérgio Cademartori "dizer que o poder é legitimador, isto é, usar a palavra legitimação, significa dizer que de fato suscita consenso". Esse consenso pode ser alcançado, nessa perspectiva, por meio de processo no qual o poder busca reconhecimento, adesão, ou seja, por meio de uma legitimação-atividade. Essa legitimação pode ser obtida utilizando-se diversos meios: necessidades fundamentais da população ou de grupos isolados, propagandas, aspecto da legalidade com a qual se apresenta, apelação a valores transcendentais. Por outro lado, a legitimação também pode ser identificada com o produto, ou seja, com o resultado obtido, que no caso do exercício do poder está relacionado com o consenso<sup>370</sup>.

Trata-se, nesse caso, de estender a compreensão do modelo Garantista de Estado Constitucional de Direito para o Direito Administrativo, especificamente para a vinculação jurídica da Administração Pública e para o princípio da legalidade administrativa,

---

<sup>369</sup> *Ibidem*, p. 856-857

<sup>370</sup> CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2ª ed. Campinas: Millenium, 2007. p. 118

de modo a apontar quais seriam os critérios que legitimam o modelo de legalidade em relação a Teoria do Garantismo Jurídico.

As técnicas de legitimação do modelo garantista de legalidade administrativa, por sua vez, são simbólicas, pois fazem uso dos signos estipulados a partir dos critérios de legitimação para estabelecer a comunicação que a linguagem teórica e a linguagem dogmática podem fixar por meio da vinculação jurídica da Administração Pública ao Direito e do princípio da legalidade administrativa.

#### 4.1 CRITÉRIOS DE LEGITIMAÇÃO DO MODELO GARANTISTA DE LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

A questão a ser enfrentada neste tópico compreende a análise do que poderia ser a vinculação jurídica da Administração Pública para a Teoria Garantista.

Essa abordagem a respeito da vinculação jurídica se dá por meio da comparação entre modelos de Estado de Direito e dos modelos de legalidade administrativa deles extraídos em termos teóricos: Estado *sub lege*, *per leges* e *sub iure*.

*Il diritto sul diritto*, fórmula que expressa as pretensões da Teoria Garantista para o Direito e para a Democracia aponta para um sistema de vínculos entre normas superiores e inferiores de dado ordenamento, sugerindo, assim, para o modelo garantista de legalidade administrativa o desafio de repensar a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a assimetria da relação jurídica entre Administração e Administrados, ou, em termos mais apropriados ao Estado Constitucional de Direito, entre função administrativa e titulares de direitos fundamentais.

##### 4.1.1 O Estado Constitucional como Estado de Direito Garantista e os modelos de Legalidade Administrativa

Muito embora Ferrajoli tenha informado que a Teoria Geral do Garantismo por ele elaborada se tratava de uma obra inacabada<sup>371</sup>, seus

---

<sup>371</sup> FERRAJOLI, Luigi. **O Direito como sistema de garantias**. in: OLIVEIRA JR., José Alcebiades de(Org.). **O novo em Política e Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 94. Em artigo publicado na revista *Doxa*, Ferrajoli apresenta alguns parágrafos extraídos dos primeiros três capítulos de uma Teoria Axiomatizada do Direito, com publicação futura pela editora Laterza sob o título *Principia iuris. Teoria giuridica della democrazia*. O método axiomático, explica Ferrajoli, parte da estipulação de um número limitado de termos primitivos e de postulados, da utilização como outros termos da teoria somente os termos

postulados iniciais se mostraram suficientes para dar conta do modelo de Estado de Direito e propor um resgate de sua legitimação, conforme observou Sérgio Cademartori<sup>372</sup>.

O resgate da legitimação do Estado de Direito se dá com a reformulação desse conceito e da estrutura normativa do Estado Constitucional oferecida pelo Garantismo Jurídico com a introdução no debate jurídico do conceito de “Estado de Direito Garantista”<sup>373</sup>. Esse modelo designa, além de um “Estado legal” ou de um Estado “regulado pela lei”, um modelo nascido das modernas Constituições caracterizado por dois planos: o plano formal e o plano substancial.

O plano formal é identificado com o princípio da legalidade, em virtude do qual todo poder público - legislativo, judicial e administrativo - está subordinado a leis gerais e abstratas, que disciplinam suas formas de exercício e cuja observância se acha submetida a controle de legitimidade por parte de juízes autônomos e independentes.

O plano substancial, por sua vez, caracteriza-se pela funcionalização de todos os poderes do Estado a serviço da garantia dos Direitos fundamentais dos cidadãos, mediante a incorporação limitativa em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, quer dizer, das proibições de lesar os Direitos de liberdade e das obrigações de dar satisfação aos Direitos sociais, assim como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativar a tutela judicial<sup>374</sup>.

Com base nesses pressupostos é, nos termos dessa teoria, possível concluir que graças a estas duas fontes não existem, no Estado de Direito, poderes sem regulação e atos de poder incontroláveis: nele todos os poderes se encontram limitados por deveres jurídicos, relativos não só à forma, mas também aos conteúdos de seu exercício, cuja

definidos por meio dos primitivos ou os termos anteriormente definidos; da aceitação, enfim, como outras teses da teoria somente as que consistem em definições ou em teoremas derivados dos postulados, ou das definições, ou de outros teoremas sobre a base de regras de formação e de transformação previamente estabelecidas. A obra *Principia iuris*, explica o jurista italiano, compõe-se de quatro partes dedicadas, respectivamente, à deontica, ao Direito Positivo, ao Estado de Direito e às forma jurídicas da democracia. FERRAJOLI, Luigi. *Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una Teoría Axiomatizada del Derecho, Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante (ES), nº 20, p. 235-278, 1997. Acessado em 28/08/2004. Disponível em:

[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12493875355693728543657/cuaderno20/Doxa20\\_08.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12493875355693728543657/cuaderno20/Doxa20_08.pdf)

<sup>372</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade – uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 11.

<sup>373</sup>

<sup>374</sup> *Ibidem*, p. 856-857.

violação é causa de invalidade dos atos acionáveis judicialmente e, ao menos teoricamente, de responsabilidade para seus autores<sup>375</sup>.

A mera legalidade, ao limitar-se a subordinar todos os atos, quaisquer que sejam, à lei, coincide com sua legitimação formal, enquanto que a estrita legalidade, ao subordinar todos os atos, incluídas as leis, aos conteúdos dos Direitos fundamentais, coincide com sua legitimação substancial<sup>376</sup>.

Referindo-se ao Direito penal para explicar sua proposta, Ferrajoli afirma que Estado de Direito designa ambas as coisas: o poder judicial de investigar e castigar os delitos é, com efeito, *sub lege*; ao passo que o poder legislativo de defini-los se exercita *per leges*; e o poder legislativo se exercita *per leges* na media em que, por sua vez, está *sub lege*, quer dizer, está prescrita por norma constitucional a reserva de lei geral e abstrata em matéria penal<sup>377</sup>.

O mesmo argumento pode ser aplicado ao Direito Administrativo: o poder de embargar e de licenciar obras é *sub lege*; de outro lado, o poder legislativo de definir quais os motivos para embargar e para licenciar se exercita *per leges*; esse poder legislativo se exercita *per leges* na medida em que, por sua vez está *sub lege*, quer dizer, está prescrita por norma constitucional a reserva de lei geral e abstrata em matéria administrativa.

Ao fazer essa reformulação, resumidamente apresentada nos parágrafos precedentes, Ferrajoli recorre aos posicionamentos de Norberto Bobbio para reconstruir a legitimidade do Estado de Direito a partir das relações entre dois tipos teórico-normativos de Estado: o do governo *per leges* e o do governo *sub lege*; e, com base nesses modelos extrair o modelo de Estado de Direito Garantista.

Bobbio, por sua vez, defende que o debate em torno do Estado de Direito reascende a questão sobre o melhor modo de governar, ou, expresso em forma de sentença: o melhor governo é o governo das leis ou o governo dos homens? A complexidade da questão a respeito do melhor modo de governar é ampliada pelo autor ao indagar se um bom governo é aquele no qual os governantes são bons porque governam respeitando as leis ou aquele em que há boas leis porque os governantes são sábios?<sup>378</sup>

---

<sup>375</sup> Ibidem, p. 857.

<sup>376</sup> Idem, p. 857.

<sup>377</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 856.

<sup>378</sup> BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia – uma defesa das regras do jogo*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 158

Da revisão dos clássicos da filosofia política feita pelo jurista italiano para enfrentar a questão do melhor modo de governar podem ser extraídos os conteúdos que identificam o Estado de Direito com a fórmula que tem por princípio a subordinação de todo poder num Estado ao Direito, desde o nível mais baixo ao mais alto, por meio da legalização de toda a ação governamental, o que se conhece também por constitucionalismo<sup>379</sup>.

Em continuação do argumento proposto por Bobbio, tem-se que o "governo das leis" comportaria dois modelos diversos e coligados. O governo *sub lege*, entendido como aquele em que o exercício do poder se faz segundo a observância das leis pré estabelecidas; e o governo *per leges*, entendido como aquele em que o exercício do poder se dá mediante normas gerais e abstratas<sup>380</sup>.

Outros autores inferem também desses dois modelos e do modelo garantista um terceiro tipo teórico-normativo ao qual denominam de Estado ou governo *sub iure*, o qual representaria o próprio Estado Constitucional teorizado como tipo ideal<sup>381</sup>.

A abordagem do princípio da legalidade administrativa em cada um desses tipos teóricos-normativos permite explorar a relação entre esses modelos de legitimidade e o modelo de legalidade que lhes são subjacentes e assim compreender como se constrói a estrutura normativa do Estado Constitucional a partir dos posicionamentos teóricos do Garantismo Jurídico.

#### 4.1.1.1 A legitimidade e a legalidade administrativa no modelo de Estado *sub lege*

A essência da legitimidade *sub lege* consiste em que o poder somente se entende como legítimo se exercido segundo leis preestabelecidas. À primeira vista o modelo *sub lege* pode ser confundido com o modelo *per leges*, mas é importante frisar que é extremamente distinto afirmar que se governa segundo as leis preestabelecidas, do que se afirmar que se governa por meio de leis previamente estabelecidas, pois no primeiro modelo a lei atua como ato que autoriza a ação administrativa autônoma em relação aos seus

---

<sup>379</sup> Ibidem, p. 150

<sup>380</sup> Ibidem, p. 154.

<sup>381</sup> SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia – La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999. p. 51.

preceitos normativos, enquanto que no segundo a lei condiciona a ação administrativa que é subordinada aos seus preceitos normativos.

As características do governo *sub lege* conferem-lhe a virtude de impedir ou, pelo menos, dificultar o uso abusivo do poder. Essa virtude é encontrada com facilidade na doutrina do constitucionalismo e constitui um dos elementos formadores do Estado moderno<sup>382</sup>.

A legalidade administrativa do modelo *sub lege* reflete essa idéia de limitação ao exercício do poder quando fixa para a Administração Pública o campo de atuação no qual se veda o agir contrário à legalidade e ao conjunto de bens e valores por ela protegidos, todavia lhe permite, para todas as outras situações o agir autônomo, discricionário, livre.

#### 4.1.1.2 A legitimidade no modelo de Estado *per leges* e a legalidade administrativa

No modelo de Estado *per leges* a opção estrutural é por se vedar a arbitrariedade, criar a previsibilidade das ações e demarcar as condições de exercício do Poder frente a modos de expressão informais.

Das funções da lei, compreendida como expressão jurídica do Poder, extrai-se seu potencial garantista, pois com a generalidade obtém-se a conexão dos sujeitos ao ordenamento jurídico, reduzindo o risco de expressão injusta por meio da normatividade média e resistindo mais ao privilégio e à discriminação, haja vista a condição prévia de sua função igualadora.

Por meio da característica formal da abstração, a lei cumpre sua função de segurança ao tornar indiferente a natureza do destinatário de um comando normativo emitido em forma de hipótese que se concretizará tão somente quando o fato ocorrido for compatível com sua prescrição. Não se trata, portanto, de uma ordem emitida para uma pessoa ou para uma classe de pessoas e esgota a sua eficácia quando se efetiva.

Por último, a função de liberdade relaciona a lei com a expressão da vontade geral, sob o aspecto da liberdade positiva<sup>383</sup>, e

---

<sup>382</sup> BOBBIO, Norberto. *op. cit.*, p. 156-157.

<sup>383</sup> Conforme Bobbio: "Mais simples a interpretação fundada sobre a liberdade positiva, como aparece neste trecho de Rousseau: 'Se é sempre livre quando se está submetido às leis, mas não quando se deve obedecer a um homem; porque neste segundo caso devo obedecer à vontade de outrem, e quando obedeço às leis obtempero apenas à vontade pública, que é tanto minha como de qualquer outro'. Mais simples mas também mais redutiva, ou melhor, mais simples exatamente porque mais redutiva: por "lei" Rousseau entende unicamente a norma emanada da

com os pressupostos da doutrina liberal, sob o aspecto da liberdade negativa<sup>384</sup>.

Generalidade, abstração e legitimidade a partir da vontade geral, qualidades exigidas para o reconhecimento dos atos emanados pelo Estado com a forma de lei caracterizam o governo *per leges* como aquele que atua, senão exclusiva, pelo menos prevalentemente por meio desses critérios de legitimação<sup>385</sup>.

Não se reconhecem como legítimos, portanto, tendo-se em conta os postulados desse modelo de Estado de Direito, aqueles governos que fazem uso dos atos particulares, de privilégios ou de estatutos pessoais como seus únicos, senão prevalentes, atos normativos<sup>386</sup>.

Completam-se assim os contornos da relação entre poder e cidadãos, mediada pelo direito, que deve oferecer aos cidadãos garantias de que o exercício do poder estará limitado por elementos e condições que caracterizam essa relação.

O modelo tipológico do princípio da legalidade administrativa compatível com esse modelo de legitimidade é compatível com o

vontade geral. Poder-se-ia dizer o mesmo da lei estabelecida pelo sábio legislador ou de uma norma consuetudinária ou ainda de uma lei não estabelecida pela vontade geral? Pode-se considerar como característica intrínseca da lei, além da generalidade e da abstratividade, também a emanação da vontade geral? Se não se pode, o que garante a proteção da liberdade positiva é a lei em si mesma ou a lei para cuja formação deram sua contribuição aqueles que depois deverão a ela obedecer?" BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia – uma defesa das regras do jogo**, p. 158

<sup>384</sup> "Para atribuir à lei enquanto tal também a proteção da liberdade negativa é preciso uma limitação ainda maior do seu significado. É preciso considerar como leis verdadeiras e próprias apenas aquelas normas de conduta que intervenham para limitar o comportamento dos indivíduos unicamente com o objetivo de permitir a cada um o desfrute de uma esfera própria de liberdade, protegida da eventual interferência de outros. Por mais estranha e historicamente insustentável que seja, esta interpretação da natureza "autêntica" da lei é tudo menos infrequente na história do pensamento jurídico. Corresponde à teoria, não sei se inaugurada mas certamente divulgada por Thomasius, segundo a qual a característica distintiva do direito com respeito à moral está no fato de ser constituído exclusivamente de preceitos negativos, resumíveis no *neminem laedere*. Também para Hegel o direito abstrato, que é o direito de que se ocupam os juristas, é composto apenas de proibições. Esta velha doutrina, que podemos chamar de "doutrina dos limites da função do direito" (que se integra historicamente com a doutrina dos limites do poder do estado), foi retomada e trazida novamente à luz do dia por um dos maiores defensores do estado liberal, Friedrich von Hayek, que entende por normas jurídicas propriamente ditas apenas aquelas que oferecem as condições ou os meios com os quais o indivíduo pode perseguir livremente os próprios fins sem ser impedido a não ser pelo igual direito dos outros. Não é por acaso que as leis assim definidas sejam, também para Hayek, imperativos negativos ou proibições." *Ibidem*, p. 159

<sup>385</sup> BOBBIO, Norberto. *op. cit.*, p. 150.

<sup>386</sup> PEÑA FREIRE, *op. cit.*, p. 50

período histórico do Estado Legislativo, no qual o princípio é identificado com a execução da lei.

Todavia, nesse período, o problema se concentrava em determinar o sentido desse processo executivo. A primeira tentativa de solução considerou tal execução uma simples particularização na atuação concreta dos mandados abstratos das normas, apoiada no exemplo histórico da sentença judicial aplicadora da lei, própria das práticas processuais revolucionárias francesas. Sob tal esquema judicial se forjou o conceito-chave de ato administrativo<sup>387</sup>.

No início essa idéia de discricionariedade, posteriormente denominada de doutrina da vinculação negativa da Administração, possibilitou o surgimento do vezo autocrático na Administração pública ao admitir a liberdade da atuação administrativa resumida a fórmula: a Administração poderia fazer não só o que a Lei expressamente autorizasse, mas tudo aquilo que a Lei não proibisse<sup>388</sup>.

Essa solução foi repudiada mais tarde ao se verificar que não se pode explicar a posição da lei frente à Administração com o mesmo raciocínio da posição da lei frente aos Tribunais. A diferença foi teoricamente apresentada por Julius von Stahl: os Tribunais têm como função própria realizar a execução da lei (adequação da hipótese normativa ao caso concreto), já a Administração tem como função própria realizar os diversos fins públicos materiais, devendo fazê-lo dentro dos limites da lei<sup>389</sup>.

A reação à doutrina de von Stahl se deu através da produção teórica sob influência kelseniana, que teve em Adolf Merkl seu principal defensor. Esta nova concepção, chamada de vinculação positiva da Administração pela legalidade, defende o condicionamento da Administração no seu conjunto ao Direito Administrativo e de cada ação administrativa isolada a um preceito jurídico-administrativo que admita semelhante ação. Portanto, se uma ação pretende apresentar-se como ação administrativa deve ser legitimada por um preceito jurídico que preveja semelhante ação, senão não poderá ser compreendida como ação do Estado<sup>390</sup>.

#### 4.1.1.3 A legitimidade e a legalidade administrativa no modelo de Estado *sub iure*

---

<sup>387</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo et FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1981. p. 365-366.

<sup>388</sup> *Ibidem*, p. 367-368.

<sup>389</sup> *Ibid.*, p. 366.

<sup>390</sup> *Ibid.*, p. 368.

Entende-se como Estado *sub iure* o modelo de legitimidade no qual tanto o plano formal, quanto o plano substancial propostos pelo Garantismo Jurídico que surgiria da constatação de que todos, não só os cidadãos, mas também os poderes públicos, os três: não só o judicial, mas também o executivo e o legislativo, estão submetidos à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico (logo a Constituição faz parte dele)<sup>391</sup>.

O governo *sub lege* nessa concepção tem dois sentidos: o sentido débil, lato ou formal – no qual qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercido nas formas e procedimentos por ela estabelecidos<sup>392</sup>. E o sentido forte, estrito ou substancial – no qual qualquer poder deve ser limitado pela lei, que condiciona não só suas formas mas também seus conteúdos.

No primeiro sentido - débil, lato ou formal - todos os ordenamentos jurídicos são compreendidos como Estados de Direito, inclusive os autoritários ou, pior ainda, os totalitários, nos quais em todo caso *lex facit regem* e o poder tem uma fonte e uma forma legal. A noção de legalidade - em sentido lato ou validade formal - exige somente que sejam predeterminados por lei os sujeitos titulares e as formas de exercício de todo poder.

No sentido forte, estrito ou substancial, que necessariamente implica o primeiro sentido débil, lato ou formal, são Estados de Direito os Estados constitucionais - e, em particular, os de constituição rígida como é tipicamente o italiano e o brasileiro -, que nos níveis normativos superiores incorporam limites não só formais, mas também substanciais ao exercício de qualquer poder. É a legalidade em sentido estrito, ou validade substancial, que requer além do mais que as matérias de competência e os critérios de decisão estejam legalmente pré-ordenadas e circunscritas, mediante obrigações e proibições<sup>393</sup>.

#### **4.1.2 Principia Iuris: a abordagem Garantista do Estado *sub iure* por meio de uma teoria axiomatizada**

Os paradigmas do Estado Constitucional de Direito e da Democracia Constitucional fazem parte da extensa e complexa releitura

---

<sup>391</sup> SERRANO, José Luis. *op. cit.* p. 114; cf. tb. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *op. cit.*, p. 51-64.

<sup>392</sup> *Ibidem*, p. 856.

<sup>393</sup> *Ibidem*, p. 856.

que Luigi Ferrajoli faz da relação entre Direito, Democracia e Razão em *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*, obra que se insere no segundo momento teórico do Garantismo Jurídico.

Esse momento teve início dez anos após o anúncio feito por Ferrajoli de que sua Teoria estaria acabada quando fosse publicada sua teoria do direito axiomatizada<sup>394</sup>. Durante todos esses anos as teses defendidas por Ferrajoli foram debatidas em vários eventos e publicadas em diversos livros. A maioria dessas publicações sempre contou com a participação do próprio autor o qual discutiu com os seus críticos cada objeção levantada às suas teses<sup>395</sup>.

*Principia iuris* é, portanto, fruto de um longo e intenso trabalho teórico de construção de teses e postulados que articulam Direito, Democracia e Razão por meio do método axiomático de forma a apresentar uma teoria do direito que possa

elaborar, analisar e explicitar a rede de relações lógicas entre conceitos e assertivas que compõem o modelo, não só explicativo mas também normativo, daquele complexo artifício que é o hodierno paradigma da democracia constitucional, caracterizado - nos seus diversos níveis, estatais e

---

<sup>394</sup> Para Tecla Mazzarese, "*La convicción de Ferrajoli en la doble interdependencia entre democracia y Derecho, por una parte, y Derecho y razón, por la otra, ha acompañado toda su producción científica, ya desde la publicación en 1970 de su primer libro, Teoría axiomatizada del derecho, y aún antes, como él mismo ha tenido ocasión de recordar, desde su tesis de licenciatura, en 1962, Sulla possibilità di una teoria del diritto come scienza rigorosa.*" MAZZARESE, Tecla. *Principia iuris: optimismo metodológico y reafirmación de la cultura de los derechos, DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 31, Alicante: 2008, p. 261-278.

<sup>395</sup> Veja-se: FERRAJOLI, Luigi. *Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una Teoría Axiomatizada del Derecho, Doxa*, [s.l.:s.n.], nº 20, p. 235-278, 1997. Cf. tb. FERRAJOLI, Luigi. **O Direito como sistema de garantias**. In: OLIVEIRA JR., José Alcebiades de (Org.). **O novo em Política e Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le ragioni del garantismo: discutendo con luigi ferrajoli**. Torino: Giappichelli, 1993; CARBONELL, Miguel et SALAZAR, Pedro (*edición de*). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta-III/UNAM, 2005; e, recentemente, o número 31 da revista DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho - no qual foram publicados os artigos e intervenções resultantes dos debates do encontro realizado nos dias 6 e 7 de dezembro de 2007 em Brescia que contou com a participação de Manuel Atienza, J. C. Bayón, M. Gascón, Riccardo Guastini, Juan José Moreso, Luis Prieto Sanchís, Danilo Zolo, Eugenio Bulgin, C. dalla Pozza, Mauro Palma, Michelangelo Bovero, Ernesto Garzón Valdés, G. Preterossi, P. Portinaro, A. Ruiz Miguel, Perfecto Andrés Ibáñez, Sabino Senese, M. Taruffo, Gustavo Zagrebelsky, D. Greco e Tecla Mazzarese.

supra estatais - pela normatividade do direito no confronto de si mesmo<sup>396</sup>.

O esforço empreendido por Ferrajoli na produção de uma Teoria do Direito e da Democracia por meio do método axiomático dirige-se para um objetivo presente desde a sua primeira publicação: o rigor científico aplicado ao Direito<sup>397</sup>.

A busca pelo rigor aplicado à teoria do direito o conduziu a optar pela axiomatização como método para elaboração de sua teoria. Com esse método estipula-se um número limitado de termos primitivos e de postulados e se utilizam como outros termos da teoria somente os termos definidos por meio dos termos primitivos ou dos termos anteriormente definidos. Parte da aceitação, enfim, como outras teses da teoria somente as que consistem em definições ou em teoremas derivados dos postulados, ou das definições, ou de outros teoremas sobre a base de regras de formação e de transformação previamente estabelecidas.

A obra *Principia iuris*, explica o jurista italiano, compõe-se de quatro partes dedicadas, respectivamente, à deontica, ao Direito Positivo, ao Estado de Direito e às forma jurídicas da democracia.

Essa opção, manifestada com a publicação de *Teoria assiomaticizzata del diritto* em 1970<sup>398</sup> foi alvo de objeção por Jerzy Wróblewski, o qual apresentou três críticas no artigo "Axiomatization of legal theory" publicado no terceiro número da *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*: a) menor simplicidade em relação a outras teorias construídas com o método tradicional; b) caráter muito restrito do objeto; c) caráter dedutivo das teses sobre liberdade e sobre propriedade e da crítica realizada desses conceitos com explícito acento de posicionamentos políticos<sup>399</sup>.

<sup>396</sup> "elaborare, analizzare ed esplicitare la rete delle relazioni logiche tra concetti e asserti che compongono il modello, non solo esplicativo ma anche normativo, di quel complesso artificio che è l'odierno paradigma della democrazia costituzionale, caratterizzato – ai suoi diversi livelli, statali e sovrastatali – dalla normatività del diritto nei confronti di se medesimo"

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, p. IX

<sup>397</sup> *Sulla possibilità di una teoria del diritto come scienza rigorosa*, tese de licenciatura, 1962. MAZZARESE, Tecla. *Principia iuris: ottimismo metodológico y reafirmación de la cultura de los derechos*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008), pp. 261-278, p. 262.

<sup>398</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Teoria assiomaticizzata del diritto*. Milano: Giuffrè, 1970.

<sup>399</sup> FERRAJOLI, Luigi. Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una Teoría Axiomatizada del Derecho, DOXA, Alicante, nº 20, p. 235-278, 1997. Veja-se, também, a resposta de Luigi Ferrajoli: FERRAJOLI, Luigi. *Risposta all'articolo "Axiomatization of legal theory" di Jerzy Wróblewski*, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano: Giuffrè, IV Serie, n. L, p. 148-151, 1973.; na nota de rodapé n. 1 de *Principia Iuris: Teoria del diritto e della*

Outros autores também criticaram essa opção metodológica, como Marina Gascón Abellán, para quem

cabria questionar a função prática que o autor atribui à axiomatização, e em particular poder-se-ia por seriamente em dúvida - por conta do que se afirma - que a axiomatização mediante a reconstrução de toda a linguagem teórica faça com que a teoria resulte acessível aos não especialistas em direito.<sup>400</sup>

Manuel Atienza também vê a utilização do método axiomático como um problema:

Pois a teoria jurídica de Ferrajoli não é só puramente formal, senão também consideravelmente estipulativa para que seus conceitos possam ser apresentados em forma axiomática. O problema é que com isso se põe em sério risco a praticabilidade dessa teoria: não só pela dificuldade intrínseca de assimilar um número tão impressionante de postulados, definições e teoremas, senão também pelo grau de artificiosidade da construção.<sup>401</sup>

Muito embora reconheça a existência dessas dificuldades, Ferrajoli defende que o método axiomático, ainda assim, apresenta extraordinárias vantagens quando analisados os seus pressupostos da formalização e da axiomatização da teoria do Direito que determinam o

*democracia*, Ferrajoli esclarece a opção pelo método e apresenta os vários trabalhos realizados por ele a esse respeito antes da publicação dos dois volumes com a teoria completa.

<sup>400</sup> "cabría cuestionar la función práctica que el autor atribuye a la axiomatización, y en particular se podría poner seriamente en duda - en contra de lo que se afirma - que la axiomatización mediante la reconstrucción de todo el lenguaje teórico haga que la teoría también resulte accesible a los no expertos en derecho" ABELLÁN, Marina Gascón. *Principia iuris: caracterización de una teoría jurídica*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008), pp. 233-244, p. 242

<sup>401</sup> "Pues la teoría jurídica de Ferrajoli no es sólo puramente formal, sino también considerablemente estipulativa, a fin de que sus conceptos puedan ser presentados en forma axiomática. El problema es que con ello se pone en serio riesgo la practicabilidad de esa teoría: no sólo por la dificultad intrínseca de asimilar un número tan impresionante de postulados, definiciones y teoremas, sino también por el grado de artificiosidad de la construcción". ATIENZA, Manuel. *Tesis sobre Ferrajoli*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008), pp. 213-216, p. 216.

caráter artificial da linguagem teórica e a diferenciam da linguagem dogmática das disciplinas jurídico-positivas; e o da incompletude do sistema teórico, que permite desenvolvimentos teóricos posteriores<sup>402</sup>.

Desses pressupostos decorrem a vantagem do máximo rigor científico e a vantagem da máxima capacidade explicativa proporcionada pelo emprego de sua teoria que se desdobram em quatro aspectos: a) univocidade semântica; b) coerência interna do discurso teórico; c) transparência das escolhas que estão por trás da teoria; e, d) fecundidade do método<sup>403</sup>.

A crítica ao método axiomático, entretanto, encontra em um dos principais críticos do positivismo jurídico e da dogmática jurídica nos anos setenta e oitenta no Brasil, Luiz Alberto Warat, um ponto de convergência.

Ao tratar da relação entre dogmática e tópica, Warat defende que o raciocínio dedutivo e demonstrativo admitidos pela dogmática, utilizados como método de interpretação da lei, poderiam ser não só suficientes, mas ideais para a solução adequada dos conflitos jurídicos desde que a realidade jurídica fosse suscetível de ser manipulada a partir de axiomas<sup>404</sup>.

Obviamente o argumento sustentado por Warat é um ataque ao positivismo dogmático e uma defesa da Tópica como melhor método para o enfrentamento dos problemas de interpretação da lei. Todavia, ele sinaliza uma condição que pode ser colocada à prova - a possibilidade de se manipular a realidade jurídica a partir de axiomas - com a teoria proposta por Ferrajoli.

A possibilidade de manipular a realidade jurídica a partir de axiomas e o rigor buscado para a teoria do direito, entre os vários aspectos a serem explorados em relação ao uso do método axiomático, são, contudo, preteridos em razão de uma preocupação maior com a utilidade desse método.

Essa preocupação levantou e ainda levanta dúvidas, tendo em vista se tratar de uma linguagem dominada por poucos e que pode desinteressar os leitores, ou, tendo em vista parecer excessivamente complicada para aqueles juristas distantes por formação, cultura e

---

<sup>402</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Una discusión teórica*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008), pp.393-434. p. 395-6.

<sup>403</sup> Ibidem, p. 396

<sup>404</sup> WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: SAFe, 1995. p. 30

prática profissional do universo cultural de uma teoria axiomatizada do Direito<sup>405</sup>.

#### 4.1.2.1 O paradigma do Estado Constitucional de Direito: a teoria normativa do Estado Constitucional axiomatizada

O paradigma do Estado Constitucional de Direito é um paradigma da linguagem da teoria do direito que consiste numa teoria formal, dividida em três partes: semântica, pragmática e sintaxe. A semântica e a sintaxe da teoria definem, conforme esclarece Moreso, o que se conhece como ontologia de domínio na linguagem da ciência da computação e da informática, uma especificação explícita de uma conceitualização:

Delimita-se um conjunto de entidades que constituem um determinado universo do discurso no qual se estabelecem definições de propriedades, relações e funções. Um conjunto de axiomas formais condicionam a interpretação e o uso adequado dos termos usados.<sup>406</sup>

Enquanto que a pragmática se ocupa da

finalidades explicativas dos conceitos e das assertivas teóricas, os seus condicionamentos históricos e ideológicos, as suas interações com o senso comum, o papel crítico e projetual por ela sugeridos nos confrontos das antinomias e das lacunas presentes nos sistemas jurídicos concretos.<sup>407</sup>

---

<sup>405</sup> SENESE, Salvatore. *Consideraciones extravagantes de un <<jurista empírico>>*, **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008), pp. 369-382

<sup>406</sup> "Se delimita un conjunto de entidades que constituyen un determinado universo del discurso en el que se establecen definiciones de propiedades, relaciones y funciones. Un conjunto de axiomas formales condicionan la interpretación y el uso adecuado de los términos usados." MORESO, Juan José. *Ferrajoli o el constitucionalismo optimista*, **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008), pp. 279-288, p. 280.

<sup>407</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, p. VI (*finalità esplicative dei concetti e degli asserti teorici, i loro condizionamenti storici e ideologici, la loro interazione con il senso comune, il ruolo critico e progettuale da essi suggerito nei confronti delle antinomie e delle lacune presenti nei concreti sistemi giuridici*).

O paradigma da Democracia Constitucional, por sua vez, é um paradigma da linguagem da teoria normativa, ou substantiva como defende Moreso<sup>408</sup>, um modelo normativo que trata da relação entre Democracia e Constituição. Não se trata, portanto, de uma linguagem teórica, axiomatizada, mas de uma linguagem própria do discurso do projeto político que constitui o paradigma.

A partir desses dois paradigmas são oferecidos recursos linguísticos distintos de análise do Estado Constitucional de Direito que compõem a proposta constitucionalista do Garantismo Jurídico para o direito público, o direito privado e o direito internacional. Uma proposta de um sistema de normas metalegais destinadas ao legislador e aos outros poderes públicos, chamada de Constituição, que pode ser resumida na expressão "*il diritto sul diritto*"<sup>409</sup>. Nos termos defendidos por Ferrajoli:

O estado constitucional de direito outra coisa não é senão <<direito sobre direito>>: a coesão dos limites e dos vínculos jurídicos – da forma e da substância – que deverá circundar qualquer exercício de poder, não só público mas também privado, não só executivo mas também legislativo, e não só dentro dos ordenamentos estatais mas também nas relações internacionais. A técnica jurídica sobre a qual ele se funda é a articulação do ordenamento sobre muitos níveis, cada um dos quais regulador em confronto com aquele de grau inferior e regulado por aquele de grau superior, modelo do constitucionalismo rígido produzido na Europa na segunda metade do século XX. Graças ao paradigma constitucional, o direito não regula mais somente o seu <<ser>> mas também o seu

---

<sup>408</sup> MORESO, Juan José, *op. cit.*, p. 280.

<sup>409</sup> "*Questo diritto sul diritto, questo sistema di norme metalegali destinate al legislatore e agli altri pubblici poteri è quella che più oltre chiamerò costituzione: la quale, se democratica, è la convenzione intorno non solo alle forme politicamente rappresentative delle decisioni legislative, ma anche a ciò che è da queste indecidibile, o perché non può essere deciso o perché non può non essere deciso. E questa convenzione – nella quale ben possiamo riconoscere la forma positiva concretamente assunta dal contratto sociale ipotizzato dalle filosofie contrattualistiche – altro non è, nella sua parte sostanziale, che la stipulazione di quelle norme che sono i diritti ritenuti «fondamentali»: cioè di quei diritti elaborati dalla tradizione giusnaturalistica, alle origini dello Stato moderno, come «innati» o «naturali» e divenuti, una volta sanciti da quei contratti sociali in forma scritta che sono appunto le costituzioni, diritti positivizzati di rango costituzionale.*" FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**, p. 848

<<dever ser>>; não programa unicamente os comportamentos humanos mas propõe também ele mesmo, vinculando-se a uma escolha positiva (de fazer) e negativa (de não fazer) a garantia dos direitos fundamentais; não se funda somente sobre o princípio <<auctoritas, non veritas facit legem>>, mas também sobre o princípio da coerência, pelo qual a <<veritas>> que logicamente deve contrapor o juízo de compatibilidade da norma de grau inferior em relação a de grau superior. E realiza, conseqüentemente, através dos vínculos de forma e de substância impostos para a sua produção, a superação da velha dicotomia expressa pelas duplas <<auctoritas>>/<<veritas>>, <<racionalidade formal>>/<<racionalidade substancial>>, com as quais vem comumente evitada a oposição entre o paradigma juspositivista e o paradigma jusnaturalista.<sup>410</sup>

Para Luis Prieto Sanchís a proposta de Ferrajoli aposta, diferentemente das propostas chamadas de conflitualistas<sup>411</sup>, em favor de direitos fundamentais intensos, mais fortes, ao contrário de uma visão

---

<sup>410</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, p. 487. (Lo stato costituzionale di diritto altro non è che questo «diritto sul diritto»: l' insieme dei limiti e dei vincoli giuridici – di forma e di sostanza – che dovrebbero circondare qualunque esercizio di potere, non solo pubblico ma anche privato, non solo esecutivo ma anche legislativo, e non solo entro gli ordinamenti statali ma anche nelle relazioni internazionali. La tecnica giuridica sulla quale esso si fonda è l' articolazione dell' ordinamento su più livelli, ciascuno dei quali regolativo nei confronti di quello di grado inferiore e regolato da quello di grado superiore, sul modello del costituzionalismo rigido sviluppatosi in Europa nel secondo Novecento. Grazie al paradigma costituzionale, il diritto non regola più solo il suo «essere» ma anche il suo «dover essere»; non programma soltanto i comportamenti umani ma progetta anche se medesimo, vincolandosi a scelte positive (di fare) e negative (di non fare) a garanzia dei diritti fondamentali; non si fonda più solo sul principio «auctoritas, non veritas facit legem», ma anche sul principio della coerenza, e quindi della «veritas» che logicamente deve contrassegnare il giudizio di compatibilità delle norme di grado inferiore rispetto a quelle di grado superiore. E realizza quindi, attraverso i vincoli di forma e di sostanza imposti alla sua produzione, il superamento della vecchia dicotomia espressa dalle coppie «auctoritas»/«veritas», «razionalità formale»/«razionalità sostanziale», con cui viene comunemente declinata l' opposizione tra paradigma giuspositivistico e paradigma giusnaturalistico).

<sup>411</sup> São conflitualistas as propostas que admitem a colisão entre direitos fundamentais e sua solução por meio da ponderação de valores.

que defende a maior extensão desses direitos a cargo da argumentação e da interpretação jurídicas.

## 4.2 A TÉCNICAS DE LEGITIMAÇÃO DO MODELO GARANTISTA DE LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Um modelo garantista de legalidade administrativa também deve compreender técnicas que reflitam a legitimidade esperada do Estado Constitucional de Direito. Invariavelmente essas técnicas divergem de outros modelos de Estado de Direito e acentuam a expectativa de coerência que essa proposta teórica carrega consigo.

São as técnicas que viabilizam o atendimento aos critérios de legitimação do Estado Constitucional de Direito e que interferem diretamente nos domínios conceituais da dogmática jurídica.

### 4.2.1 A validade normativa garantista e suas teses sobre a aplicação das normas

Diante do quadro conceitual do Estado Constitucional de Direito, identificado pela incorporação de diversos princípios ético-políticos a seus estatutos fundamentais, o Garantismo Jurídico propõe o estabelecimento de uma diferença entre "ser" e "dever ser" no Direito.

Essa abordagem redefine os conceitos de validade, vigência e eficácia e compreende a garantia dos direitos fundamentais como categoria central dos modernos sistemas jurídicos<sup>412</sup>.

Nesse modelo, uma norma para ser considerada válida deve obedecer não somente aos seus requisitos formais, mas também aos requisitos substanciais para a sua produção. Da análise do primeiro requisito estabelece-se um juízo quanto à vigência normativa e da análise do segundo, verifica-se a validade da norma.

Com relação à validade, o Garantismo rompe a tradição positivista que reduzia a validade de uma norma à sua eficácia ou à sua mera validade formal ao demonstrar que uma norma para ser válida deve obedecer não somente aos seus requisitos procedimentais, mas também aos substanciais. Para Ferrajoli esse rompimento pontual com o

---

<sup>412</sup> Para Alfonso Ruiz Miguel Ferrajoli inova ao propor uma distinção em aberto, em que vigência é condição necessária, mas não suficiente de validade, tendo em vista evitar o máximo possível e estimular a crítica dos descumprimentos de direitos constitucionais por parte do Estado. MIGUEL, Ruiz Alfonso. *Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista*. in: CARBONELL, Miguel et SALAZAR, Pedro. *Garantismo. Estudios sobre el penamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta,

positivismo do Estado Legal<sup>413</sup>, do qual se originou o paradigma paleopositivista<sup>414</sup>, se deve, entre outros fatores, à natureza formal dos atos linguísticos produzidos juridicamente<sup>415</sup> no Estado Constitucional de Direito<sup>416</sup>, do qual se origina o paradigma jus-constitucionalista<sup>417</sup>:

<sup>413</sup> *"un modello di ordinamento nel quale la legge, qualunque ne sia il contenuto, è condizionante della validità e dell'efficacia degli atti da essa previsti."*, FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**, p. 485

<sup>414</sup> Nesse paradigma as condições de validade das leis se identificam com o princípio puramente formal da validade como positividade.

<sup>415</sup> *"Gli atti formali, in opposizione a quelli informali (T9.14), sono comportamenti in senso lato linguistici, ossia consistenti in segni dotati di significato (T9.16), la cui efficacia dipende dalle forme nelle quali sono espressi (T9.17): come le leggi, gli atti amministrativi, le sentenze, i negozi giuridici e, per altro verso, le autorizzazioni, le approvazioni, le ratifiche, le certificazioni, le notificazioni e simili. Gli atti informali sono invece gli atti non formali (T9.15), la cui efficacia non richiede nessuna forma di espressione (T9.18): vi rientrano tutti gli atti non linguistici (T9.19), come i reati, gli atti di pagamento, le prestazioni soddisfatorie e simili. Non necessariamente la natura in senso lato «linguistica» degli atti formali richiede una forma verbale. Un comportamento concludente – per esempio il gesto con cui prendo un giornale in un'edicola e lo mostro al giornalaio consegnandogli il prezzo – non è un atto verbale, ma è certamente un atto formale, in senso lato linguistico, essendo interpretabile, per la sua forma inequivoca, come un segno dotato del significato giuridico di una manifestazione di volontà e precisamente di una proposta di compravendita."* (Os atos formais, em oposição aos informais (T9.14), são comportamentos, em sentido amplo, linguísticos, ou seja, consistem em signos dotados de significado (T9.16) cuja eficácia depende da forma na qual são expressos (T9.17): como as leis, os atos administrativos, as sentenças, os negócios jurídicos e, de outro lado, as autorizações, as aprovações, as ratificações, as certificações, as notificações e similares. Os atos informais são, ao contrário, os atos não formais (T9.15) cuja eficácia não exige nenhuma forma de expressão (T9.18): encontram-se aqui todos os atos não linguísticos (T9.19), como os delitos, os atos de pagamento, as prestações satisfatórias e similares. Não necessariamente a natureza em sentido amplo <<linguística>> dos atos formais requer uma forma verbal. Um comportamento concludente – por exemplo, o gesto com o qual pego um jornal em uma banca e o mostro ao jornaleiro, pagando-lhe o seu valor – não é um ato verbal, mas é certamente um ato formal, em sentido linguístico lato, sendo interpretável, por sua forma inequívoca, como um sinal dotado do significado jurídico de uma manifestação de vontade e precisamente de uma proposta de compra-e-venda.). FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**, p. 494.

<sup>416</sup> *"Intenderò d'ora in poi «stato di diritto» nel secondo senso, stretto o forte, riferendomi prevalentemente all'esperienza dello stato costituzionale di diritto sviluppatasi in Europa nel secondo dopoguerra con l'introduzione delle costituzioni rigide. Il tratto caratteristico di questa formazione è la regolazione normativa, espressa dai nostri postulati P10 e P11 e dalle tesi T8.56-T8.78, non solo – come in qualsiasi sistema di diritto positivo – di tutti gli atti, ma anche dei loro effetti; non solo, più precisamente, di quei particolari atti che sono le fonti di produzione normativa, ma anche delle norme che ne sono gli effetti; non solo, conseguentemente, delle forme di tali atti, ma anche dei loro contenuti o significati normativi, ossia delle prescrizioni nelle quali i loro effetti consistono. In altre parole, se «diritto positivo» è qualunque sistema di norme «poste» o prodotte nelle forme normativamente prefigurate, «stato (costituzionale) di diritto» è un sistema in cui la produzione di norme è regolata normativamente non solo quanto alle forme di produzione ma anche quanto ai significati prodotti. Si tratta, evidentemente, di un sistema dotato rispetto al primo di una maggiore complessità, a causa dei requisiti da esso imposti non solo alla forma degli atti di produzione*

Aquilo que é comum a todos os atos formais é a sua natureza de atos linguísticos, cuja forma jurídica é condição necessária e suficiente de sua existência (T9.20), como signos e ao mesmo tempo causas de seus significados (T9.21, T9.22). Todos, efetivamente, são estruturalmente caracterizados por dois elementos: por (ao menos) uma forma e por (ao menos) um significado (T9.23). E como são formais todos os atos de produção do direito, é precisamente sobre sua natureza linguística que se funda a concepção do direito como língua e como linguagem. Ao contrário, os atos informais – como os ilícitos ou os adimplementos contratuais –, não sendo atos linguísticos, não requerem nenhuma forma e não exprimem nenhum significado (T9.24), mas são relevantes para o direito em razão da sua intrínseca materialidade<sup>418</sup>.

---

*del diritto quali condizioni della loro esistenza o positività, ma anche alla loro sostanza, cioè ai loro effetti o significati – siano essi norme, o situazioni o status – quali condizioni della loro validità e legittimità.*" Ibidem, p. 486

<sup>417</sup> "Non riguardano invece le forme, ma i significati o i contenuti (cioè il *quid*) degli atti precettivi, e in particolare di quelli normativi, i tratti distintivi del **costituzionalismo giuridico**: in forza dei quali, come mostrerò, la lingua giuridica non è soltanto una lingua artificiale, ma è anche una lingua di cui sono più o meno rigidamente prestabilite, oltre alle regole sintattiche sulla formazione degli atti linguistici, anche quelle semantiche sui significati o contenuti in essa ammessi o autorizzati. Sotto questo aspetto il costituzionalismo è un perfezionamento del positivismo giuridico e lo stato costituzionale di diritto è un completamento di quello legislativo di diritto. È poi appena il caso di aggiungere che i vincoli di contenuto imposti dalle regole semantiche ai significati degli atti normativi prodotti sono di solito meno rigidi, per il loro significato più indeterminato, dei requisiti di forma, empiricamente più determinati, imposti dalle regole sintattiche sulle loro forme; e minore, conseguentemente, è il grado di certezza sostanziale, rispetto a quello di certezza formale, in base ad essi raggiungibile." (grifo acrescentado), Ibidem, p. 493

<sup>418</sup> Ibidem, p. 495. (Ciò che accomuna tutti gli atti formali è la loro natura di atti linguistici, la cui forma giuridica è condizione necessaria e sufficiente della loro esistenza (T9.20), quali segni e al tempo stesso cause dei loro significati (T9.21, T9.22). Tutti, infatti, sono strutturalmente caratterizzati da due elementi: da (almeno) una forma e da (almeno) un significato (T9.23). E poiché sono formali tutti gli atti di produzione del diritto, è precisamente sulla loro natura linguistica che si basa la concezione del diritto come lingua e come linguaggio. Al contrario, gli atti informali – come gli illeciti o gli adempimenti contrattuali –, non essendo atti linguistici, non richiedono nessuna forma e non esprimono nessun significato (T9.24), ma vengono in rilievo per il diritto a causa unicamente della loro intrínseca materialità).

A consequência que se extrai do fato de que todos os atos formais são caracterizados por dois elementos, ao menos uma forma e ao menos um significado, e de que a forma jurídica é condição necessária e suficiente da existência dos atos formais produzidos pelo direito, tendo em vista que são ao mesmo tempo signos e causas de seus significados, é a da concepção do direito como língua e como linguagem. Diferentemente dos atos formais, os atos informais são relevantes para o direito apenas em razão de sua materialidade, pois não se constituem em atos linguísticos ao não requererem nenhuma forma e não exprimirem nenhum significado<sup>419</sup>.

A segunda classificação que ganha importância para a análise das técnicas de legitimação do modelo de legalidade administrativa a partir da Teoria Garantista da Validade é a que divide os atos formais em atos prescritivos e atos instrumentais. Os atos prescritivos são "(...) *tutti gli atti consistenti in precetti, dai negozi privati ai provvedimenti pubblici, il cui significato è una norma o una situazione o uno status*"<sup>420</sup>. E os atos instrumentais são

atos necessários ao aperfeiçoamento dos atos prescritivos como elementos de sua forma mas dotados, dentro do procedimento decisório, de eficácia própria: como as propostas contratuais, as citações em juízo, as denúncias, as notificações, as autorizações, as aprovações e similares.<sup>421</sup>

Os atos prescritivos<sup>422</sup> são, ainda, subdivididos em dois tipos, a decisão e o ato constitutivo. A decisão é

<sup>419</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, p. 494.

<sup>420</sup> (todos os atos consistentes em preceitos, dos negócios privados aos atos de direito público, cujo significado é uma norma, uma situação ou um status). *Ibidem*, p. 495

<sup>421</sup> "(...) *atti necessari al perfezionamento degli atti precettivi quali elementi della loro forma ma dotati, entro il procedimento decisionale, di autonoma efficacia: come le proposte contrattuali, le citazioni in giudizio, le denunce, le notificazioni, i nulla-osta, le autorizzazioni, le approvazioni e simili*) *Ibidem*, p. 495

<sup>422</sup> "D9.7 'Atto precettivo' è qualunque atto formale consistente in un precetto ed avente per effetto e significato norme o situazioni che esso è abilitato a produrre a condizione che siano osservate tutte le norme deontiche di grado ad esse sopraordinato, oppure status precostituiti come suoi effetti dalla norma ipoteticocostitutiva che lo prevede." FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, p. 504

qualquer ato prescritivo habilitado a produzir como resultados as situações ou as normas por ela previstas como significados, com a condição que sejam observadas todas as normas deônticas de grau superior a ela.<sup>423</sup>

O ato constitutivo, por sua vez, "é qualquer ato prescritivo constitutivo, cujo significado prescritivo não seja uma situação, mas um status jurídico."<sup>424</sup>

Observa-se, a partir das categorias até agora descritas, que os resultados dos atos podem se dar de três tipos diferentes: norma, situação e status jurídicos. Na linguagem teórica do Garantismo, norma jurídica "qualquer regra que seja produzida por um ato jurídico"<sup>425</sup>; situação jurídica é " (...) qualquer modalidade ou expectativa positiva ou negativa de um ato jurídico"<sup>426</sup>; e status jurídico "(...) O status jurídico é um status que supõe uma causa da qual é efeito e que, onde não seja ele mesmo uma regra, é previsto por uma regra que, por sua vez, pressupõe uma causa"<sup>427</sup>.

Para se saber se o efeito de uma decisão, ou seja, se a expectativa positiva de um ato jurídico por ele prescrita como significado observou todas as normas deônticas superiores a ele, nos termos acima expostos, é necessário percorrer o caminho correspondente à aplicação das normas proposto em *Principia iuris*.

#### 4.2.1.1 As técnicas garantistas sobre a aplicação normativa

---

<sup>423</sup> (...) qualunque atto precettivo abilitato a produrre come effetti le situazioni o le norme da esso prescritte come significati, a condizione che siano osservate tutte le norme deontiche di grado a queste sopraordinato). Ibidem, p. 508.

<sup>424</sup> (...) è qualunque atto precettivo costitutivo, il cui significato prescrittivo non sia una situazione ma uno status giuridico) Ibidem, p. 508

<sup>425</sup> (...) è qualunque regola che sia prodotta da un atto giuridico) Ibidem, p. 416

<sup>426</sup> (qualunque modalità o aspettativa positiva o negativa di un atto giuridico.) Ibidem, p. 301

<sup>427</sup> (è lo status che suppone una causa della quale è effetto e che, ove non sia esso stesso una regola, è previsto da una regola che suppone a sua volta una causa). Também é relevante assinalar que "Si è visto che lo status è, nel linguaggio della deontica, la posizione o l'identità di un individuo istituita da un precetto costitutivo entro un qualsiasi sistema normativo: per esempio l'identità di «torre» nel gioco degli scacchi, o di «portiere» nel gioco del calcio. Lo 'status giuridico' è pertanto la posizione o l'identità entro un sistema specificamente giuridico, conferita da un precetto costitutivo (T7.1) consistente in un atto (T7.2) che più oltre chiamerò 'atto costitutivo' (D9.10), a un qualsiasi individuo, sia esso un soggetto o un oggetto." Ibidem, p. 343

Assim como ocorre com os atos jurídicos na abordagem teórica garantista, a aplicação jurídica é analisada por meio da utilização de categorias que expressem a rigidez conceitual exigida pelo método axiomático, bem como configurem as relações existentes no universo linguístico que é o ordenamento jurídico entre atos de produção das regras sintáticas e semânticas da língua jurídica e atos de observância, ou seja, de aplicação ou de respeito das mesmas regras na linguagem da comunicação jurídica<sup>428</sup>.

Essas duas categorias, aplicação e respeito, são construídas por Ferrajoli a partir da distinção feita por Kelsen entre criação e aplicação do direito.

Para o autor da Teoria Pura do Direito, a criação de uma norma jurídica normalmente é a aplicação de uma norma a ela superior que regula tal criação, e a aplicação de uma norma superior é, normalmente, a criação de uma norma inferior determinada pela superior. Ou seja, a criação do direito é sempre aplicação do direito e não há entre os dois conceitos oposição absoluta<sup>429</sup>.

Ferrajoli explora essa relação entre a aplicação e a criação do direito levando em conta que os comportamentos os quais se observem regras deonticas podem ser obrigatórios ou facultativos. Em outras palavras, deve se levar em consideração na formulação desses conceitos que fazer aquilo que uma regra prescreve é distinto de fazer tudo o que essa regra não proíbe. No primeiro caso deve se fazer exatamente o que a regra obriga e no segundo pode se fazer tudo aquilo que a regra não proíbe<sup>430</sup>.

Por essa razão, para Ferrajoli, aplicação é "é o ato formal ou a decisão cujas formas e/ou os significados sejam obrigatórios, ou seja, observantes das obrigações predispostas pelas normas, respectivamente formais e substanciais, sobre sua produção"<sup>431</sup>. E respeito é " a decisão cujo significado não seja proibido, ou seja, não contraste com as normas substanciais sobre sua produção"<sup>432</sup>.

<sup>428</sup> Ibidem, p. 557

<sup>429</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 161-165

<sup>430</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, p. 557

<sup>431</sup> (o ato formal ou a decisão cujas formas e/ou cujos significados são obrigatórios, ou seja, observadas as obrigações predispostas pelas normas, respectivamente formais e substanciais, sobre sua produção.). Ibidem, p. 557

<sup>432</sup> (*la decisione il cui significato non sia vietato, ossia non contrasti con le norme sostanziali sulla sua produzione*). Ibidem, p. 557

A aplicação ainda comporta duas subdivisões que são a aplicação formal: "(...) é o ato formal cujas formas consistem na observância obrigatória das normas formais sobre sua produção"<sup>433</sup>; e a aplicação substancial: "(...) é a decisão cujos significados consistem na observância das normas substanciais sobre sua produção"<sup>434</sup>.

O respeito se caracteriza, diversamente da aplicação, por se dirigir somente às decisões nas quais ocorrem normas substanciais que não vinculam de maneira obrigatória o conteúdo das decisões mas formulam regras ou princípios com as quais devem informar-se, sendo observadas ou simplesmente não sendo por elas contrariadas<sup>435</sup>.

Em outras palavras, na fenomenologia da observância das normas sobre a produção, a aplicação refere-se aos atos formais ou decisões cujas forma e significado sejam obrigatórios - constitui, portanto, uma «*fattispecie*», um pressuposto substancial que deve ser obrigatoriamente verificado e qualificado juridicamente - e o respeito condiz com decisões as quais não seja vedado o seu significado<sup>436</sup>.

Tomando-se em conta as subdivisões que surgem dessas categorias, tem-se quatro tipos de observância: aplicação, aplicação formal, aplicação substancial e respeito. Entre esses quatro tipos e os atos formais existem relações de equivalência entre o ato formal e a aplicação, que se não for verificável ao menos uma das formas carecerá de vigência; entre os atos formais não consistentes em decisões e a aplicação, que não for verificável a aplicação de todas as normas formais sobre sua produção, configurará uma invalidade; entre as

<sup>433</sup> "(...) è l'atto formale le cui forme consistono nell'osservanza obbligatoria delle norme formali sulla sua produzione." Ibidem, p. 559

<sup>434</sup> "(...) è la decisione i cui significati consistono nell'osservanza obbligatoria delle norme sostanziali sulla sua produzione." Ibidem, p. 559

<sup>435</sup> "È quanto accade nelle decisioni con cui vengono esercitati poteri autonomi o discrezionali - come la funzione legislativa, le funzioni amministrative e l'autonomia negoziale - e a cui si richiede soltanto l'osservanza del divieto di contraddire i significati delle norme sostanziali di grado ad esse sopraordinato. Una legge in materia di stampa, per esempio, è osservante delle norme costituzionali sostanziali sulla sua produzione, e in particolare del principio della libertà di manifestazione del pensiero, ove solo 'rispetti', ossia non contraddica tale libertà e non violi i divieti ad essa corrispondenti; un negozio giuridico, a sua volta, è osservante delle norme sostanziali sulla sua produzione ove la sua causa non sia illecita, ossia 'rispetti' o non sia contraria, come impone l'art. 1343 del codice civile italiano, «a norme imperative o all'ordine pubblico o al buon costume»; così come lo è un provvedimento amministrativo le cui disposizioni 'rispettino', ossia non contrastino con norme di legge. In breve, diremo, solo l'applicazione sostanziale, e non anche il rispetto, suppone la prefigurazione di una «*fattispecie*» o, comunque, di un presupposto sostanziale che è obbligatorio accertare e qualificare giuridicamente." Ibidem, p. 557

<sup>436</sup> Ibidem, p. 558

decisões e a aplicação ou o respeito, dependendo do caso, que restará inválida se todas as normas, formais e substanciais, sobre sua produção não forem observadas<sup>437</sup>.

Após essa definição, outras quatro categorias são acrescentadas por Ferrajoli à análise da forma e da substância dos atos para tratar dos predicados que desses dois elementos são extraídos. A conformidade, que ocorre quando as formas do ato produzido observam as normas formais para a sua produção. A coerência, que se dá quando os significados do ato observam as normas substanciais sobre a sua produção. A correspondência, que consiste na observância do conjunto das *"forme e dei significati degli atti formali e delle decisioni vincolati all'osservanza delle norme, formali o sostanziali, sulla loro produzione"*. E a subsunção, que se verifica quando o *"significato di una decisione obbligatoriamente vincolato all'osservanza della norma sostanziale sulla sua produzione"*<sup>438</sup>.

A partir dessas distinções e definições o autor formula duas teses. A tese de que todas as normas deonticas, inclusive as que se requer somente o respeito, são passíveis de aplicação substancial, o que também significa que são passíveis de aplicação jurisdicional. E a tese de que a produção das normas sobre produção, bem como, a aplicação e o respeito, são atividades linguísticas "a primeira como estipulação de regras de formação (ou sintática) e de regras de uso (ou semânticas) dos signos da **língua** jurídica, a segunda e a terceira como expressões dos significados da **linguagem** jurídica"<sup>439</sup>.

Essa descrição das distinções entre as categorias utilizadas por Ferrajoli para a aplicação das normas jurídicas serve de base para a distinção entre as funções de governo e funções de garantia, que se caracterizam por serem exercidas legitimamente quando expressem a discricionariedade da ação política e a submissão à legalidade, respectivamente.

#### **4.2.2 Funções e Instituições de Governo e Funções e Instituições de Garantia: a redefinição garantista da Separação de Poderes a partir da esfera do decidível e do indecidível**

A teoria da Separação de Poderes, desde o seu surgimento, sempre foi apresentada como um dos fundamentos, em geral o mais

---

<sup>437</sup> Ibidem, p. 560

<sup>438</sup> Ibidem, p. 561

<sup>439</sup> Ibidem, p. 565

relevante, para traçar os limites de independência entre os poderes estatais numa complexa interação entre a separação de poderes e outras teorias constitucionais que predominaram na Inglaterra do século XVII<sup>440</sup>.

Uma das teses defendidas por Ferrajoli no paradigma do Estado Constitucional de Direito parte da constatação de que a clássica divisão de poderes do século XVIII é inadequada para dar conta da complexidade da esfera pública das democracias contemporâneas porque no plano descritivo dos sistemas políticos atuais não se percebe uma separação, mas uma cooperação entre poderes, também porque no plano axiológico a quantidade de funções designadas à esfera pública não é compatível com a tripartição de Montesquieu<sup>441</sup>.

Nesse último aspecto, as funções designadas para a esfera pública<sup>442</sup> no paradigma do Estado Constitucional de Direito são definidas a partir da "esfera do indecível", caracterizada por

(...) os direitos fundamentais circunscrevem aquela que podemos chamar de esfera do não decidível: do não decidível que, ou seja das proibições correspondentes aos direitos de liberdade e do não decidível que não, ou seja das

---

<sup>440</sup> "La doctrina de la separación de poderes hunde sus raíces en el mundo antiguo, donde se formularon los conceptos de funciones del Estado y las teorías del equilibrio de poderes y del estado mixto. Todos estos elementos fueron fundamentales para el desarrollo de la doctrina de la separación de poderes. Su transmisión mediante textos medievales, que proporcionaron la base de las ideas constitucionalistas en Inglaterra, permitió que la doctrina de la separación de poderes surgiera como formulación alternativa - aunque cercana - de la articulación de las diferentes partes del Estado. No obstante, si definimos esta doctrina en los términos que se exponen algo más adelante, podemos afirmar que la primera vez que se formuló de forma coherente y explícita fue en la Inglaterra del siglo XVII, y sus defensores la presentaron como el <<gran secreto de la libertad y el buen gobierno>>. Tras la guerra civil inglesa, esta doctrina reapareció como respuesta a la necesidad de una nueva teoría constitucional cuando el sistema de gobierno basado en una <<mezcla>> de monarquía, Cámara de los Lores y Cámara de los Comunes pareció perder validez. La doctrina de la separación de poderes, que se había desarrollado a partir de la teoría aceptada anteriormente, se convirtió tanto en rival como en complemento de ésta, permitiendo que se ampliara en un desarrollo que desembocaría en la teoría de la constitución equilibrada del siglo XVIII." VILE, Maurice J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 3

<sup>441</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 102 e ss.

<sup>442</sup> "i diritti fondamentali, proprio perché conferiti nell' interesse di tutti in quanto persone e/o cittadini e/o capaci d' agire (T11.15), postulano come loro garanzie funzioni di carattere pubblico, e formano quindi la base e insieme la giustificazione di quella che alla fine di questo capitolo chiamerò la *sfera pubblica* - deputata appunto alla tutela e alla soddisfazione degli interessi generali o di tutti (D11.36) -, in opposizione alle *sferi private*, formate invece dai diritti patrimoniali e dagli altri interessi particolari ed esclusivi dei singoli (D11.37)". FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, p. 729

obrigações públicas determinadas pelos direitos sociais.<sup>443</sup>

e da "esfera do decidível"<sup>444</sup>, caracterizada pela discricionariedade política e pelo respeito<sup>445</sup> ao conteúdo dos direitos fundamentais.

A primeira esfera está restrita à sujeição à lei e ao Direito, na qual se exercem as funções e instituições de garantia. Seus critérios de legitimação se assentam na verificação dos pressupostos fáticos de aplicação da lei, na sua qualificação jurídica, na sujeição a essa mesma lei que deve ser aplicada à tutela dos direitos fundamentais por meio dos poderes de cognição próprios da jurisdição e da administração, que consistem na identificação das circunstâncias de fato e sua subsunção em normas jurídicas<sup>446</sup>.

A esfera do decidível, por outro lado, incorpora a gestão e o cuidado dos interesses gerais, e é exercida por meio dos poderes de disposição do Poder Executivo e da produção ou inovação jurídica do Poder Legislativo. Ela é o espaço próprio da ação Política, nos limites da democracia representativa, exercida exclusivamente pela discricionariedade das decisões, caracterizando, assim, as funções e instituições de governo que tem por critérios de legitimação a representação política e o sufrágio<sup>447</sup>.

A concepção apresentada por Ferrajoli se insere no quadro conceitual do qual fazem parte as concepções de "território ou fronteira invioláveis" de Norberto Bobbio<sup>448</sup>, ou a de "*coto vedado*" de Ernesto Garzón Valdés<sup>449</sup>. E, para Michelangelo Bovero, constitui essa concepção um avanço:

principalmente porque está explicitamente articulado em duas partes ou, continuando com a

<sup>443</sup>(*i diritti fondamentali circoscrivono quella che possiamo chiamare la sfera dell' indecidibile: del non decidibile che, ossia dei divieti corrispondenti ai diritti di libertà, e del non decidibile che non, ossia degli obblighi pubblici determinata dai diritti sociali*). FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**, p. 822

<sup>444</sup> *Ibidem*, p. 822; 872; 876.

<sup>445</sup> "D9.35 'Rispetto' è qualunque decisione il cui significato sia deciso in osservanza delle norme sostanziali sulla sua produzione." *Ibidem*, p. 622

<sup>446</sup> *Ibidem*, p. 822 e 872.

<sup>447</sup> *Ibidem*, p. 822 e 872.

<sup>448</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

<sup>449</sup> VALDÉS, Ernesto Garzón. *Algo más acerca del coto vedado*, **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 6 (1989), pp.209-213.

metáfora, em dois hemisférios: 1) <<o indecidível que>>, e 2) <<o indecidível que não>>. O primeiro coincide com a proibição de limitar ou suprimir os direitos de liberdade, mas não vejo nenhuma razão para não agregar a estes, no mesmo hemisfério, os direitos políticos. O segundo consiste na obrigação dos poderes públicos, e portanto do poder político da maioria, de introduzir as específicas e idôneas garantias legislativas para (todos os direitos fundamentais, mas especificamente para) os direitos sociais. Em resumo, na perspectiva de Ferrajoli se faz inviolável; não só contém proibições, quer dizer, a indicação normativa daquilo que não se pode decidir, mas também obrigações positivas, isto é, indicações normativas sobre o que não se pode não decidir.<sup>450</sup>

Decorre dessa compreensão que o redesenho da separação de poderes deve levar em conta a existência de funções e instituições de governo, próprias da discricionariedade política e de funções e instituições de garantia, próprias da esfera submetida à lei e ao Direito. A segunda categoria se divide, ainda, em funções de garantia primária e instituições de garantia primária, e funções de garantia secundária e instituições de garantia secundária.

As funções de garantia primária se caracterizam por serem

todas as funções administrativas conferidas à garantia negativa dos direitos de liberdade sobre a base da verificação e da prevenção dos atos que lhe ameaçam de lesão, ou a garantia positiva dos direitos

---

<sup>450</sup> "principalmente porque está explícitamente articulado en dos partes o, continuando con la metáfora, en dos hemisferios: 1) <<lo indecidible **que**>>, y 2) <<lo indicible que no>>. El primer coincide con la prohibición de limitar o suprimir los derechos de libertad, pero no veo razón alguna para no agregar a éstos, en el mismo hemisferio, los derechos políticos. El segundo consiste en la obligación de los poderes públicos, y por tanto del poder político de la mayoría, de introducir las específicas e idóneas garantías legislativas para (todos los derechos fundamentales, pero específicamente para) los derechos sociales. En resumen, en la perspectiva de Ferrajoli se hace inviolable; no sólo contiene prohibiciones, es decir, la indicación normativa de aquello que no se puede decidir, sino también obligaciones positivas, esto es, indicaciones normativas sobre lo que no se puede no decidir." BOVERO, Michelangelo. *Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008), pp. 217-226

sociais sobre a base da verificação dos pressupostos que lhes requerem satisfação<sup>451</sup>.

As instituições de garantia primária, por sua vez, são "as instituições de garantia cujas normas de reconhecimento são as normas sobre competência dos órgãos e dos funcionários competentes para o exercício de funções de garantia primária<sup>452</sup>."

De outro lado, as funções de garantia secundária são "todas as jurisdicionais ou parajurisdicionais, ou seja, consistentes na verificação e na sanção ou reparação da violação de uma garantia primária<sup>453</sup>."

As instituições de garantia secundária se caracterizam por serem "*le istituzioni di garanzia le cui norme di riconoscimento sono le norme sulla competenza degli organi e dei funzionari deputati all' esercizio di funzioni di garanzia secondaria*<sup>454</sup>."

Na opinião de Perfecto Adrés Ibáñez, a distinção de planos feita por Ferrajoli favorece o repensar da esfera pública em seu conjunto. Ou seja, repensar o modo de entender a separação de poderes, tendo em vista dar conta da complexidade do Estado Constitucional vigente e de seus mecanismos de garantia de todos os direitos fundamentais<sup>455</sup>.

Nessa reformulação, Ferrajoli defende que a Separação de Poderes desenvolvida por Montesquieu seja entendida como divisão de exercício de competências entre poderes. Expressado de outra forma, como princípio organizativo por força do qual funções diversas se especializam:

A 'separação dos poderes' é uma norma de competência relativa às funções de uma instituição, por força da qual os atos com os quais são exercidas as funções por parte dos funcionários que são investidos delas supõem a não designação destes

---

<sup>451</sup> " *tutte le funzioni amministrative deputate alla garanzia negativa dei diritti di libertà sulla base dell' accertamento e della prevenzione degli atti che ne minacciano la lesione, o alla garanzia positiva dei diritti sociali sulla base dell' accertamento dei presupposti che ne richiedono la soddisfazione*" Ibidem, p. 875.

<sup>452</sup> "*le istituzioni di garanzia le cui norme di riconoscimento sono le norme sulla competenza degli organi e dei funzionari deputati all' esercizio di funzioni di garanzia primaria*", Ibidem, p. 878.

<sup>453</sup> "*tutte quelle giurisdizionali o paragiurisdizionali, cioè consistenti nell' accertamento e nella sanzione o riparazione della violazione di una garanzia primaria*", Ibidem, p. 875.

<sup>454</sup> Ibidem, p. 876.

<sup>455</sup> IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Valores de la Democracia Constitucional, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31 (2008), pp. 207-212, p. 209

e/ou a não comissão dos atos a eles instrumentais por parte de funcionários de instituições diversas.<sup>456</sup>

Nessa linha de raciocínio, a separação dos poderes deve ser diferenciada do princípio organizativo que especializa a divisão do poder, entendida nesses termos como

uma norma de competência relativa às funções de uma instituição, por força da qual os atos com os quais são exercidas as funções por parte dos funcionários que delas são investidos supõem a designação destes e/o a comissão de atos a eles instrumentais por parte de outros funcionários.<sup>457</sup>

O conceito de divisão de poder, portanto, é entendido como distribuição entre outras instituições da mesma função atribuída apenas a uma mesma instituição e é composto de dois tipos. O primeiro tipo diz respeito ao órgão decisório, ou a "quem" decide e é designado como divisão orgânica do poder.<sup>458</sup>:

Denominarei 'divisão orgânica' a divisão que ocorre quando o funcionário competente para uma determinada função seja designado ou tenha revogada sua designação, sobre a base de critérios discricionais, por um outro funcionário do mesmo órgão (caso no qual falaremos de divisão intra-orgânica) ou de um órgão diverso (caso no qual se falará de divisão inter-orgânica).<sup>459</sup>

---

<sup>456</sup> "La 'separazione dei poteri' è una norma di competenza relativa alle funzioni di un'istituzione, in forza della quale gli atti con cui sono esercitate le funzioni da parte dei funzionari che ne sono investiti suppongono la non designazione di questi e/o la non commissione di atti ad essi strumentali da parte di funzionari di istituzioni diverse" FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, p. 864-865

<sup>457</sup> "una norma di competenza relativa alle funzioni di un'istituzione, in forza della quale gli atti con cui sono esercitate le funzioni da parte dei funzionari che ne sono investiti suppongono la designazione di questi e/o la commissione di atti ad essi strumentali da parte di altri funzionari.", *Ibidem*, p. 865

<sup>458</sup> "La 'divisione organica del potere' è una norma di competenza relativa alle funzioni di un'istituzione, in forza della quale i funzionari autori degli atti con cui sono esercitate tali funzioni sono designati da altri funzionari.", *Ibidem*, p. 866.

<sup>459</sup> "Chiamerò 'divisione organica' la divisione che ricorre allorquando il funzionario deputato a una determinata funzione sia designato o revocato, sulla base di criteri discrezionali, da un altro funzionario del medesimo organo (nel qual caso parleremo di divisione intra-organica) o di un organo diverso (nel qual caso si parlerà di divisione inter-organica)", *Ibidem*, p. 866.

O segundo tipo está relacionado com a formação do ato de exercício do poder, ou com o "como" da decisão e é designado de divisão funcional do poder<sup>460</sup>:

Designarei, ao invés, 'divisão funcional' aquela que ocorre quando o ato prescritivo com o qual a função é exercida é fruto de um procedimento (no sentido expresso, no § 9.5, das teses T9.20, T9.64 e T9.66), no qual participam funcionários diversos, competentes para a emissão, os primeiros do ato prescritivo e os outros dos atos a eles instrumentais<sup>461</sup>.

Outro aspecto relevante dessa releitura é o que trata da Divisão de Poder e da Separação de Poderes em relação à ideia de representação, entendida como normas de competência com as quais os poderes públicos vem, por um lado, atribuídos e por outro distribuídos.

Segundo essa compreensão, a atribuição e a distribuição dos poderes públicos se dá por meio de dois tipos de representação. A Representação Política, que consiste em norma de competência que atribui a representação orgânica de uma pessoa artificial (pessoa jurídica) ou de um de seus órgãos no que respeita as funções públicas a funcionários eleitos por meio do exercício do direito político de voto<sup>462</sup>. E a Representação Jurídica, existente entre dois sujeitos - dos quais um age em nome e por conta do outro, de modo que os atos dos representantes são imputados (atribuídos) ao representado<sup>463</sup>. Ambas tem em comum a exclusão de conflito de interesses entre representantes e representados.

Conclui-se dessa releitura que o quadro institucional da Separação de Poderes comumente aceito e defendido no cotidiano

<sup>460</sup> "La 'divisione funzionale del potere' è una norma di competenza relativa alle funzioni di un'istituzione, in forza della quale gli atti con cui sono esercitate le funzioni da parte dei funzionari che ne sono investiti richiedono la commissione di atti ad essi strumentali da parte di altri funzionari". Ibidem, p. 866

<sup>461</sup> "Chiamerò invece 'divisione funzionale' quella che ricorre allorché l'atto precettivo con cui la funzione è esercitata è il frutto di un procedimento (nel senso espresso, nel § 9.5, dalle tesi T9.20, T9.64 e T9.66), cui partecipano funzionari diversi, competenti all'emissione gli uni dell'atto precettivo e gli altri degli atti a questo strumentali", Ibidem, p. 866.

<sup>462</sup> "D12.4 'Rappresentanza politica' è la norma di competenza in forza della quale la rappresentanza organica in ordine a pubbliche funzioni è affidata a soggetti eletti tramite l'esercizio dei diritti politici di voto." Ibidem, p. 863.

<sup>463</sup> "La rappresentanza giuridica designa infatti il rapporto giuridico tra due soggetti di cui l'uno agisce in nome e per conto dell'altro, sicché gli atti del rappresentante sono imputati al rappresentato ai cui interessi e aspettative essi sono vincolati." Ibidem, p. 863.

forense - e muitas vezes no cotidiano acadêmico - fundado na concepção de separação absoluta de poderes (nos termos da nossa Constituição, independência entre os poderes) como critério da divisão do poder está em desconspasso com o modelo normativo do Estado Constitucional de Direito e nega significativamente a legitimidade do complexo sistema de garantias que se estrutura sobre as bases da separação de poderes, da divisão do poder, da representação política, da representação jurídica, das funções de garantia e das instituições de garantia.

A partir dessa análise deve ser enfrentada outra questão que envolve a Esfera Pública no Estado Constitucional de Direito e se insere no debate a respeito do Neoconstitucionalismo e seus posicionamentos sobre a separação entre Direito e Moral e da distinção entre princípios e regras e o enfoque teórico divergente do Garantismo Jurídico.

### **4.2.3 A separação entre Direito e Moral e a distinção entre princípios e regras na perspectiva garantista**

Entre as teses defendidas pelas teorias alinhadas ao Neoconstitucionalismo, Luigi Ferrajoli refuta, basicamente, duas: a tese da inexistência da separação entre Direito e Moral<sup>464</sup> e a tese da classificação das normas jurídicas em princípios e regras<sup>465</sup>.

A primeira tese está relacionada com a compreensão mais difundida do constitucionalismo, segundo a qual as leis são submetidas a normas superiores. Essa compreensão tende ao jusnaturalismo quando entendida como superação do positivismo jurídico, visto como incapaz de dar conta da nova natureza das atuais democracias constitucionais. O principal traço distintivo entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo, a separação entre direito e moral ou entre validade e justiça, desapareceria com a incorporação nas Constituições de princípios de justiça com caráter ético-político (igualdade, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais). A moral passaria a fazer parte, portanto, do ponto de vista interno ao direito e não mais ao ponto de vista externo como defendia o paradigma juspositivista<sup>466</sup>.

Contra a tese da superação do positivismo Ferrajoli defende a da complementação, do reforço do positivismo jurídico e do Estado de Direito com a estipulação dos direitos fundamentais entre as normas

---

<sup>464</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*, cap. XIV.

<sup>465</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, p. 651-655. Confira também: FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2006. p. 83-98

<sup>466</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Curitiba, 2010. Trabalho não publicado. p. 2

constitucionais<sup>467</sup>. Isso porque positiva não apenas o "ser", mas também o "dever ser" do direito e porque submete todo exercício do Poder ao direito e ao controle de constitucionalidade<sup>468</sup>.

A segunda tese não incorporada por Ferrajoli em sua teoria jurídica é a que defende uma estruturação das normas jurídicas em princípios e regras. O cerne desta concepção teórica consiste em reconhecer que os princípios são normas jurídicas que exprimem um mandamento de otimização de suas prescrições, comportando, para tanto, uma graduação que deve levar em consideração os condicionamentos fáticos e jurídicos existentes<sup>469</sup>.

As regras, nesse contexto teórico, são compreendidas como determinações no âmbito do fático e juridicamente existente. Seu cumprimento se dá na base do tudo ou nada, afastando-se, assim quaisquer possibilidades de colisão quando ocorrerem antinomias porquanto a solução cabível é a exclusão na regra (norma) incompatível para o caso.

Para Ferrajoli a distinção entre princípios e regras não se sustentaria teoricamente em razão de que todo princípio quando aplicado se configura em uma regra. Se trataria, nas palavras do autor, de uma distinção quanto ao estilo e não uma distinção estrutural, pois:

Princípios e regras são, igualmente, normas, simplesmente formuladas de maneira diversa: uns com referência ao seu respeito; outros com referência à sua violação e à sua conseqüente aplicação. Prova disso é que mesmo as regras, inclusive aquelas penais às quais se exige a máxima taxatividade, quando são observadas exsurgem como

---

<sup>467</sup> O positivismo defendido por Ferrajoli invariavelmente é identificado como forte ou fortíssimo. Para Pablo de Lora, trata-se de um constitucionalismo fortíssimo no qual se destacam a extensão dos direitos sociais e o papel outorgado por Ferrajoli aos juízes constitucionais, bem como o modo como ele entende as objeções democráticas. *DE LORA, Pablo. Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortíssimo. in: CARBONELL, Miguel et SALAZAR, Pedro (edición). Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2005. pp. 251-265.* De forma contrária, Manuel Atienza critica a opção de Ferrajoli pelo positivismo jurídico ao afirmar que sua teoria seria "una máquina formidáble, pero con piezas obsoletas". ATIENZA, Manuel. *Tesis sobre Ferrajoli*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008), pp. 213-216, p. 214.

<sup>468</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, nº 31, 2008, pp. 325-354.*

<sup>469</sup> Veja-se: ALEXÝ, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86 e ss.

princípios, que não se aplicam, mas se respeitam: por exemplo, a observância das normas sobre o homicídio ou sobre as lesões corporais ou sobre o furto equivale ao respeito dos princípios da vida, da integridade corporal e da propriedade privada. Inversamente, também os princípios, quando são violados, aparecem como regras, que não se respeitam, mas se aplicam: por exemplo, o princípio constitucional da igualdade, quando é violado, surge como regra em relação à sua violação: a regra, precisamente, que proíbe as discriminações<sup>470</sup>. E a discriminação é seguramente uma *fattispecie* da relativa proibição, cuja verificação não consiste com certeza numa ponderação, mas sim numa subsunção. Mesmo princípios vagos e imprecisos, como a dignidade da pessoa ou princípios penais da determinação ou da ofensividade, quando são violados por comportamentos lesivos da dignidade ou das leis penais que imputam como crimes fatos indeterminados ou inofensivos, aparecem como regras, cuja violação é nestas subsumida, não diversamente do que ocorre com qualquer ato ilícito ou inválido; e a possibilidade da subsunção não depende, nestes casos, da formulação das relativas normas em princípios, mas somente, como acontece também nas regras, do uso de expressões vagas e imprecisas como “dignidade”, “determinação” e “ofensividade”<sup>471</sup>.

Essa crítica é reforçada ainda pela concepção do autor em relação à implicação entre as expectativas nas quais consistem os direitos e as obrigações e proibições correspondentes. Pois, para o Garantismo, o sistema de Direitos Fundamentais é um sistema de limites e vínculos. Limites estipulados pelas normas de Direitos Fundamentais

---

<sup>470</sup> “Tal regra é aplicada, e não simplesmente respeitada, em sede de garantia secundária, pelo juízo de inconstitucionalidade. Defendi uma tese análoga em Pil, § 12.8, pp. 884-885, onde afirmei que “as normas primárias”, entre as quais se encontram todas as normas constitucionais substanciais, “quando são violadas, exsurtem, durante o controle jurisdicional da sua inobservância, como normas secundárias em relação ao ato jurisdicional mediante o qual vêm aplicadas (T12.78)”. Todas as normas, em suma, sejam elas elaboradas em forma de regras ou de princípios, são respeitadas, em via primária, se observadas, e são aplicadas, em via secundária, se violadas.” FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. Curitiba, 2010. Trabalho não publicado

<sup>471</sup> *Ibidem*, p. 9-11. Ver também: FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, p. 564

sobre a produção de atos e decisões e vínculos quanto à forma e o conteúdo (substância) desses atos e decisões<sup>472</sup>.

#### 4.2.4 Deveres fundamentais: limites e vínculos

Os limites e vínculos que formam o sistema de direitos fundamentais têm como ponto de apoio a quantificação universal dos sujeitos que são titulares desses direitos e, portanto, vínculos impostos às condutas de todos os sujeitos. São limites e vínculos estabelecidos em favor dos interesses e desejos fundamentais de todos que podem ser também chamados de deveres fundamentais.

Esses deveres fundamentais são compostos de duas classes de garantias. A classe dos limites fundamentais são as garantias primárias dos direitos individuais, que consistem nas proibições de suas lesões. Os vínculos fundamentais são a segunda classe desses deveres fundamentais e dizem respeito às garantias primárias dos direitos sociais, consistentes nas obrigações das relativas prestações<sup>473</sup>.

Esse sistema está relacionado com o caráter funcional do exercício do poder nos diversos modelos de Estado de Direito, como esclarece Ferrajoli:

**Limites e vínculos**, estabelecidos, os primeiros para tutela dos direitos individuais e os outros para tutela dos direitos sociais, condicionando e implicando profundamente a estrutura de todos os poderes públicos, conferindo-lhes o caráter de **funções**. E marcando outros tantos modelos do estado de direito. Os limites gerados por direitos individuais de liberdade caracterizam o **estado de direito liberal**, no qual a ação do Estado é simplesmente circundada por proibições.

Os vínculos requeridos pelos direitos sociais caracterizam, ao invés, a estrutura bem mais complexa do **estado de direito social**, onde a ação dos poderes públicos é, não só, limitada por proibições de não fazer mas também vinculada por obrigações de fazer. O primeiro modelo é

---

<sup>472</sup> "(...) *i diritti fondamentali circoscrivono quella che possiamo chiamare la sfera dell' indecidibile: del non decidibile che, ossia dei divieti corrispondenti ai diritti di libertà, e del non decidibile che non, ossia degli obblighi pubblici determinata dai diritti sociali.*"  
Ibidem, p. 822

<sup>473</sup> Ibidem, p. 773

dotado somente de **garantias liberais negativas**, quer dizer, consistentes em proibições, coerentemente com o fim do Estado liberal que é o de preservar, não piorando-lhe, as condições naturais de vida das pessoas, por meio da tutela de suas imunidade e liberdade fundamenais. O segundo modelo é, ao contrário, dotado também de **garantias sociais positivas**, isto é, consistentes em obrigações, coerentemente com o fim do estado social que é o de não só não piorar mas também melhorar as condições pré políticas de vida das pessoas, por meio da satisfação dos seus direitos sociais<sup>474</sup>.

Observa-se nesse sistema que os direitos fundamentais - compreendidos nessa proposta teórica como universais, isonômicos, indisponíveis e atribuíveis somente pela Constituição - são verdadeiros parâmetros, ou critérios, estruturais de legitimação do ordenamento jurídico e determinam o conjunto de limites e vínculos, do sistema de garantias constituído em deveres fundamentais.

Não cabe à abordagem teórica dispor a respeito de quais sejam esses deveres fundamentais, pois essa tarefa é própria e específica da dogmática jurídica de cada ordem constitucional concreta, posta.

Para o Direito Administrativo essa abordagem se apresenta bastante promissora em diversos campos. É possível, por exemplo, repensar a caracterização e classificação dos serviços públicos, tendo-se em conta o conjunto de limites e vínculos próprios do Estado Constitucional de Direito e suas garantias liberais e sociais; também é possível enfrentar as exigências de continuidade e imutabilidade do

---

<sup>474</sup> "**Limiti e vincoli**, stabiliti gli uni a tutela dei diritti individuali e gli altri a tutela dei diritti sociali, condizionano e complicano profondamente la struttura di tutti i pubblici poteri, conferendo loro il carattere di **funzioni**. E contrassegnano altrettanti modelli dello stato di diritto. I limiti generati dai diritti individuali di libertà caratterizzano lo **stato di diritto liberale**, nel quale l'azione dello Stato è semplicemente circondata da divieti.

*I vincoli richiesti dai diritti sociali caratterizzano invece la struttura ben più complessa dello stato di diritto sociale, ove l'azione dei pubblici poteri è non solo limitata da divieti di non fare ma anche vincolata da obblighi di fare. Il primo modello è dotato solo di **garanzie liberali negative**, cioè consistenti in divieti, coerentemente con il fine dello Stato liberale che è quello di preservare, non peggiorandole, le condizioni naturali di vita delle persone, attraverso la tutela delle loro immunità e libertà fondamentali.*

*Il secondo modello è invece dotato anche di **garanzie sociali positive**, cioè consistenti in obblighi, coerentemente con il fine dello stato sociale che è quello non solo di non peggiorare ma anche di migliorare le condizioni prepolitiche di vita delle persone, attraverso la soddisfazione dei loro diritti sociali", Ibidem, p. 774*

regime jurídico desses serviços em prol da funcionalização dos poderes para a defesa dos direitos fundamentais.

Para a legalidade administrativa, descortina-se uma abordagem até então vinculada à doutrina da reserva do possível, muito divulgada entre os constitucionalistas. Todavia, essa abordagem não se restringe ao controle jurisdicional dos atos administrativos, mas sim à própria reformulação da dogmática do direito administrativo.

Trata-se de enfrentar dogmaticamente e teoricamente os vínculos e limites estabelecidos pelo Direito para a ação administrativa em seu complexo sistema de subordinações de normas inferiores a normas superiores do ordenamento jurídico.

Esse enfrentamento sugere que além da supremacia e da reserva da lei, se insira no léxico do Direito Administrativo também deveres fundamentais, sejam eles formais ou substanciais, que determinam, orientam a aplicação de normas jurídico-administrativas, a produção de decisões com base em normas prescritvas a elas superiores.

A releitura garantista do modelo de legalidade administrativa, orienta-se, por isso, para um reforço do conceito de princípio da legalidade administrativa como vinculação jurídica da Administração Pública, sem, contudo, revelar novas facetas dessa vinculação.

## 5. CONCLUSÃO

*(...) Y lo mismo que los dominados sólo pueden defenderse normalmente de una dominación burocrática existente mediante la creación de una contraorganización propia, igualmente sometida a la burocratización, así también el aparato burocrático mismo está ligado a la conituidad de su propio funcionamiento por intereses compulsivos tanto materiales como objetivos, es decir, ideales. Sin ese aparato, en una sociedad que separa a los funcionarios, empleados y trabajadores de los medios administrativos, y requier de modo indispensable la disciplina y la formación profesional, cesaría toda posibilidad de existencia para todos con excepción de los que todavía están en posesión de los medios de abastecimiento (campesinos). La burocracia continúa funcionando para la revolución triunfante o el enemigo en ocupación, lo mismo que lo hacía con el gobierno hasta ese momento legal. **La cuestión es siempre ésta: ¿quién domina el aparato burocrático existente?***

Max Weber

*Una democracia sin control será siempre insostenible, pues el desprecio de la autorrestricción que impone el principio de la legalidad equivale al suicidio de la democracia.*

Hans Kelsen

Dentre os tipos ideais de dominação da sociologia weberiana, a dominação racional-legal, levada a cabo por uma estrutura burocrática precisa, contínua, disciplinada, rigorosa, confiável, calculável, intensa e extensa na prestação dos serviços, universal na aplicabilidade formal de suas tarefas e suscetível tecnicamente para alcançar o máximo de seus resultados, é a que alcança o grau mais elevado de pureza esperado do tipo ideal. Com outras palavras, se trata da forma mais racional para se exercer uma dominação<sup>475</sup>.

Essa convicção de Weber na racionalidade, entretanto, reconhece o caráter instrumental do aparato burocrático ao apresentar

---

<sup>475</sup> WEBER, Max. *Economía y sociedad*. 2º ed. 11º reimp. México (DF): Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 178-179

como questão fundamental o seu domínio, compreendido como controle político que determinará o caráter ideológico que prevalecerá na determinação dos meios e das finalidades a serem alcançadas pela administração pública.

Esses meios e finalidades podem compreendidos como a forma e o conteúdo da relação existente entre a Administração Pública e o Direito. Relação, essa, que será mediada diferentemente pelos modelos de Estado *sub lege*, *per leges* e *sub iure*. Isso quando se trate de modelos de Estado nos quais estipula-se a legitimidade da ação política por meio do Direito.

Evidentemente Estados que adotem outro tipo ideal de dominação, como os em que os dominados aceitam o domínio mediante a crença na tradição ou aquele em que depositam a confiança no carisma de um líder, não são objeto imediato do modelo teórico formulado por Luigi Ferrajoli.

A teoria jurídica do Garantismo, ou o paradigma do Estado Constitucional de Direito e da Democracia Constitucional, desenvolvida pelo jurista italiano em *Diritto e Ragione e Principia iuris*: teoria del diritto e della democrazia se limita a um modelo específico de Estado de Direito: o Estado de Direito Garantista, ou Estado de Direito *sub iure*, ou o Estado Constitucional de Direito no qual o Direito determina o próprio Direito.

Essa opção por uma teoria jurídica restrita ao Estado Constitucional de Direito pode ser alvo de críticas. Todavia, convém questionar: por que não? Por que não desenvolver uma teoria do direito para o modelo de Estado de Direito que se espalhou pelos Estados-Nação em todos os continentes? Por que não desenvolver uma teoria para o modelo de Estado de Direito que se apóia na democracia representativa, na separação de poderes, típicos do Capitalismo liberal. Por que não defender que existe um constitucionalismo jurídico, um positivismo crítico?

Somente as razões das vantagens cognitivas do positivismo jurídico que oferecem certeza na identificação e descrição do direito em vigor não são suficientes para que não se ofereça certeza na identificação e descrição do direito em vigor adotando-se o paradigma do Estado Constitucional de Direito, ou a Teoria Jurídica do Garantismo, ou o Constitucionalismo Jurídico.

Pelo contrário, uma das grandes vantagens da teoria jurídica desenvolvida por Ferrajoli é distinguir metateoria de teoria do direito ao definir o Direito como linguagem e analisá-lo sob os prismas da sintaxe, da pragmática e da semântica. E, com base nessa redefinição,

reposicionar a dogmática, a teoria e a sociologia jurídica como discursos distintos da ciência jurídica. Cabendo justamente à dogmática a certeza na identificação e descrição do direito posto. Dito com outras palavras, o cognocitivismo compõe um dos âmbitos da ciência jurídica positivista, mas o positivismo jurídico não se resume ao cognocitivismo.

Justamente esse reposicionamento da dogmática jurídica incitou o desafio de utilizar a teoria axiomatizada do direito proposta por Ferrajoli em *Principia iuris* para reler o princípio da legalidade administrativa, um conceito central tanto para o Garantismo quanto para o direito administrativo. Muito embora o direito administrativo não o posicione no centro das garantias, cedendo demasiado espaço para seu caráter ordenador, centralizador e pouco democrático.

De fato, o conceito da legalidade administrativa, no seu percurso histórico, foi utilizado muito mais para afirmar a Soberania interna dos Estados-Nação, traço facilmente percebido na idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, ou da presunção de legitimidade e de veracidade dos atos administrativos. Ambos, facetas de uma concepção de legalidade administrativa funcionalizada, ou instrumentalizada, para um modelo de Estado incompatível com o proposto pelo Garantismo.

O exercício cotidiano do poder, o revolucionário ou o do inimigo, como diria Weber; ou a necessária relação entre burocracia e democracia defendida por Kelsen em sua concepção de princípio da legalidade como garantia contra o suicídio de uma democracia; compõem o quadro de preocupações que exigem uma resposta dogmática comprometida com a Democracia, com os Direitos Fundamentais, com a garantia desses direitos e da própria Democracia.

Uma resposta dogmática que traga para o centro das preocupações jurídicas a Constituição e afaste as tentativas, muito frequentes, de afirmação da autonomia da Administração frente ao Direito, frente à Democracia e frente à Razão. Verdadeiras tentativas de exercício de poder livre da forma jurídica, de vinculação da Administração Pública à coação física ilegítima.

A defesa de uma releitura do princípio da legalidade administrativa a partir do modelo normativo do Estado Constitucional de Direito proposto por Luigi Ferrajoli compõe-se de teze teses:

1. A dogmática do direito administrativo apresenta atualmente um déficit, uma insuficiência em relação ao modelo normativo do Estado Constitucional de Direito que se percebe no significado atribuído ao conceito de princípio da legalidade administrativa. A dogmática ainda

persiste em tratar a legalidade administrativa como princípio ordenador, organizador das atividades administrativas, do qual se extraem as idéias de prevalência e de reserva da legalidade como únicas expressões desse conceito. Nota-se, por isso, um profundo apego ao modelo de direito administrativo do século XIX, moldado pelos critérios e técnicas de legitimação do Estado Legislativo e do paleo-positivismo.

As tentativas de superação desse modelo ainda são tímidas diante das constantes afirmações da não centralidade do conceito de legalidade administrativa no sistema de garantias jurídicas do Estado Constitucional de Direito. Invariavelmente as razões apresentadas para essas afirmações se apóiam em concepções da separação de poderes que remontam às convicções ideológicas dos constituintes franceses de 1791 e da exegese dos primeiros "administrativistas".

As perspectivas de pesquisa que surgem dessa deficiência são inúmeras, desde que esteja no horizonte a ruptura como o modelo liberal clássico e a construção de um modelo compatível com as aspirações inicialmente experimentadas com Weimar e Viena e posteriormente aprofundadas com o constitucionalismo do pós segunda guerra mundial.

2. O repensar da dogmática administrativista, contudo, exige a devida cautela para que o combate à autonomia da Administração não seja feito por meio da autonomia da jurisdição, invocando-se a defesa da democracia e do Estado Constitucional de Direito e anulando-se a discricionariedade política da *interpositio legislatoris*. As iniciativas conhecidas como ativismo judicial e juridicção da política refletem opções ideológicas contrárias ao paradigma do Estado Constitucional de Direito e, ao invés de reforçar o lugar dos direitos fundamentais, enfraquecem seu caráter garantista.

Não é forçoso lembrar que os limites e vínculos aos direitos fundamentais no Estado *sub iure* recaem sobre todos. Essa medida de igualdade entre os titulares desses direitos impõe a qualquer espécie de controle a mesma observância dos direitos fundamentais que se espera dos controlados.

3. A alegada crise do conceito de legalidade administrativa e a sua solução por meio da adoção do princípio da juridicidade ao contrário de ampliar o controle sobre o exercício cotidiano do poder oferece maior margem para propostas que se afastam do paradigma democrático construído sobre a base da limitação do direito pelo próprio direito, oferecida pela vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais. Trata-se de diagnóstico impreciso, que confunde o plano da eficácia dos sistemas políticos com o plano teórico do conceito, e

também de solução que aposta na invocação de valores ético-políticos exteriores ao ordenamento jurídico, fundados, muitas vezes em concepções jusnaturalistas contrárias à soberania popular das Democracias Constitucionais.

4. O reforço do princípio da legalidade, ao contrário de sua substituição por outros conceitos, também se dirige para a reafirmação do direito público contra a fuga para ao direito privado, divisão essa fundada em bases que servem somente para fins didáticos - de explicação das diferentes disciplinas jurídico-positivas - , mas que não resiste às estruturas lógicas do processo de produção das normas jurídicas. Essa vinculação lógico-dedutiva presente no processo de aplicação do direito, possibilita o enfrentamento de diversos "mitos" ou de "privilégios" incorporados à linguagem do direito administrativo como expressões da divisão entre público e privado, a exemplo da presunção de veracidade ou de legitimidade dos atos administrativos, bem como outros privilégios processuais fundados na idéia de proteção de interesse gerais portados pela Administração Pública.

A direção apontada pelo paradigma do Estado Constitucional de Direito é bastante clara, todo e qualquer exercício de poder está submetido ao respeito e à aplicação dos direitos fundamentais de todos - pessoas, cidadãos e capazes de agir - que compõem a esfera pública, delimitando os hemisférios do *indecidível que*, do *indecidível que não* e do *decidível* e seu sistema de garantias primárias e secundárias.

5. A vinculação jurídica da Administração Pública no Estado Constitucional de Direito compõe-se de dois aspectos. A mera legalidade, ou legitimidade formal, no qual podem ser compreendidos os âmbitos de competência, procedimento, supremacia e reserva da lei. E a estrita legalidade, no qual se fazem presentes os aspectos substanciais sobre a produção daquela norma ou decisão.

Em comparação com o modelo dogmático clássico do Direito Administrativo essa concepção inova ao estipular os pressupostos lógico-dedutivos desse sistema, dos quais se extraem as conseqüências sem as quais a pragmática e a sintaxe do modelo teórico restariam prejudicados quanto à coerência pretendida para qualquer sistema lógico-dedutivo.

6. O paradigma do Estado Constitucional de Direito e da Democracia Constitucional oferece também uma oportunidade para se elaborar um novo modelo de direito administrativo, pautado pela idéia de especialização como uma de suas características, talvez a menos importante, mas também voltado à idéia de integração com os elementos que constituem a esfera pública, notadamente aqueles que põem os

direitos fundamentais e seu sistema de garantias no centro das preocupações dogmáticas e reacomodam os elementos de ordenação, ou organização, administrativa intrinsecamente relacionados com a estrutura burocrática e seu caráter instrumental a serviço das maiorias eventuais que a controlam. Ou, dito em outras palavras, uma republicação do direito administrativo sob as bases do paradigma do Estado Constitucional de Direito.

7. A teoria jurídica do garantismo se mostra perfeitamente adequada para a releitura do conceito de legalidade administrativa pois, ao contrário de outras opções teóricas, não nega o caráter central da legalidade no Estado Constitucional de Direito e reafirma a separação entre Direito e Moral de forma a evitar a utilização de recursos teóricos que primam pela ponderação de valores em detrimento da subsunção na solução de antinomias e lacunas. Ademais, o positivismo reforçado, ou também, o consitucionalismo positivista, ou o juspositivismo crítico de Ferrajoli não se deixa seduzir pelo reconhecimento e ampliação da esfera de autonomia da Administração frente ao Direito e à Constituição. Pelo contrário, o Garantismo Jurídico desconstrói o "mito revolucionário da submissão legal", ao denunciar que uma norma, ou uma decisão, muito embora sejam vigentes, não necessariamente são válidas.

Nessa mesma linha de desconstruções de mitos a frase célebre de Otto Mayer - "o direito constitucional passa, o direito administrativo permanece" - deve ceder lugar para outra formulação na qual a centralidade do direito esteja relacionada somente com a especialidade da linguagem dos direitos fundamentais.

8. A teoria formal dos direitos fundamentais favorece a identificação do que sejam esses direitos no conjunto de normas que compõe qualquer ordenamento jurídico e permite à dogmática incorporá-lo em sua linguagem a fim de que a sistematicidade pretendida em relação aos conteúdos desses direitos em um ordenamento positivo específico possa extrair da teoria o máximo de coerência que seus postulados proporcionam.

Em razão das próprias características da Administração Pública, sintetizadas na fórmula weberiana de exercício cotidiano do poder, seja para intervir, para autorizar ou para se omitir diante do exercício das liberdades, quanto para atender às expectativas positivas no campo dos direitos sociais, sua área de abrangência cobre quase todos os domínios do direito público.

Está ela, portanto, vinculada tanto aos direitos fundamentais de liberdade, quanto aos direitos sociais, afastando-se a aplicação do direito

administrativo somente quando a especialidade de outro direito for invocada pela norma jurídica a ser aplicada.

Em razão da concepção de Ferrajoli estipular que os direitos fundamentais não são uma espécie ou uma classificação de normas, mas que formalmente são normas que contêm uma estrutura específica diferente das demais normas jurídicas, o que ganha centralidade na solução de conflitos nos quais esses direitos sejam afetados não é mais a especialidade do direito administrativo ou do direito constitucional, mas a condição específica de se tratarem de direitos fundamentais. Ou seja, de se tratarem de normas constituídas sobre a base da igualdade jurídica universalizável entre todas as pessoas, cidadãos ou capazes de agir juridicamente.

Disso resulta, por um lado, a classificação formal subjetiva de direitos humanos, os direitos que concernem a todas as pessoas naturais enquanto tais; direitos públicos, os direitos que concernem a todas as pessoas naturais enquanto cidadãos; direitos civis, os direitos prescritivos que concernem a todas as pessoas naturais enquanto dotadas de capacidade jurídica para agir; e os direitos políticos, direitos-poderes que concernem somente aos cidadãos dotados de capacidade jurídica para agir. E por outro lado, a classificação formal objetiva em "direitos fundamentais de", direitos fundamentais individuais - que se subdividem em: liberdade a, direitos individuais primário consistentes somente em expectativas de não lesão; a liberdade de, direitos individuais primários, consistentes também em faculdade; as autonomias (civil e política), direitos individuais secundários consistentes também em poderes.

9. A legalidade administrativa passa a conter, não mais somente uma finalidade de afirmação da supremacia e da reserva legal, mas formal e substancialmente uma vinculação aos direitos fundamentais que corresponde à especificidade jurídica do Estado Constitucional de Direito e seus sistemas de limites e vínculos entre normas de nível superior e normas a elas subordinadas. Limites e vínculos que obrigam qualquer exercício de poder, e especialmente o exercício cotidiano do poder a observância estrita das normas sobre a produção de outras normas e de decisões.

10. Essa transição do modelo liberal clássico de direito administrativo, do paleopositivismo, ao modelo do Estado Constitucional de Direito, ao juspositivismo reforçado exige que aplicação normativa do Direito Administrativo e do princípio da legalidade administrativa incorpore as regras de linguagem teóricas sobre a produção normativa.

Linguagem que estabelece uma fenomenologia da observância das normas sobre a produção, na qual a aplicação refere-se aos atos

formais ou decisões cujas forma e significado sejam obrigatórios - pressuposto substancial que deve ser obrigatoriamente verificado e qualificado juridicamente - e o respeito condiz com decisões as quais não seja vedado o seu significado.

Tais categorias permitem a verificação da conformidade, que ocorre quando as formas do ato produzido observam as normas formais para a sua produção; da coerência, que se dá quando os significados do ato observam as normas substanciais sobre a sua produção; da correspondência, que consiste na observância do conjunto das formas e significados dos atos formais e das decisões vinculadas à observância das normas, formais ou substanciais, sobre a sua produção; e a subsunção, que se verifica quando o significado de uma decisão é obrigatoriamente vinculado à observância da norma substancial sobre a sua produção.

Essas distinções e definições embasam as teses sobre o direito com língua e linguagem jurídicos, nos quais as normas deônticas, inclusive as que se requer somente o respeito, são passíveis de aplicação substancial, o que também significa que são passíveis de aplicação jurisdicional. E a tese de que a produção das normas sobre produção, bem como, a aplicação e o respeito, são atividades linguísticas nas quais valem as regras de formação (sintáticas) e de uso (semânticas), respectivamente língua e linguagem jurídicas.

11. Essa descrição das distinções entre as categorias utilizadas por Ferrajoli para a aplicação das normas jurídicas serve de base para a distinção entre as funções de governo e funções de garantia, que se caracterizam por serem exercidas legitimamente quando expressem a discricionariedade da ação política e a submissão à legalidade, respectivamente.

Para o modelo de legalidade administrativa a funcionalização do poder com vistas à garantia dos direitos fundamentais representa o ponto central de mudanças que sinalizam com exatidão o campo específico da discricionariedade política e o da submissão legal.

As categorias de representação política e representação jurídica, juntamente com a divisão do poder fazem com que o caráter garantístico da legalidade administrativa se sobreponha à identificação das funções aos poderes como forma de separação que esvazia a eficácia dos direitos fundamentais.

12. Outro esvaziamento que a teoria garantista evita é o da vinculação normativas dos direitos fundamentais ao reafirmar a separação entre direito e moral, e por consequência o próprio positivismo jurídico. Para a legalidade administrativa essa reafirmação resulta no afastamento de

concepções pautadas pela idéia de "reserva de Administração", ou de "Direito do Estado", ambas representações de modelos normativos contrários ao Estado Constitucional de Direito.

A ponderação de valores em colisão quando princípios estabelecem prescrições sobre as mesmas condições fáticas existentes, exige concretamente na aplicação dessas normas regras sobre os âmbitos fáticos e jurídicos presentes, resultando na inexistência estrutural dessa distinção tão cara ao neoconstitucionalismo.

Para o Direito Administrativo a separação entre Direito e Moral pode afastar possíveis confusões em torno de concepções institucionalistas da moralidade administrativa, negadoras do caráter cogente das normas em favor de valores como os do "bom administrador" ou de "honestidade e lealdade às instituições".

13. Talvez a contribuição mais significativa para um modelo garantista de legalidade administrativa seja a de deveres fundamentais. A inversão operada pela estipulação dos deveres a serem observados na relação entre governantes e governados, ou entre Administração e cidadãos faz com que a estrutura dos poderes públicos sejam profundamente condicionadas e se tornem mais complexas.

As obrigações jurídicas fundamentais dos poderes públicos se tornam o outro lado dos direitos fundamentais de todos, sejam pessoas, cidadãos ou capazes de agir. Rompe-se assim com os resquícios do "*apoderamiento ex lege*" do princípio monárquico do Estado de Direito alemão que associavam a intangibilidade da soberania estatal externa a uma soberania estatal interna ancorada na supremacia da Administração sobre os cidadãos no campos dos direitos.

Abre-se uma perspectiva para que o princípio da legalidade administrativa assuma por completo seu caráter de garantia dos direitos fundamentais contra o arbítrio e a ineficácia dos direitos por parte da Administração Pública. Uma perspectiva que possa ser chamada de legalidade e garantia dos direitos fundamentais pela Administração Pública. Um princípio da legalidade formal e da legalidade substancial administrativa, da mera e da estrita legalidade administrativa. Uma vinculação da Administração Pública à garantia dos direitos fundamentais no Estado Constitucional de Direito.

*Y si el sueño finge muros  
en la llanura del tiempo,  
el tiempo le hace creer  
que nace en aquel momento.*

**La leyenda del tiempo** - Federico García Lorca/Ricardo Pachón



## 6. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ATTI DEL LIII CONVEGNO DI STUDI DI SCIENZA DELL, 53., 2008, Varenna. **IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO CHE CAMBIA**. Milano: Giuffrè, 2008. 741 p.

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. Por Porto Alegre, **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, n. 2, p.169-188, jan./mai. 2004,

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 09;

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. rev. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 212, p. 57-70, abr./jun. 1998.

\_\_\_\_\_. **Discrecionalidade e controle judicial**. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. Regulamento e princípio da legalidade, **Revista de Direito Público**, São Paulo, nº 96, p. 42-50, out./dez. 1990.

\_\_\_\_\_. Sociedades mistas, empresas públicas e o regime de direito público, **Revista de Direito Público**, São Paulo, nº 97, p. 29-36, jan./mar. 1991.

\_\_\_\_\_. "Poder" regulamentar ante o princípio da legalidade, **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, nº 01, p. 71-78, jan./mar., 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3ª ed. vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 78-121

BASSI, Nicola. **Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti**. Milano: Giuffrè, 2001. p. 105-256; *ATTI DEL LIII CONVEGNO DI STUDI DI SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE*, 53., 2008, Varenna. **IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO CHE CAMBIA**. Milano: Giuffrè, 2008

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **O Futuro da Democracia – uma defesa das regras do jogo**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

BONGIOVANNI, Giorgio. **Costituzionalismo e teoria del diritto: sistema normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica**. 4ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2009.

BURDEAU, François. **Historie du droit administratif**. Paris: PUF, 1995.

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

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CADEMARTORI, Sérgio U. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. 2ª ed. Atual. Ampl. Florianópolis: Millennium, 2007.

CALSAMIGLIA, Albert. **Postpositismo**, **DOXA**, n. 21, p. 209-220, abr./1998, Alicante. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>. Acessado em: 07/09/2008.

CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*. in: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

CARRACEDO, José Rubio. *Constructivismo, utopia y ética: la legitimación ética del poder*, *Revista de Estudios Políticos*, n. 40, jul./ago. 1984, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CITADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia. *ALCEU* - v.5 - n.9 - p. 105 a 113 - jul./dez. 2004

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. in: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2005.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípio da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, nº 84, p. 47-63, out./dez. 1987.

COSTA, Pietro. *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*. in: COSTA, Pietro et ZOLO, Danilo (a cura di). *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*. 3ª ed. Milano: Feltrinelli, 2006.

DALLARI, Adilson Abreu. Administração pública no estado de direito, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, nº 05, p. 33-41, jan./mar., 1994.

DE LORA, Pablo. *Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortíssimo*. in: CARBONELL, Miguel et SALAZAR, Pedro (edición). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2005. pp. 251-265

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

- DÍAZ, Elias. **Estado de Direito e Sociedade Democrática**. Madrid: Divulgación Universitaria, 1979.
- DIEZ DEL CORRAL, Luis. *El liberalismo doctrinario*. 4º ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. (Coleção professor Gilmar Mendes, v. 2). São Paulo: Método, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. 2ª ed. Trad. Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 1989
- EHRARDT SOARES, Rogério. Princípio da legalidade e administração constitutiva. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, LVII (1981).
- FAORO, Raymundo. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**. Revista da USP. São Paulo: Edusp, 1997. p. 14-29.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*. vol. 1. Roma: Laterza, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Principia iuris: una discusión teórica*, **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31, pp. 393-434, Alicante: 2008.
- \_\_\_\_\_. *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*, **Isonomía**, nº 16, Alicante, abr/2002, pp. 6-21.
- \_\_\_\_\_. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989). 9ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. Curitiba, 2010. Trabalho não publicado
- \_\_\_\_\_. **O Direito como sistema de garantias**. in: OLIVEIRA JR., José Alcebiades de(Org.). **O novo em Política e Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una Teoría Axiomatizada del Derecho*, **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante (ES), nº 20, p. 235-278, 1997. Acessado em 28/08/2004. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/1249387535569372>

[8543657/cuaderno20/Doxa20\\_08.pdf](#)

\_\_\_\_\_. *Risposta all'articolo "Axiomatization of legal theory" di Jerzy Wróblewski*, **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, Milano: Giuffrè, IV Serie, n. L, p. 148-151, 1973

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A função social da dogmática jurídica**

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1958.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración**. 5ª ed. amp. reimp. Madrid: Thomson & Civitas, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo *et* FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1981.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Escritos Politicos y Sociales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

GRAU, Eros Roberto. Poder Discricionário, **Revista de Direito Público**, São Paulo, nº 93, p. 41-46, jan./mar. 1990.

\_\_\_\_\_. Discricionarietà técnica e parecer técnico, **Revista de Direito Público**, São Paulo, nº 93, p. 115-116, jan./mar. 1990.

\_\_\_\_\_. Princípio da equivalência e o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, **Revista de Direito Público**, São Paulo, nº 96, p. 61-68, out./dez. 1990.

\_\_\_\_\_. Autarquia: interpretação do preceito legal que define sua competência (desvio de finalidade; abuso de poder; questão de fato e questão de direito; adaptação do direito às necessidades da vida social), **Revista de Direito Público**, São Paulo, nº 100, p. 83-87, out./nov. 1991.

\_\_\_\_\_. Poder de polícia: função administrativa e princípio da legalidade: o chamado "direito alternativo", **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, nº 01, p. 88-103, jan./mar., 1993.

GODECHOT, Jacques (Comp.). **Les constitutions de la France depuis 1789**. Paris: Gf Flammarion, 2006. 533 p.

GORDILLO, Agustín A. *El derecho administrativo a fin del siglo*. in: FERNÁNDEZ, José Luis Soberans (org.). *Tendencias actuales del derecho*. México: [s.e.], 2001.

GOZZI, Gustavo. *Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca*. in: COSTA, Pietro et ZOLO, Danilo (a cura di). *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*. 3ª ed. Milano: Feltrinelli, 2006.

\_\_\_\_\_. *Democracia e diritti: Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*. 3ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2003.

GODECHOT, Jacques (Comp.). **Les constitutions de la France depuis 1789**. Paris: Gf Flammarion, 2006.

GÜNTER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. **Cadernos de Filosofia Alemã**, 6, p. 85-102, São Paulo, 2000.

HALÉVY, Élie. *L'ère des tyrannies*. Paris: Gallimard, 1938.

HESPANHA, Antonio Manuel. Representação dogmática e projectos de poder para uma arqueologia da teoria do direito administrativo. **Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra**. Número especial: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia. v. III. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 103-142.

\_\_\_\_\_. **Um poder um pouco mais que simbólico**: juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito. in: FONSECA, Ricardo Marcel e SEELAENDER, Airton C. L. **História do Direito em Perspectiva - Do Antigo Regime à Modernidade**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 149-153.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Valores de la Democracia Constitucional, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31 (2008), pp. 207-212

IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Lineamenti del diritto amministrativo*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 2010.

JESCH, Dietrich. *Ley y administración: estudio de la evolución del principio de legalidad*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1960.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005

JOUANJAN, Olivier. *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*. Paris: PUF, 2005.

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

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 10, 1992, p. 134-146.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

LASSALE, Ferdinand. *Manifiesto Obrero y otros escritos políticos*. Trad. Joaquin Abellan Garcia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

LAQUIÈZE, Alan. *État de droit e sovranità nazionale in Francia*. in: COSTA, Pietro et ZOLO, Danilo (a cura di). *Lo stato di diritto*: storia, teoria, critica. 3ª ed. Milano: Feltrinelli, 2006.

MACIEL, Débora Alves et KORNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises, **Lua Nova**, nº 57, São Paulo: 2002, pp. 113-133.

McCRAW, Thomas K. *Prophets of Regulation*. London: Cambridge (Ma), 1984.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.

MANNORI, Luca e SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. Roma-Bari: Laterza, 2006.

MAZZARESE, Tecla. Principia iuris: optimismo metodológico y reafirmación de la cultura de los derechos, **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 31, Alicante: 2008, p. 261-278.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2003.

MEINEL, Florian. *Ernest Forsthoff and the Intellectual History of German Administrative Law*. German Law Journal, 2007, vol. 08, n. 08, p.787. Acessado em 16/02/10. Disponível em:<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=849>

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 1992

MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Granada: Comares, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2 ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1998.

MORAES, Germana de Oliveira. **Constrole jurisdicional da administração pública**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1976.

MORESO, Juan José. *Ferrajoli o el constitucionalismo optimista*, **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008), pp. 279-288

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito - Do Estado Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito**. Coimbra, 1987.

OLIVEIRA, Fábio. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. 2ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. (Reimpressão da edição de maio de 2003). Coimbra: Almedina, 2007.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo garantista y democracia*. **Crítica Jurídica**, n. 22, p. 31-66, Curitiba, jul.-dez./2003.

POZZOLO, Suzana. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, **DOXA**, nº 21, Alicante, 1998, pp. 339-353

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional*. **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, nº 31, 2008, pp. 325-354.

RETORTILLO BAQUER, Lorenzo Martín. *La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de "daseinsvorsorge"*. Acessado em 04/05/2008. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/>

RESTA, Eligio. *La ragione dei diritti*. in: GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le Ragioni del Garantismo**. Torino: Grappichelli, 1993.

RITTER, Gerhard A. *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*. Madrid: Ministerio do Trabajo y Seguridad Social, 1991.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. **Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil** in: ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do estado de direito**: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

RÖMER, Peter. *La teoría pura del derecho, de Hans Kelsen, como ideología y como crítica de la ideología*. in: KELSEN, Hans. **Esencia y valor de la democracia**. Barcelona: Ediciones Guadarrama, 1977.

ROSANVALLON, Pierre. *L'État en France de 1789 à nos jours*. Paris: Seuil, 2004.

ROSELLEK, Renhairt. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 10, 1992, p. 134-146.

SANTORO, Emilio. *Rule of law e "libertà degli inglesi"*: l'interpretazione di Albert Venn Dicey. in: COSTA, Pietro et ZOLO, Danilo (a cura di). **Lo stato di diritto**: storia, teoria, critica. 3ª ed. Milano: Feltrinelli, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLO, Oscar. **El marco teórico en la investigación dogmática**. in: COURTIS, Christian (org.). **Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica**. Madrid: Trotta, 2006.

SOBOUL, Albert. **História da revolução francesa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. Conceito de mérito no direito administrativo. **RDA**, São Paulo, Seleção Histórica, p. 189-203

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. **A polícia e o rei-legislador**. in: BITTAR, E. **História do direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2003.

SERRANO, José Luis. **Validez y Vigencia – La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica**. Madrid: Trotta, 1999.

SENESE, Salvatore. *Consideraciones extravagantes de un <<jurista empírico>>*, **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008), pp. 369-382

SORDI, Bernardo. *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia: la prospettiva storica* in: **ATTI DEL LIII CONVEGNO DI STUDI DI SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE**, 53., 2008, Varese. **IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO CHE CAMBIA**. Milano: Giuffrè, 2008.

\_\_\_\_\_. *Il primo e l'ultimo Forsthoff*. **Quaderni Fiorentini**, n° 25, Florença: Giuffrè, 1996, p. 667-682.

\_\_\_\_\_. *Tra Weimar e Vienna: amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*. Milano: Giuffrè, 1987.

SORRENTINO, Federico. **Legalità e delegificazione**. in: PINELLI, Cesare (a cura di). **Amministrazione e Legalità: fonte normative e ordinamenti**. **ATTI DEL CONVEGNO - Macerata, 21 e 22 maggio 1999**. Milano: Giuffrè, 2000.

SPENCER, Herbert. **Texts in the history of political thought**. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. Malheiros: São Paulo: 1993

STOLLEIS, Michael. *Public law in Germany: 1800-1914*. New York/Oxford: Berghahn Books, 2001.

TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 166, 37-44, out./dez. 1986.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

TOCQUEVILLE, Alex. **O antigo regime e a revolução**. (Os Pensadores). 2ª. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha por el Estado de Derecho*. Bologna: Real Colegio de España, 1975.

VIANNA, Luiz Verneck. Poder Judiciário, "Positização do Direito Natural" e Política, Rio de Janeiro, **Estudos Históricos**, n. 18, p. 1-20, 1996.

VIANNA, Luiz Verneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILE, Maurice J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: SAFe, 1995.

WEBER, Max. **Escritos políticos**. 2ª ed. Madrid: Alianza editorial, 2008.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WOLOCH, Isser. *The new regime: transformations of the french civic order, 1789-1820S*. New York: W. W. Norton & Company, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 2002.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2.ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

ZOLO, Danilo. *Ragione, diritto e morale nella teoria del garantismo*. in: GIANFORMAGGIO, Leticia. *Le Ragioni del Garantismo*. Torino: Grappichelli, 1993.