

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MELANIE MERLIN DE ANDRADE

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E RACIONALIDADE MATERIAL:
*pretensão à correção para além da legalidade***

CURITIBA 2013

MELANIE MERLIN DE ANDRADE

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E RACIONALIDADE MATERIAL:
*pretensão à correção para além da legalidade***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes

CURITIBA
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

MELANIE MERLIN DE ANDRADE

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E RACIONALIDADE MATERIAL: *pretensão à correção para além da legalidade*

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Membro

Prof. Dr. José Eduardo Elias Romão
Controladoria-Geral da União - CGU

Membro

Prof^a. Dra. Angela Cassia Costaldello
Universidade Federal do Paraná UFPR

Curitiba, 26 de março de 2013

Dedico este trabalho aos meus pais Giselle e Sergio por terem ensinado a mim e ao meu irmão o valor do estudo, tendo realizado tantos sacrifícios durante a vida para nos dar cultura e educação de qualidade.

AGRADECIMENTOS

Nestes dois anos de mestrado foram muitos aqueles que me auxiliaram, desde o ingresso no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR até a finalização deste trabalho. Há que se destacar, contudo, as contribuições do grande amigo, colaborador e interlocutor de discussões jurídicas e filosóficas intermináveis: Michel Presley Fernandes, o qual foi de fundamental importância em todas as fases do mestrado, revelando-se consultor, corretor e revisor de toda minha produção acadêmica. Como não poderia deixar de ser, agradeço a Deus por ter me dado essa oportunidade e a meus pais, Giselle e Sergio, e meu irmão Daniel, pela paciência, especialmente diante das tantas ausências nesse período de dedicação. Consigno minha dívida de gratidão com meu orientador Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes que foi o grande incentivador, sem o qual, talvez, eu nem sequer chegasse a me inscrever no processo seletivo. Fica meu agradecimento aos professores Cesar Antonio Serbena, Ricardo Marcelo Fonseca, Clèmerson Merlin Clève, Vera Fradera, Tatyana Friedrich e Rosicler Santos por compartilharem seu conhecimento e abrirem um mundo novo para mim, o qual certamente mudou a forma que vejo a vida. À colega de mestrado e amiga Edna Felício Torres Câmara, com quem compartilhei os momentos de “desespero acadêmico” pela grande ajuda, especialmente no tocante ao Alexy e às formalidades da pós, e pela amizade. Aos colegas de pós-graduação Saulo Lindorfer Pivetta, Maira Portes, Paula Pessoa, Luasses Gonçalves dos Santos, Adriano Barbosa, Christian Delgado Suárez, Flávio Antônio da Cruz, Maurício Timm do Valle, Pricila Carrano e Francisco Zardo, por terem tornado as aulas mais enriquecedoras e divertidas e pelo laço de amizade que se seguiu para além da Universidade. Também não posso deixar de mencionar os amigos do Programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo: Fábio Gomes dos Santos e Frederico Gonçalves Junkert, com quem tive o prazer de travar discussões enriquecedoras. Agradeço aos meus amigos e brilhantes acadêmicos Christienne e Luiz Henrique Krassuski Fortes. Aos amigos Ricardo Alexandre da Silva e Silvia Araki da Silva por estarem sempre prontos para ajudar, contribuindo com ideias, sugestões e ainda cafés interessantíssimos, para discutir direito, sociologia, filosofia e para jogar conversa fora. Por fim, mas não menos importante, registro meu agradecimento, com muitas saudades, à Vó Oldy e ao vô Valdir, que muito embora

não estejam mais de corpo presente entre nós, tenho certeza de que estiveram torcendo por mim durante todo esse tempo.

Só os apaixonados contestam, protestam, procuram a transformação. As paixões não cegam; elas iluminam, utopicamente, o destino do ser apaixonado. A paixão é o alimento da liberdade. Não pode, portanto, existir pragmática da singularidade humana, sem seres apaixonados que a realizem. A paixão é o que nos diferencia dos seres inanimados, que simulam viver olhando, indiferentemente, o mundo à espera da morte.

Luiz Alberto Warat

RESUMO

Neste trabalho objetiva-se tratar da recepção da racionalidade material – concretizada no valor justiça e na pretensão à correção - na Administração Pública brasileira. Para tanto, utilizou-se como base o modelo do tipo ideal de burocracia weberiana, o qual em muito subsiste no modelo de administração pública gerencial, implantado no Brasil em 1998. A partir desses conceitos, tendo por base que a justiça é um dos elementos legitimadores do direito e valendo-se dos instrumentais teóricos de Robert Alexy, apresenta-se a teoria dos princípios para introduzir as bases estruturais da Administração Pública brasileira, consignadas no artigo 37 da Constituição. A legalidade, entendida como regra, recebe atenção especial não só em razão do entendimento diverso que lhe é dado por Weber, Alexy e pela doutrina brasileira, mas também em razão da juridicidade, segundo a qual a legalidade deve ser percebida como subsunção do fato não só à lei, mas ao Direito. Desta forma, e, tendo em vista que a justiça é um valor institucionalizado pelo direito, uma lei extremamente injusta carece de validade e não deve ser aplicada pelo administrador público. De posse desses conceitos, apresentam-se três pressupostos para a recepção do valor justiça na burocracia: a dominação legal-racional está permeada por valores, a tese de que na função principiológica se encontram as racionalidades formal e material, e, ainda, a aplicação da fórmula de Radbruch para afastar a validade e, portanto, a aplicação da lei extremamente injusta na esfera administrativa. Com base nesses pressupostos, são trazidos à baila princípios e regras a serem recepcionados pela Administração Pública, concretizando o acolhimento da racionalidade material. Assim, aborda-se a incorporação do direito fundamental à boa administração pública, a exigência de maior autonomia do servidor público especializado, bem como apresenta-se uma nova leitura da vinculação e a discricionariedade, as quais podem ser entendidas como uma questão de intensidade à juridicidade e, ao final, a motivação obrigatória dos atos administrativos, o que se coaduna com a pretensão à correção.

Palavras-chaves: Administração Pública, justiça, burocracia, Max Weber, Robert Alexy, Talcott Parsons, Juarez Freitas

ABSTRACT

This work aims to approach the reception of substantive rationality in public administration. Therefore, Weber's ideal model of bureaucracy, which remains in the Managerial Public Administration model implemented in Brazil in 1998, was used as a basis. From this concept, on the basis that justice is one of the legitimizer elements of law, and relying on Robert Alexy's theoretical suppositions, the theory of the principles is presented in order to introduce the structural basis of Brazilian public administration, laid down in Article 37 of Federal Constitution. Legality, understood as a rule, receives special attention not only because of the diverse understanding given to it by Weber, Alexy and the Brazilian doctrine, but also on grounds of juridicity, according to which, legality must be perceived as subsumption of the fact not only to the law, but also to the principles and human rights. Thus, considering that justice is an institutionalized value, an extremely unjust law lacks validity and should not be applied by the public administrator. In possession of these concepts, three assumptions for the reception of justice as a value by bureaucracy are presented: the rational-legal domination is permeated by values; the formal and material rationalities can be found in the function related to principles; the application of Radbruch's formula to keep the validity of the extremely unfair law away. Based on these assumptions, principles and rules to be received by Public Administration are brought up, achieving the internalization of substantive rationality. So, we approach the incorporation of the fundamental right to good public administration and the increasing autonomy of the specialized public servants, as well as we present a new reading of the binding and discretionarity, which may be understood as a matter of intensity to juridicity and, at last, the mandatory motivation of administrative acts, which is in line with the claim to correctness.

Key-words: Public Administration, justice, bureaucracy, Max Weber, Robert Alexy, Talcott Parsons, Juarez Freitas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. BUROCRACIA.....	13
1.1 TIPOS IDEAIS.....	14
1.2 AÇÃO SOCIAL.....	17
1.3 FORMAS DE DOMINAÇÃO: RACIONAL, CARISMÁTICA E TRADICIONAL.....	21
1.4 BUROCRACIA: DOMINAÇÃO LEGAL.....	24
1.5 LEGALIDADE E LEGITIMIDADE.....	27
1.5.1 Racionalização e Direito	27
1.5.2 Direito Formal e Direito Material.....	34
1.6 WEBER E O POSITIVISMO.....	37
2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PRINCÍPIOS.....	43
2.1 TEORIA DOS PRINCÍPIOS E DAS REGRAS.....	43
2.2 A FUNÇÃO PRINCIPIOLÓGICA PARA ALEXY.....	48
2.3 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL.....	51
2.4 “PRINCÍPIOS” DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: RELEITURA POR MEIO DO CRITÉRIO CLASSIFICATÓRIO DE ROBERT ALEXY.....	56
2.5 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL E A SUBSISTÊNCIA DE ELEMENTOS DO MODELO BUROCRÁTICO.....	58
3. A LEGALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	65
3.1 LEGALIDADE SOB A ÓTICA WEBERIANA.....	65
3.2 LEGALIDADE E A TEORIA DE ROBERT ALEXY.....	67
3.3 PANORAMA DA LEGALIDADE NO BRASIL.....	68
3.4 A LEGALIDADE E A JURIDICIDADE.....	71
4. A LEGALIDADE E A LEI EXTREMAMENTE INJUSTA.....	77
4.1 JUSTIÇA: VALOR INSTITUCIONALIZADO PELO DIREITO.....	77
4.2. A JUSTIÇA COMO CORREÇÃO:.....	87
4.3 A FÓRMULA DE RADBRUCH E A EXTREMA INJUSTIÇA.....	90
4.4 A AUSÊNCIA DE VALIDADE JURÍDICA DA LEI EXTREMAMENTE INJUSTA.....	98

5. A RECEPÇÃO DO VALOR JUSTIÇA E A PRETENSÃO DE CORREÇÃO NA BUROCRACIA.....	102
5.1 PRESSUPOSTOS.....	102
5.1.1 A justiça e os direitos fundamentais como legitimadores do Estado: dominação legal-racional.....	103
5.1.2 As duas racionalidades weberianas e a função principiológica.....	108
5.1.3 A “ilegalidade” da atuação extremamente injusta no caso concreto: a fórmula de Radbruch na Administração Pública.....	113
5.2 PRINCÍPIOS E REGRAS A SEREM RECEPCIONADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	115
5.2.1 O princípio do direito fundamental à boa administração pública.....	116
5.2.2 A autonomia do servidor público especializado.....	121
5.2.3 Vinculação e discricionariedade: uma questão de intensidade à juridicidade.....	124
5.2.4 Motivação obrigatória nos atos administrativos: a pretensão à correção.....	129
CONCLUSÃO.....	136
REFERÊNCIAS.....	138

INTRODUÇÃO

Este presente tem por objeto abordar a recepção da racionalidade material pela administração pública brasileira. A importância no tema reside na necessidade de reflexão crítica acerca do atual modelo de Administração Pública brasileira e a sua relação com a justiça e a legalidade. O método científico a ser utilizado será o dedutivo.

A vista disso, parte-se da teoria de Max WEBER, para analisar a administração pública, traduzida na burocracia. Para tanto, discorrer-se-á acerca dos tipos ideais, da ação social e das formas de dominação, consignando que a burocracia é o modelo típico da dominação legal-racional. Estudar-se-á, ainda, as concepções de legalidade e legitimidade em WEBER, bem como a racionalização e o direito tanto formal, quanto material. De posse de todos esses elementos, relacionar-se-á a teoria de WEBER ao movimento positivista, esclarecendo que este sofreu várias críticas, especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial, quando ideias não positivistas começam a tomar fôlego, implicando, entre outras coisas, na inserção de princípios nos ordenamentos jurídicos.

Passar-se-á, então, a tratar da teoria dos princípios e da função principiológica utilizando-se de instrumentais metodológicos propostos por Robert ALEXANDER. Em seguida, estudar-se-á os princípios da Administração Pública no Brasil e a permanência de elementos do modelo burocrático no arquétipo da administração pública gerencial.

De posse desses conceitos, a legalidade será objeto de estudo, ocasião em que apresentará a ótica weberiana e a de ALEXANDER, com um panorama acerca do entendimento da legalidade no Brasil, para então se discorrer sobre a juridicidade. A legalidade, assim, é relacionada à ausência de validade da lei extremamente injusta. Defender-se-á, de tal modo, que a justiça é um valor institucionalizado pelo Direito, com base na teoria de Talcott PARSONS. Adotar-se-á, em seguida, os conceitos de Robert ALEXANDER acerca da extrema injustiça e da justiça como correção.

No último capítulo, utilizando-se de todos os instrumentais supramencionados, apresentar-se-á três pressupostos para a recepção do valor justiça e da pretensão de correção na burocracia: a justiça e os direitos fundamentais como legitimadores do Estado, a relação entre as duas racionalidades weberianas e a função principiológica e a ausência de validade da atuação

extremamente injusta no caso concreto, com a aplicação da fórmula de Radbruch na Administração Pública. Sob esses pressupostos, expor-se-á alguns princípios e regras a serem implementados, uma vez que se coadunam com a absorção da racionalidade material na burocracia: o princípio do direito fundamental à boa administração pública, a autonomia do servidor público especializado, a releitura da vinculação e da discricionariedade como uma questão de vinculação à juridicidade e a motivação obrigatória dos atos administrativos, em razão da pretensão à correção.

1. BUROCRACIA

Maximilian Karl Emil Weber, conhecido como Max WEBER, nascido em 21 de abril de 1864 e falecido em 14 de junho de 1920, é considerado um dos fundadores do estudo moderno da sociologia. Seus trabalhos influenciaram a economia, a filosofia, o direito, a ciência política e a administração.

Raymond ARON¹ classifica suas obras em quatro categorias: 1) estudos de metodologia, crítica e filosofia, que tratam essencialmente do espírito, objeto e métodos das ciências humanas, história e sociologia, tendo como principais trabalhos de tal gênero aqueles reunidos na obra *Ensaio sobre a Teoria da Ciência*; 2) obras propriamente históricas, como: um estudo sobre as relações de produção na agricultura do mundo antigo, uma história econômica geral, cursos dados por Max WEBER e publicados após sua morte, trabalhos especiais sobre problemas econômicos da Alemanha ou da Europa contemporânea; 3) trabalhos sobre sociologia da religião, a começar pelo estudo sobre as relações em *Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*, no qual é feita uma análise comparativa das grandes religiões e da ação entre condições econômicas, situações sociais e convicções religiosas; 4) o tratado de sociologia geral intitulado *Economia e Sociedade*, publicado postumamente.

Grande parte da obra de WEBER trata do que ele chama de processo de racionalização e “desencantamento do mundo”, que é próprio da sociedade moderna e capitalista. Ele relaciona o estilo de vida de uma determinada sociedade à sua religião, ainda que deixe claro que existem várias causas para um mesmo fenômeno, a partir da chamada filosofia compreensiva. Salientou a importância de algumas características específicas do protestantismo ascético, que levou ao nascimento do capitalismo, da burocracia e do Estado racional e legal nos países ocidentais.

Ao definir Estado, WEBER o conceitua como “uma entidade que reivindica o monopólio do uso legítimo da força física”, o que acabou sendo tomado como paradigma no estudo do Direito.

¹ ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Trad. Sergio Bath. Rev. Aureo Pereira de Araújo. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1982. p. 463-464.

Inicialmente, far-se-á uma breve exposição acerca de alguns dos conceitos construídos por WEBER, especialmente os que dizem respeito à burocracia

1.1 TIPOS IDEAIS

Neste primeiro capítulo, pretende-se abordar a burocracia weberiana. Para tanto, faz-se necessário uma breve análise acerca dos tipos ideais, os quais são pontos-chave para sua compreensão.

Os tipos ideais só são possíveis a partir de uma compreensão “desmagificada”, ou seja, racionalizada, do mundo. O objetivo de sua criação é dar rigor aos conceitos utilizados pelo método histórico. O tipo ideal é obtido com a acentuação unilateral de um ou vários pontos de vista e com o encadeamento de vários fenômenos isolados, difusos e discretos, que se encontram ora em grande, ora em pequeno número, até o mínimo possível, ordenando-se segundo os anteriores pontos de vista escolhidos para formar um quadro de pensamento homogêneo. Logo, “o tipo ideal designa o conjunto dos conceitos que o especialista das ciências humanas constrói unicamente para os fins da pesquisa”²

Comenta Raymond ARON³ que Max WEBER chama de tipos ideais três espécies de conceitos. O primeiro é o dos tipos ideais de indivíduos históricos, como é o caso de capitalismo (o tipo ideal é uma reconstrução inteligível de uma realidade histórica global e singular). O segundo é o dos tipos ideais que designam elementos abstratos da realidade histórica, tendo-se como exemplo a burocracia (definição de um aspecto das instituições políticas que não cobre todo um regime e que pode ser encontrado em diferentes momentos da história). O terceiro e último é o do tipo ideal constituído pelas reconstruções racionalizantes de condutas de um tipo particular, tal qual a teoria econômica que, para ser construída, leva em consideração um sujeito ideal econômico puro.

Portanto, vislumbra-se que os tipos ideais não são uma construção arbitrária, totalmente subjetiva e pessoal. Ao contrário, “são uma maneira de o

² FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Trad. Luiz Cláudio de Castro e Costa. Rev. Paulo Guimarães do Couto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 48.

³ ARON, Raymond. **As etapas do pensamento...** *Op. Cit.* p. 483-485.

pesquisador aproximar-se da realidade, tentando pensá-la de forma objetiva, visando a generalização⁴.

A teoria dos tipos ideais desenvolve-se no contexto em que WEBER, depois de refletir sobre os fundamentos lógicos das ciências sociais, preocupa-se em esclarecer “qual é a função lógica e estrutural dos conceitos com os quais trabalha a nossa ciência à semelhança de qualquer outra”⁵.

Com a construção de tipos ideais, WEBER pretendia, entre outras coisas, dotar as ciências sociais de univocidade conceitual. Segundo ele, o tipo ideal possui um componente explicativo ou generalizante, de modo que o pesquisador deve sempre comparar o mundo objetivo com seus conceitos, verificando se eles se aproximam ou se distanciam dessa idealização. Isso porque, como mencionado anteriormente, ele parte de uma teoria compreensiva e não explicativa da realidade⁶.

Compreensão, nesse contexto, equivale à captação de sentido, o qual pode estar presente realmente na ação particular, no caso da consideração histórica, na média, de modo aproximativo, quando considerado sociologicamente, e construído cientificamente pelo método tipológico, por meio da constituição do tipo ideal de um fenômeno frequente⁷. Mais do que isso, a realidade e o tipo ideal devem guardar certa distância, de modo que isso é o que proporciona a medida da possibilidade de comparação entre os fenômenos.

Assim, a utilidade desse conceito está em oferecer um marco referencial que permite determinar “em que medida uma determinada conexão significativa aproxima-se ou distancia-se do quadro ideal”⁸, restando possível decidir o quanto essa realidade pode ser classificada dentro de tal marco, no sentido conceitual.

A idealidade desta construção conceitual está no fato de que se trata de uma utopia, ou melhor, uma “uma racionalização utópica”⁹, que nunca é encontrada, ou raramente pode ser encontrada em sua pureza na realidade empírica e concreta.

⁴ SELL, Carlos Eduardo. **Sociologia Clássica: Marx, Durkheim e Weber**. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 111.

⁵ *Ibidem*. p. 110.

⁶ Weber define sociologia da seguinte forma “chamamos de sociologia (e é neste sentido que tomamos este termo de significações as mais diversas) uma ciência cujo objetivo é compreender pela interpretação (*deutend wershstehen*) a atividade social, para em seguida explicar causalmente o desenvolvimento e os efeitos dessa atividade.” WEBER, Marx. *Wirtschaft and Gesellschaft*, p. 1, *apud* FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. *Op. Cit.* p. 71.

⁷ SAINT-PIERRE, Héctor Luis. **Max Weber entre a paixão e a razão**. Campinas: Editora Unicamp, 2004. p. 62.

⁸ *Ibidem*. p. 59.

⁹ FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber... Op. Cit.** p. 50.

Isso porque o tipo ideal é uma construção mental elaborada pelo sujeito, elemento fundante na explicação da realidade social. Como referido, esse indivíduo acentua unilateralmente o aspecto da realidade que pretende investigar, revelando-se um aspecto subjetivo do tipo ideal. Portanto, ele não reproduz ou reflete a realidade como si mesma, de modo que se trata de uma utopia, uma idealização da realidade e não uma cópia da essência dos fenômenos, ou uma tradução objetiva.¹⁰

Tal concepção revela a influência de Immanuel KANT no pensamento de WEBER. Segundo KANT, o sujeito é o elemento central do conhecimento, diferentemente das teorias empiristas e racionalistas que sustentam que o homem simplesmente apreende esse conhecimento:

Kant sintetiza as teorias do empirismo e do racionalismo, criando uma solução ao problema gnosiológico tão debatido por essas correntes, uma vez que admite que o início do conhecimento se dá por meio da experiência, a qual deve obrigatoriamente ser sintetizada pela razão, para, então, se chegar ao conhecimento, ainda que fenomênico e subjetivo. O homem está sempre numa relação com as coisas, tal relação não é volitiva. Conhecer as coisas é apenas uma possibilidade de estabelecer o ser humano.¹¹

A partir disso, é possível conceber tipos ideais da seguinte forma:

Em suma, ele [tipo ideal] consiste em uma representação ideal e consequente de uma totalidade histórica singular, obtida por meio de racionalização utópica e de acentuação unilateral dos traços característicos e originais, para dar uma significação coerente e rigorosa ao que parece como confuso e caótico em nossa experiência puramente existencial.¹²

Em síntese, as características do tipo ideal são as seguintes: é um meio e nunca o fim do conhecimento científico, na medida em que é uma utopia, não podendo constituir o objetivo da investigação da realidade - esse caráter é tido como resultante de um exagero de alguns traços da realidade selecionados em razão da significação que estes possuem para um determinado ponto de vista que confira unilateralidade ao tipo ideal.¹³

A burocracia, como se verá, é um tipo ideal.

¹⁰ SELL, Carlos Eduardo. **Sociologia Clássica...** *Op. Cit.* p. 110.

¹¹ MERLIN DE ANDRADE, Melanie; SALDANHA, Eduardo. **Immanuel Kant, Idealismo e a Carta da ONU.** Curitiba: Juruá, 2008. p. 27-28.

¹² FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber...** *Op. Cit.*, 2010. p. 50.

¹³ SAINT-PIERRE, Héctor Luis. **Max Weber...** *Op. Cit.* p. 60.

1.2 A AÇÃO SOCIAL

Os conceitos tratados a seguir são tipos ideais. Nesse tópico, tentar-se-á demonstrar que as formas de dominação não se realizam de maneira pura e que delas decorrem outros tipos ideais, como é o caso da burocracia.

Com base na concepção de tipo ideal, desenvolve-se a teoria da ação social weberiana, na qual o indivíduo é o fundamento da explicação sociológica. Portanto, faz-se necessário ocupar-se desse conceito de ação social, que é o objeto de estudo da sociologia.

O que está na mira da sociologia weberiana, porém, não é a “ação” de um indivíduo, mas a *ação social*: “A *ação social*, portanto, é uma ação onde o sentido atribuído por seu sujeito ou sujeitos está referido à conduta de *outros*, orientando-se por esta em seu desenvolvimento”.

(...)

A ação do indivíduo e o significado que esta aponta constituem o único processo que pode ser compreendido. Só a partir de tal compreensão é que as ciências sociais podem alcançar o significado de cada relação e estrutura social e não o inverso, pois estas estão, em última instância, constituídas pela ação do indivíduo no mundo social.¹⁴

Há que se esclarecer que a ação é uma conduta, um comportamento, para a qual o agente ou os agentes atribuem um sentido subjetivo¹⁵. Já a ação social é aquela que, quanto ao sentido visado pelo agente ou pelos agentes, refere-se ao comportamento de outros, orientando-se por este em seu curso.

Por conseguinte, a atividade social pressupõe a relatividade significativa ao comportamento de outrem. Ilustra Julien FREUND:

Faltando essa relatividade, uma atividade uniforme de várias pessoas isoladas não poderia ser tida como social; por exemplo, o fato de abrirem os transeuntes de uma rua os seus guarda-chuvas, ao mesmo tempo, para se protegerem de um aguaceiro que começa a cair. Mesmo a imitação e a tradição não comportam necessariamente uma atividade social quando são simples repetição de um gesto para si mesmo, sem orientação segundo o comportamento de um terceiro. Evidentemente, na realidade, as transições entre a imitação, que é simples reação de gesto, e a que comporta uma relatividade significativa são muitas vezes vagas; em geral, a distinção só se pode fazer encarando-se cada caso particular. Pode-se dizer o mesmo de certos comportamentos isolados, mas influenciados pela massa. Sem entrar nos detalhes da casuística estabelecida por Weber, observemos que para a sociologia compreensiva a distinção entre uma atividade que se traduz por um comportamento simultâneo ou sucessivo de várias pessoas e o que se

¹⁴ *Ibidem*. p. 47. (grifos no original)

¹⁵ SELL, Carlos Eduardo. **Sociologia Clássica...** *Op. Cit.* p. 114.

orienta significativamente segundo um terceiro é absolutamente fundamental.¹⁶

A ação social serve para “determinar até que ponto uma atividade concreta se aproxima de um puro comportamento psicológico ou um comportamento orientado no sentido de uma racionalidade significativa.”¹⁷ Ela se orienta pelas ações dos outros, de modo que sua pressuposição fundamental é a relatividade significativa do comportamento de outra pessoa.

A partir dessa ideia, WEBER cria a seguinte distinção: atividade racional por finalidade, atividade racional por valor, atividade afetiva e atividade tradicional¹⁸.

A ação tradicional consiste em uma conduta automática, diante da obediência inconsciente ao costume e porque comporta, por conta disso, elementos incompreensíveis. Ela é determinada pelo costume arraigado. Contudo, “essa ação situa-se muitas vezes no limite do comportamento racional por valor, quando o agente considera a tradição como um valor que merece ser respeitado”¹⁹. Logo, essa ação está na fronteira de uma conduta orientada por um sentido e está muito próxima dos comportamentos reativos (que não possuem sentido)²⁰.

Por sua vez, a atividade afetiva comporta elementos não compreensíveis de ordem instintiva, sensorial, emocional ou passional, ou ainda, uma sublimação a ser explicada pela sociologia ou psicanálise. Um exemplo do agir de maneira afetiva é “aquele que procura satisfazer uma vingança, aproveitar um gozo presente, dedicar-se ou entregar-se à pura felicidade contemplativa”²¹.

Já a atividade racional, que será de grande serventia neste trabalho, divide-se, segundo WEBER, em ação racional por valor, e atividade racional por finalidade. A ação racional com relação a valores é caracterizada pela inspiração, quando do curso de seu desenvolvimento, apenas na convicção do agente, sem se preocupar com as consequências previsíveis. O indivíduo age a serviço exclusivo de um valor, que pode ser uma causa de ordem religiosa, política, entre outros, com o sentimento de que o dever se lhe impõe incondicional e pessoalmente. “Vale dizer que ela [a

¹⁶ FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**.. *Op. Cit.* p. 78-79.

¹⁷ *Ibidem.* p. 80.

¹⁸ WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. vol. 1. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009. p. 15.

¹⁹ FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**... *Op. Cit.* p. 79.

²⁰ SELL, Carlos Eduardo. **Sociologia Clássica**... *Op. Cit.* p. 115.

²¹ FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**... *Op. Cit.* p. 80.

pessoa] é incapaz de tomar consciência do que há de irracional em sua conduta; isso será função da atividade racional por finalidade²².

A ação racional com relação a fins tem como característica ser uma conduta na qual há a fixação do fim, após uma reflexão, e, a partir disso o sujeito escolhe os meios mais apropriados, levando em conta consequências previsíveis, capazes de acompanhar o desenrolar da ação. Busca-se um critério tangível para ordenar o mais racionalmente possível a previsão do resultado. A atividade racional por finalidade é, pois, um caso limite teórico que não exclui, em certos níveis, a racionalidade por valor²³.

WEBER²⁴ sintetiza:

A ação social, como toda ação, pode ser determinada: 1) *de modo racional referente a fins*: por expectativas quanto ao comportamento de objetos do mundo exterior e de outras pessoas, utilizando essas expectativas como “condições” ou “meios” para alcançar *fins* próprios, ponderados e perseguidos racionalmente, como sucesso; 2) *de modo racional referente a valores*: pela crença consciente no valor – ético, estético, religioso ou qualquer que seja sua interpretação – absoluto e *inerente* a determinado comportamento como tal, independentemente do resultado; 3) *de modo afetivo*, especialmente *emocional*: por afetos ou estados emocionais atuais; 4) *de modo tradicional*: por costume arraigado.

Note-se que a ação do indivíduo e o significado apontado por ela revelam-se o único processo que pode ser compreendido, de modo que só a partir dessa compreensão é que as ciências sociais podem alcançar o significado das relações e da estrutura social e não o inverso, pois estas estão, em última instância, constituídas pela ação do indivíduo no mundo social²⁵. Quando o sentido da ação social é mutuamente referido (por exemplo, amizade, luta, troca no mercado) ocorre uma relação social.

Dessa síntese, é possível perceber que WEBER concebeu as ações sociais a partir de uma escala formal de racionalidade e irracionalidade.

Para WEBER, à ação racional referente a fins está relacionada a ética da responsabilidade ou dos fins últimos, enquanto à ação racional referente a valores conduz à ética da convicção²⁶.

²² FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber...** *Op. Cit.* p. 80.

²³ *Ibidem.* p. 81.

²⁴ WEBER, Max. **Economia e Sociedade...** *Op. Cit.* vol. 1. p. 15. (grifos no original)

²⁵ SAINT-PIERRE, Héctor Luis. **Max Weber...** *Op. Cit.* p. 47.

²⁶ SILVA, Ricardo Alexandre. **Sentença condenatória ao pagamento de soma e cumprimento de sentença: reflexos da Lei nº 11.232/2005.** Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de mestre na Universidade Federal do Paraná. 2008. p. 12.

Essas categorias se diferenciam ante a verificação de que não existe uma ética única a orientar as ações sociais.

Devemos ser claros quanto ao fato de que toda conduta eticamente orientada pode ser guiada por uma de duas máximas fundamentalmente e irreconciliavelmente diferentes: a conduta pode ser orientada para uma “ética das últimas finalidades”, ou para uma “ética da responsabilidade”. Isto não é dizer que uma ética das últimas finalidades seja idêntica à irresponsabilidade, ou que a ética de responsabilidade seja idêntica ao oportunismo sem princípios. Naturalmente ninguém afirma isso. Há, porém, um contraste abismal entre a conduta que segue a máxima de uma ética dos objetivos finais – isto é, em termos religiosos, “o cristão faz o bem e deixa os resultados ao Senhor” – e a conduta que segue a máxima de uma responsabilidade ética, quando então se tem de prestar conta dos resultados previsíveis dos atos cometidos²⁷.

Assim, tem-se que a ética da convicção é uma ética absoluta, que “simplesmente não pergunta quais as ‘consequências’”²⁸. Já a ética da responsabilidade, por outro lado, leva em consideração as consequências da ação, orientando-a para a conquista dos fins almejados e se responsabilizando pelos seus efeitos.

A ética da convicção pode ser entendida como o conjunto de normas e valores que orientam o comportamento do político na sua esfera privada. Em contrapartida, a ética da responsabilidade representa o conjunto de normas e valores que orientam a decisão do político a partir de sua posição como governante ou legislador.

Quanto à ação científica, adota-se a definição de Raymond ARON:

A ação científica é portanto uma combinação da ação racional em relação a um objetivo e da ação racional em relação a um valor que é a verdade. A racionalidade resulta do respeito pelas regras da lógica e da pesquisa, respeito necessário para que os resultados alcançados sejam válidos.²⁹

Tendo por base o conceito de ação, desenvolveu-se a teoria das formas de dominação, de modo que para cada ação racional corresponde uma forma de dominação.³⁰ A dominação também leva em consideração a relação social, de sorte que a ação recíproca dos indivíduos assume as formas duráveis que constituem o

²⁷ WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. trad. Waltensir Dutra. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A., 1982. p. 144.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ ARON, Raymond. **As etapas do pensamento...** *Op. Cit.* p. 466.

³⁰ SAINT-PIERRE, Héctor Luis. **Max Weber...** *Op. Cit.* p. 98

fundamento das estruturas sociais. A atividade institucional, característica da família e das organizações políticas - como o Estado ou a tribo, tem como base a participação do indivíduo e a obediência às normas por nascimento, independentemente de sua vontade³¹.

1.3 FORMAS DE DOMINAÇÃO: RACIONAL, CARISMÁTICA E TRADICIONAL

Como explicado no tópico anterior, só se configura uma relação social quando as ações estão mutuamente orientadas. Desse modo, se as condutas dos atores são orientadas regularmente em relação a outras condutas, é preciso que algo determine a regularidade dessas relações. Tal regularidade pode ser determinada pelo uso, costume ou uma ordem legítima³².

Entende-se por “dominação” a probabilidade de haver obediência dentro de um grupo determinado, para mandatos específicos ou não. Por conseguinte, não consiste em toda espécie de exercício de poder, ou influência sobre os outros homens, mas sim numa dominação que pode se basear em vários motivos de submissão: “desde o hábito inconsciente até o que são considerações puramente racionais segundo fins determinados”³³. É essencial, assim, que haja um mínimo de vontade ou interesse em obedecer.

Conforme WEBER, há três tipos de dominação: carismática, tradicional e legal, e a cada uma delas corresponde um tipo de ação social.

O tipo de ação afetiva confere legitimidade à dominação carismática, na medida em que a legitimidade do líder carismático vem do afeto e da confiança que os dominados depositam nele. Nessa forma de dominação, a legitimidade está baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heroico ou de caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas. Os indivíduos

³¹ GALLIANO, Guilherme A. **Introdução à Sociologia**. São Paulo: Harper & Row do Brasil, 1981. p. 80-81.

³² CHALUSNHAK, Ana Luiza. **A legitimidade da Administração Pública** – as propostas de Max Weber e Jürgen Habermas. Dissertação apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, no ano de 2004.

³³ CASTRO, Ana Maria de; DIAS, Edmundo F. **Introdução ao Pensamento Sociológico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Eldorado, 1976. p. 137.

seguem o líder como adeptos e o quadro administrativo não é composto de funcionários profissionais, mas de discípulos, séquitos ou homens de confiança.

Ainda que o carisma seja uma grande força revolucionária na história, “o caráter irracional e extra cotidiano desta forma de dominação traz o problema da rotinização do carisma, ou seja, sua transformação em um poder permanente”.³⁴ Um exemplo dado por WEBER é a democracia plebiscitária, cujo tipo transitório mais importante é a *dominação plebiscitória*. A maioria dos seus casos é encontrada nas lideranças político-partidárias no Estado Moderno. “Mas sempre existe quando o senhor se sente legitimado como homem de confiança das *massas* e é reconhecido como tal. O meio mais adequado para isso é o plebiscito”³⁵.

Já a dominação tradicional apoia-se na santidade das ordenações e poderes de mandos herdados em tempos antigos, perdendo-se até mesmo em suas origens. Ela tem por base a crença na santidade das tradições em vigor e na legitimidade dos que são chamados ao poder em virtude do costume (primogenitura, o mais antigo de uma família, etc)³⁶. “Ele reina, pois, a título pessoal, de sorte que a obediência se dirige à sua pessoa e se torna um ato de piedade”³⁷. Não há um questionamento acerca de sua legitimidade, a qual, em função de sua repetitividade, torna-se quase habitual e costumeira, denotando-se um costume arraigado. Verifica-se que esse é o tipo de dominação típico do sistema feudal.

Muito embora restem os dois tipos de ação para serem relacionados, WEBER prevê apenas mais um tipo de dominação, a “dominação legal com administração burocrática”. Para o sociólogo, o processo de burocratização coincide com o processo de racionalização.

Quanto a este último tipo, ainda que da leitura da obra de WEBER tudo leve a crer que a burocracia é resultado da legitimação pela ação social referente a fins, Héctor Luis SAINT-PIERRE³⁸, questiona, uma vez que Weber descreve dois tipos de ação racional: orientada a fins e a valores, qual seria aquele que mais se ajusta a esse tipo de dominação. Ele responde, de forma controversa entre os estudiosos de WEBER, que o sociólogo alemão afirmará que ambos o são, pois a dominação racional legal apoia-se na validade da ideia de que todo o Direito, por pacto ou

³⁴ SELL, Carlos Eduardo. **Sociologia Clássica...** *Op. Cit.* p. 139.

³⁵ WEBER, Max. **Economia e Sociedade...** *Op. Cit.* vol. 1. p. 176. (grifos no original)

³⁶ FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber...** *Op. Cit.*. Trad. Luiz Cláudio de Castro e Costa. Rev. Paulo Guimarães do Couto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 167.

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ SAINT-PIERRE, Héctor Luis. **Max Weber...** *Op. Cit.* p. 102.

outorgado, pode ser estatuído de modo racional, orientado a fins e/ou valores, com a pretensão de ser respeitado pelos membros de tal associação.

A dominação pela legalidade apresenta como característica a noção mais ou menos disseminada do Direito.³⁹ Em sociedade, todo Direito vale em virtude de um procedimento racional, consistente em um conjunto de regras abstratas.

Verifica-se que, em se tratando de poder ordinário, a dominação tradicional é revestida de pessoalidade, ao contrário da dominação legal que tem como traço marcante a impessoalidade. Já na dominação carismática, decorrente do poder extraordinário, também se revela a existência de pessoalidade. Por conta disso, o poder carismático opõe-se radicalmente ao domínio legal e ao tradicional, os quais encerram uma limitação, dado que há necessidade de respeitar a lei ou o costume, ou ainda, a obrigação de levar em conta os órgãos instituídos do controle ou então os privilégios das ordens e das diversas camadas sociais.

Em síntese:

[...] a burocracia constitui, segundo Weber, um tipo de dominação, de caráter racional, em que sua vigência está baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeadas para exercer a dominação. O burocrata deve trabalhar em obediência a regras racionais e impessoais, acompanhando o processo administrativo sem consideração por razões pessoais e subjetivas. O mundo moderno é o mundo da burocracia. Por seu lado, a dominação tradicional está baseada na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade, que é obedecida em virtude da dignidade pessoal que atribui a tradição. Não se obedece a estatutos, mas à pessoa indicada pela tradição. A dominação patriarcal, patrimonial e estamental são manifestações do processo de transformação que a dominação tradicional sofreu ao longo do tempo, propiciando o surgimento da burocracia. Por fim, a dominação carismática que está fundada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heroico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas. Obedece-se ao líder carismaticamente qualificado como tal em virtude de confiança pessoal em revelação, heroísmo ou exemplaridade dentro do âmbito da crença nesse seu carisma. Quando o líder carismático atinge o seu poder do Estado, mostra Weber, ocorre o processo de “rotinização”, transformando-se num chefe e o séquito de companheiros numa burocracia administrativa. A dominação carismática caracteriza-se pela instabilidade, enquanto a dominação burocrática tem seu forte na estabilidade.⁴⁰

³⁹ GALLIANO, Guilherme A. **Introdução à Sociologia...** *Op. Cit.* p. 81.

⁴⁰ CARVALHO, Alonso Bezerra de. **Max Weber: modernidade, ciência e educação.** Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 28-29.

Conseqüentemente, o domínio legal é o mais impessoal, o tradicional se baseia na piedade e o carismático é o da ordem do excepcional⁴¹.

Cabe consignar que WEBER delinea esses tipos de dominação da forma mais abrangente possível. Quanto à dominação legal, tenta estender seus limites de aplicabilidade de forma que possa abarcar também o tipo de dominação constatado na moderna empresa econômica burocrática.

1.4 BUROCRACIA: DOMINAÇÃO LEGAL

A partir das formas de dominação apresentadas por WEBER, tem-se que a burocracia é forma típica de organização da dominação racional legal. Do ponto de vista de seu aparato institucional, o tipo mais puro de dominação legal é aquele que se exerce por meio de um quadro administrativo burocrático⁴².

Para José Eduardo FARIA⁴³, “o crescimento das burocracias é inseparável do processo de industrialização, tendendo a se converter, no tempo, numa forma instrumental de domínio.”

Nem toda dominação se serve do meio econômico, muito menos tem fins econômicos. Contudo, a dominação sobre um grupo de pessoas requer de modo normal (não sempre absoluto) um “*quadro administrativo*; isto é, a probabilidade, em que se pode confiar, de que se dará uma *atividade, dirigida* à execução de suas ordens gerais e mandatos concretos”⁴⁴, por parte de um grupo do qual se espera obediência.

A organização burocrática está baseada na ideia de que o capitalismo requer graus crescentes de divisão do trabalho e formas novas e mais

⁴¹ Explica FREUND que, segundo WEBER, o domínio legal é de caráter racional: tem por fundamento a crença na validade dos regulamentos estabelecidos racionalmente e na legitimidade dos chefes designados nos termos da lei; o domínio tradicional tem por base a crença na santidade das tradições em vigor e na legitimidade dos que são chamados ao poder em virtude de costume (o que ele chama de piedade); e o domínio carismático repousa no abandono dos membros ao valor pessoal de um homem que se distingue por sua santidade, seu heroísmo ou seus exemplos. FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber...** *Op. Cit.* p. 167.

⁴² SELL, Carlos Eduardo. **Sociologia Clássica...** *Op. Cit.* p. 137.

⁴³ FARIA, José Eduardo. **Retórica Política e Ideologia Democrática: a legitimação do discurso jurídico liberal.** Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984. p.147.

⁴⁴ CASTRO, Ana Maria de; DIAS, Edmundo F. **Introdução ao Pensamento...** *Op. Cit.* p. 137. (grifos no original)

especializadas de administração e organização racional da produção. Porém, a burocratização atinge todas as esferas da vida social, não apenas o Estado.

A burocracia moderna funciona da seguinte forma específica:

- 1) Rege o princípio de áreas de jurisdição fixas e oficiais, ordenadas de acordo com regulamentos, ou seja, por leis ou por normas administrativas;
- 2) Os princípios da hierarquia dos postos e níveis de autoridades significam um sistema firmemente ordenado de mando e subordinação, no qual há uma supervisão dos postos inferiores pelos superiores;
- 3) A administração de um cargo moderno se baseia em documentos escritos (os arquivos), preservados em sua forma original ou em esboço;
- 4) A administração burocrática [...] supõe um treinamento especializado e completo;
- 5) A atividade oficial exige a plena capacidade de trabalho do funcionário, sendo o tempo e a permanência na repartição delimitados;
- 6) O desempenho do cargo segue regras gerais, mais ou menos estáveis ou exaustivas, e que podem ser aprendidas.

Segundo Max Weber, o crescimento do Estado e a complexidade dos problemas que este tem de resolver colocam sérios entraves para a *democracia*, pois distancia o cidadão das decisões fundamentais.⁴⁵

(...)

Acreditando que o destino da sociedade industrial é caracterizado pela racionalização e pela intelectualização, de tal forma que não existiriam forças misteriosas ou incalculáveis em condições de impedir o domínio do homem por meio da razão e do cálculo, Weber viu a burocratização como uma transição para níveis mais altos de racionalidade, objetividade e neutralidade, em função de um dado contexto econômico.⁴⁶

José Eduardo FARIA⁴⁷ explica que a burocracia surge como expressão da racionalidade e é caracterizada pelo predomínio do formalismo, implicando em regulamentos que possam prever os vários processos de relacionamentos, informações e decisões na hierarquia burocrática, na divisão horizontal e vertical do trabalho e na impessoalidade do recrutamento de quadros.

Tem-se desse modo que o funcionamento do mercado está associado à racionalidade jurídica, a qual se destaca mais pelos seus aspectos formais do que materiais, revelando-se a condição básica da vida econômica moderna, na medida em que as normas de direito positivo permitem uma certa segurança de expectativas e comportamento regulares previsíveis, o que seria imprescindível quando se está a falar de uma ação racional com relação a fins. Afinal, segundo WEBER, a demanda de garantias legais contra abusos de poder e reivindicação de igualdade perante a lei exigem objetividade formal e racional da administração, o que seria possível

⁴⁵ SELL, Carlos Eduardo. **Sociologia Clássica...** Op. Cit. p. 138.

⁴⁶ FARIA, José Eduardo. **Retórica Política...** Op. Cit. p.144.

⁴⁷ *Ibidem.* p.145.

apenas por meio da regularidade abstrata do exercício da autoridade. Esse exercício é uma das principais características das modernas formas burocráticas de dominação política.

A partir desse esboço do pensamento weberiano é que se pode compreender porque ele faz uma distinção entre a *ética de convicção*, de acordo com a qual os atos são justificáveis em nome dos fins e a serem atingidos, ficando de lado qualquer preocupação maior quanto aos meios utilizados, e a *ética de responsabilidade*, em que a validade dos fins está condicionada à escolha dos meios. Ao *ethos* burocrático Weber contrapõe a vocação do político norteada pela ética da responsabilidade. Mas adverte que ambas as éticas se complementam “e, em conjunto, formam o homem autêntico, isto é, um homem que pode aspirar à vocação política”. Na prática, pois, a justificativa da ação política em nome de uma ética de valores absolutos pode ligar-se, legitimamente, com formas de seleção com meios a serem empregados. E estes, embora possam não ser os melhores, ao menos asseguram uma certa segurança nas expectativas quanto às suas consequências, em comparação com outras alternativas⁴⁸.

Sob esse ponto de vista, WEBER está convencido de que as consequências da ação burocrática dependem da direção que lhes é conferida por aqueles que a utilizam.

Como visto, a burocracia corresponde à forma típica da dominação legal racional, fundando-se na calculabilidade dos resultados mediante adoção, pelos funcionários, da racionalidade instrumental de cálculo entre os meios e os fins. Vigem na esfera estatal e não estatal, espalhando seus tentáculos por todas as esferas da sociedade. O burocrata deve trabalhar obedecendo as ordens racionais e impessoais, acompanhando o processo administrativo, sem consideração das razões pessoais e subjetivas.

Destarte, os princípios da burocracia podem ser enumerados como:

1º. a existência de serviços definidos, o que conduz a competências precisamente determinadas por leis e regulamentos. Isso implica funções nitidamente divididas e distribuídas, da mesma maneira que são nitidamente divididos e distribuídos os poderes de decisão, indispensáveis à execução das tarefas correspondentes,

2º. A proteção dos funcionários no exercício de suas funções. Tal proteção é regida por um estatuto. Isto permite que as pessoas que se tornam funcionárias adotem, para a vida toda, o serviço público como profissão principal.

3º. A hierarquia das funções, o que significa sistema administrativo fortemente estruturado e ocupações subalternas e cargos de direção, com possibilidade de recurso do nível inferior ao nível superior.

4º. O recrutamento de pessoal feito por concurso, exame ou títulos, exigindo dos candidatos uma formação especializada. Em geral, o funcionário surge

⁴⁸ *Ibidem*. p.150. (grifos no original)

de uma nomeação (raramente uma eleição) com base na livre seleção e por contrato.

5º. A remuneração regular dos funcionários, na forma de salário fixo e de aposentadoria quando deixam de trabalhar no serviço público.

6º. O direito da autoridade de controlar o trabalho de seus subordinados.

7º. A possibilidade de os funcionários receberem promoções com base em critérios objetivos e não segundo o simples livre-arbítrio da autoridade.

8º. A completa separação entre a função e o indivíduo que a ocupa, já que nenhum funcionário pode ser dono de seu cargo ou dos meios da administração.⁴⁹

Esse instituto, marcado pela estabilidade e impessoalidade, desenvolve-se juntamente à racionalização do Direito, aos fenômenos de massa, à centralização crescente gerada pela facilidade de comunicações e das concentrações das empresas, bem como à extensão da intervenção estatal aos domínios mais diversos das atividades humanas e, principalmente, ao desenvolvimento da racionalização técnica.

1.5 LEGALIDADE E LEGITIMIDADE

1.5.1 Racionalização e Direito

O processo de racionalização social, descrito por Max WEBER na obra “Ética protestante e o espírito do capitalismo”, tem como pressuposto o processo de desencantamento do mundo. O progresso científico e tecnológico leva o homem a desacreditar o sagrado e o profético, perdendo seu referencial e, conseqüentemente, relativizando suas certezas. Logo, a racionalização e intelectualização crescente, ao lado da burocratização, acabam por desencantar o mundo⁵⁰.

Segundo WEBER, a marca fundamental da modernidade era a emergência de uma forma específica de racionalismo: o racionalismo da dominação do mundo.

O racionalismo oriental que se encarna em instituições como o mercado capitalista, a burocracia estatal, o direito e a ciência, é o resultado de um processo de desencantamento do mundo que, por um lado aumenta a

⁴⁹ GALLIANO, Guilherme A. **Introdução...** *Op. Cit.* p. 83.

⁵⁰ ARON, Raymond. **As etapas do pensamento...** *Op. Cit.* p. 495.

eficiência e produtividade, mas, ao mesmo tempo, carrega a possibilidade da perda da liberdade e do sentido da vida.⁵¹

Quanto mais o intelectualismo se distancia da crença na magia, os processos do mundo ficam cada vez mais “desencantados”, isto é: perdem o sentido mágico. Eles simplesmente são e acontecem, não significando mais nada. Logo, desencantamento significa desmagificação da vida com perda de sentido dos processos do mundo. Isso se deve não só ao pensamento teórico, mas precisamente à tentativa da ética religiosa de racionalizá-lo no aspecto prático-ético que levou a este curso⁵².

Sobre o desencantamento do mundo e a crescente racionalização, WEBER explica que:

A intelectualização e a racionalização crescentes não equivalem, portanto, a um conhecimento geral crescente a respeito das condições em que vivemos. Antes significam que sabemos ou acreditamos que, a qualquer instante, poderíamos, conquanto que o quiséssemos, provar que não existe, primordialmente, nenhum poder misterioso e imprevisível que interfira com o curso de nossa vida. Em outras palavras, que podemos dominar tudo, por meio da previsão. Isso é o mesmo que despojar de magia o mundo. Não mais se trata para nós, como para o selvagem que acredita na existência daqueles poderes, de apelar a métodos mágicos para dominar os espíritos ou exorcizá-los, mas de recorrer à técnica e à previsão. Essa é a essência da significação da intelectualização.⁵³

Antônio Flávio PIERUCCI afirma que, muito embora tenha circulado no Brasil por certo tempo a tese que supõe uma espécie de metamorfose na noção de desencantamento de mundo na obra de WEBER, que teria passado de uma acepção técnica a um sentido amplo, é certo que não há mais de dois significados para a expressão, cujo uso é simultâneo, não sucessivo, tampouco evolutivo. Segundo ele, “não há progressão de um para o outro, como se o desencantamento *pela religião* cedesse o espaço na teorização weberiana do processo de racionalização ocidental ao desencantamento *pela ciência*”⁵⁴.

A partir da ideia de desencantamento do mundo, o qual influencia quase todas as esferas da vida, tem-se que o traço característico do mundo moderno é a

⁵¹ SELL, Carlos Eduardo. **Sociologia Clássica...** *Op. Cit.* p. 105.

⁵² PIERUCCI, Antônio Flávio. **O Desencantamento do Mundo:** todos os passos do conceito de Max Weber. São Paulo: USP – Editora 34, 2003. p. 48-50.

⁵³ WEBER, Max. **Ciência e Política Duas Vocações.** Trad. Jean Melville. São Paulo: Martins Claret, 2004. p. 38.

⁵⁴ PIERUCCI, Antônio Flávio. **O Desencantamento...** *Op. Cit.* p. 216. (grifos no original)

racionalização. “Numa primeira aproximação, esta corresponde a uma ampliação da esfera de ações *zweckrational*⁵⁵. O empreendimento econômico é racional, a gestão do Estado pela burocracia também”⁵⁶.

A racionalização “é produto da especialização científica e da diferenciação técnica inerente à civilização ocidental”⁵⁷. Ao desmistificar e instrumentalizar a vida, a racionalização, aos poucos, vai substituindo a religião pela ciência especializada, como a maior fonte de autoridade. Ela consiste na organização da vida, pela divisão e coordenação das atividades, tendo em vista a necessidade de maior eficácia e rendimento. José Eduardo FARIA enumera as características da racionalidade da seguinte forma:

(a) uma progressiva matematização da experiência e do conhecimento, partindo das ciências exatas e naturais para as ciências sociais, (b) uma forte insistência na necessidade de maior comprovação empírica na produção científica das ciências humanas e (c) o estabelecimento do corpo de funcionários especializados na administração das organizações complexas.⁵⁸

Há que se assinalar que racionalização não equivale a racionalismo, o qual é concebido como a forma culturalmente única da maneira como uma civilização específica e, por consequência, também os indivíduos que constituem sua maneira de pensar e agir a partir desses modelos culturais, interpreta o mundo. A racionalidade de uma conduta deve ser aferida em conformidade com o conceito de racionalismo vigente em determinada sociedade.

O processo de racionalização conduz à substituição da sabedoria judicial pela institucionalização de estatutos e convenções sistematizadas,⁵⁹ apresentando-se como uma característica do domínio legal, em sua mais típica forma: a burocracia.

Em WEBER, a burocracia concentra o mais alto grau de racionalidade, representada pela existência de leis, regulamentos e normas que determinam as atribuições dos cargos e delimitam os direitos e deveres dos indivíduos nas organizações; possui uma hierarquia administrativa e a valorização do saber técnico especializado que possibilita a formação de um quadro administrativo, com profissionais que ingressaram nas organizações por meio de concursos com critério técnico. Essas características, entre

⁵⁵ Termo que pode ser entendido como: “ação racional instrumental”.

⁵⁶ ARON, Raymond. **As etapas do pensamento...** *Op. Cit.* p. 465.

⁵⁷ FARIA, José Eduardo. **Retórica Política...** *Op. Cit.* p.145.

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ *Ibidem.*

outras, conferem – ao menos idealmente – constância, previsibilidade, objetividade, controle, calculabilidade, confiabilidade e economicidade às atividades organizacionais⁶⁰.

O pensamento weberiano conduz à ideia de mandato que, de um lado, permite passar do nível externo de violência para o nível interno da obediência e, de outro, assenta-se na probabilidade de encontrar os meios necessários de imposição. O sociólogo alemão “não abre mão da política, enquanto imposição, e da violência, enquanto instrumento específico do agrupamento político mais importante, que é o Estado”⁶¹. A existência de coação, como condição básica da noção de poder, é reconhecida juntamente a uma conexão entre as condutas sociais e valores que traduza as justificativas internas que levam os governados a aceitar os comandos e obrigações impostas pelos governantes.

O Estado seria, assim, uma instituição política de atividade contínua, enquanto sua equipe administrativa mantém a reivindicação do monopólio legítimo da coação física para a manutenção da ordem existente. Há que se esclarecer, contudo, que os sistemas políticos, considerados como sistema de dominação, necessariamente precisam de legitimação para subsistir. E, uma vez que não existe dominação sem legitimação, ao Estado cabe dosar coerção e consentimento.

De acordo com a experiência, nenhuma dominação se contenta, voluntariamente, em ter como probabilidade de sua persistência motivos puramente materiais, afetivos ou racionais segundo valores determinados. Ao contrário, todas procuram despertar e fomentar a crença em sua “legitimidade”. Conforme for a *classe de legitimidade pretendida*, diferirá fundamentalmente tanto o tipo da obediência, como o do quadro administrativo destinado a garanti-la, como ainda o caráter que assumirá o exercício da dominação. E também seus efeitos. Por isto, parece adequado distinguir as classes de dominação segundo suas pretensões típicas de legitimidade. Para isso é conveniente partir das relações modernas conhecidas.⁶²

Todo o Direito, estabelecido por convenção ou outorga, tem validade em razão de um procedimento racional por finalidade ou por valor, ou dos dois ao mesmo tempo. A justiça estaria na aplicação das regras gerais (escritas) aos casos

⁶⁰ GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. **O Regime Jurídico das Ouvidorias Públicas Brasileiras**: causalidade de sentido e adequação estruturo-funcional. Tese de Doutorado do autor na Universidade Federal de Santa Catarina, defendida em agosto de 2000. p. 51.

⁶¹ FARIA, José Eduardo. **Retórica Política...** *Op. Cit.* p.142.

⁶² CASTRO, Ana Maria de; DIAS, Edmundo F. **Introdução ao Pensamento...** *Op. Cit.* p. 138.

particulares, ao passo que a administração tem o escopo de proteger os interesses nos limites da regra de Direito, por meio de órgãos instituídos para tal fim.

O conjunto das regras de direito constitui um mundo abstrato de prescrições técnicas ou de normas; a justiça consiste na aplicação das regras gerais aos casos particulares, enquanto a administração tem por objeto proteger os interesses nos limites da regra de direito, graças a órgãos instituídos para tal fim. O chefe legal ou as instâncias superiores, inclusive o Presidente da República eleito, devem respeitar a ordem impessoal do direito e orientar segundo a mesma sua atividade. Os membros do agrupamento só obedecem ao direito: são cidadãos. Isto quer dizer que não são obrigados a submeter-se senão nas condições previstas em lei. Enfim, o domínio legal consiste em um empreendimento contínuo de funções públicas instituídas por leis e distribuídas em competências diferenciadas. A aplicação desses inúmeros regulamentos exige uma equipe de funcionários qualificados, que não são donos de seus cargos, nem tampouco dos meios da administração. Por outro lado, são protegidos no exercício de suas funções por um estatuto. O procedimento administrativo repousa no princípio de documentos e fichários a serem conservados: todas as decisões, decretos e ordens de serviço são escritos. A mais típica forma do domínio legal é a burocracia⁶³.

De tal modo, o tipo de dominação legal, do ponto de vista político, será exercido e legalizado por atos de natureza política. Concorde-se com SAINT-PIERRE⁶⁴ que o tipo de ação racional que mais se coaduna a esse caso é o da ação racional orientada a fins nos meios e orientada a valores na determinação dos fins. Nesta dissertação, essa concepção será importante ao tratar da internalização da justiça na burocracia, dado que pode ser considerada um dos valores a determinar os fins da atuação racional-burocrática.

Há que se esclarecer que nos outros tipos de dominação, tradicional e carismática, é difícil falar em Direito, como o concebemos. No que tange à dominação carismática, os “limites e as normas são os que o chefe fixa por sua própria autoridade, em virtude das exigências do que ele acredita ser sua vocação”⁶⁵, tira sua legitimidade de si mesmo, de maneira independente de critério exterior. O chefe carismático se coloca fora do agrupamento político, desprezando a autoridade constituída, exaltando os aspectos irracionais. Consequentemente, esse líder não reconhece instituições, regulamento, costumes ou precedentes, na medida em que seu caráter excepcional o proíbe.

⁶³ FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber...** *Op. Cit.* p. 167.

⁶⁴ SAINT-PIERRE, Héctor Luis. **Max Weber...** *Op. Cit.* p. 103.

⁶⁵ FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber...** *Op. Cit.* p. 170.

Já quanto à dominação tradicional, a autoridade não pertence a um superior escolhido pelos seus subordinados, mas, sim, a uma pessoa que é chamada ao poder em razão de um costume. Os governados são pares ou súditos que não obedecem a uma norma impessoal, obedecem a uma tradição ou a ordens legitimadas em virtude de privilégio tradicional do soberano. Geralmente, o chefe tradicional se orienta segundo regras habituais da equidade e da justiça, ou até mesmo conforme oportunidade pessoal, mas não segundo princípios fixos e formais. Em caso de dificuldades, confia-se na sabedoria, por interpretação de precedentes ou preconceitos. Não se trata, portanto, da criação de um Direito.

A racionalização, um dos pilares da modernidade social, está fundamentada no conhecimento técnico-científico, na calculabilidade e previsibilidade das ações, prevalecendo no homem moderno uma visão de mundo profundamente desencantada.

A partir dessa ideia, pode-se denominar uma ordem como Direito quando for externamente garantida pela coação, a qual pode ser física ou psíquica. Essa coação será exercida por um quadro de pessoal incumbido de constranger as pessoas a submeterem-se a esta ordem sob pena de serem castigadas. Logo, o decisivo no conceito de Direito, que para outros fins pode ser definido de maneira completamente diferente, é a existência de um quadro coativo, semelhante ao que acontece atualmente⁶⁶.

A ordem legítima existe quando a ação dos homens é submetida a uma reação social – um constrangimento consciente. O Direito é uma espécie de ordem legítima, que se concretiza quando a validade da ordem é garantida por um constrangimento físico ou psicológico, através de um coercitivo oficial.

Para WEBER, respeita-se uma ordem legítima em virtude da tradição de respeitá-la, da crença de caráter afetivo, ou da racionalidade dos fins de ordem legítima. Esses seriam os fundamentos que legitimariam uma ordem⁶⁷.

A ordem dada por quem tem domínio é um dever que se tem a cumprir. Por conseguinte, deve a ordem ser legítima, ou seja, respaldada por leis. Isso porque a dominação, como dito anteriormente, além da possibilidade de imposição da vontade, exige a possibilidade de ser obedecida.

⁶⁶ WEBER, Max. **Economia e Sociedade...** *Op. Cit.* vol. 1. p. 21.

⁶⁷ WEBER, Max. **Economia e Sociedade:** fundamentos da sociologia compreensiva. vol. 2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, 2009 (reimpressão). p. 187.

WEBER⁶⁸ explica:

§6. A legitimidade de uma ordem pode estar *garantida*:

- I. unicamente pela atitude interna, e neste caso:
 1. de modo afetivo: por entrega sentimental;
 2. de modo racional referente a valores pela crença em sua vigência absoluta, sendo ela a expressão de valores supremos e obrigatórios (morais, estéticos ou outros quaisquer);
 3. de modo religioso: pela crença que de sua observância depende a obtenção de bens de salvação;
- II. também (ou somente) pelas expectativas de determinadas consequências externas, portanto: pela situação de interesses, mas: por expectativas de determinado *gênero*.

Uma ordem é denominada:

- a) *convenção*, quando sua vigência está garantida externamente pela probabilidade de que, dentro de determinado círculo de pessoas, um comportamento discordante tropeçará com a reprovação (relativamente) geral e praticamente sensível;
- b) *direito*, quando está garantida externamente pela probabilidade da *coação* (física ou psíquica) exercida por determinado quadro de pessoas cuja função específica consiste em forçar a observação dessa ordem ou castigar sua violação.

Consoante Anthony GIDDENS, para WEBER, “duas das características distintivas da evolução da Europa são a constituição da forma específica de Estado e a existência de um direito nacional⁶⁹”.

Quanto à ideia de justiça, esclarece Alfredo Guilherme GALLIANO que “no universo social, a justiça consiste na aplicação das regras gerais aos casos particulares do direito; e que, por seu turno, a administração tem por objetivo a proteção dos interesses sociais nos limites do direito”⁷⁰. Assim, o sociólogo alemão coloca em foco o problema de que a autoridade dos governantes, quando tem por base a legalidade, é limitada pela ordem impessoal do Direito, de maneira que os governados só devem obediência à ordem impessoal.

Essa constatação é de maior importância para a compreensão posterior da análise que Weber faz da singularidade da racionalização no Ocidente e do Capitalismo. Sua visão sublinha que o exercício do domínio *legal* é um “empreendimento contínuo de funções públicas”, empreendimento este que envolve regulamentos e registros escritos, bem como um corpo de funcionários especializados. Tanto assim que “a mais típica forma de domínio legal é a *burocracia*”⁷¹.

⁶⁸ WEBER, Max. **Economia e Sociedade...** *Op. Cit.* vol. 1. p. 20-21.

⁶⁹ GIDDENS, Anthony. **Capitalismo e Moderna Teoria Social**. 4 ed. Lisboa: Editorial Presença, 1994. p. 244.

⁷⁰ GALLIANO, Guilherme A. **Introdução...** *Op. Cit.* p. 81.

⁷¹ *Ibidem*. p. 82

Por consequência, a partir do processo de racionalização, surge a concepção de Estado Moderno, o qual é o legítimo detentor da violência. A dominação racional legitima a obediência aos estatutos e regras racionalmente estipulados, aos quais se submete, inclusive, o chefe do Estado.

1.5.2 Direito Formal e Direito Material

Ao abordar o fenômeno jurídico, WEBER, no capítulo VII de “Economia e Sociedade”, entre outras definições faz a distinção entre Direito racional e irracional e Direito material e formal, os quais serão objeto deste tópico.

Ao tratar de Direitos formais ou materiais, racionais ou irracionais, WEBER esclarece a diferença entre criação e aplicação do Direito, uma das notas típicas do Estado Moderno, no qual a criação jurídica, como mencionado no tópico acima, é identificada como o estabelecimento de normas gerais estatuídas, as quais assumem o caráter de uma ou várias disposições jurídicas racionais⁷².

A criação do Direito acontece, na modernidade, com a positivação, na forma de leis gerais e abstratas, que são compostas por enunciados normativos, dos quais se extrai a norma aplicável ao caso mediante subsunção dos fatos aos enunciados, coagindo as partes a se submeterem à regra posta (aplicação do Direito). Nesse contexto, o Direito revela-se um quadro coativo para oferecer resposta à violação da norma. Vale consignar que somente o Estado detém o poder de coerção legítimo.

WEBER ressalta que, para ele, o Direito é uma ordem com garantias específicas referentes à probabilidade de sua validade empírica. Em consequência, o Direito objetivo garantido é entendido como o caso em que as garantias consistam na existência de um aparelho coativo segundo o sentido que já definimos, isto é, que se compõe de uma ou muitas pessoas dispostas de modo permanente a impor a ordem por meio de medidas coativas, especialmente previstas para isso (coação

⁷² SILVA, Ricardo Alexandre. **Sentença condenatória...** *Op. Cit.* p. 36.

jurídica)⁷³. Essas medidas coativas podem ser psíquicas ou físicas, atuar direta ou indiretamente.

O fato de alguém, graças a uma ordem jurídica estatal, ter um “direito” (subjutivo) significa, portanto, no caso normal – o que nós temos em conta agora –, para a consideração sociológica: que possui uma probabilidade, garantida efetivamente mediante o sentido consensual válido de uma norma, de pedir a ajuda de um “mecanismo coativo” preparado com tal fim em favor de determinados interesses (ideais ou materiais)⁷⁴.

Ao elaborar a tipologia jurídica, WEBER apresenta quatro combinações resultantes da análise das qualidades formais gerais do Direito, correspondentes à racionalidade. A classificação está relacionada ao grau de proximidade dos tipos de Direito aos conteúdos do racionalismo vigente, os quais decorrem da racionalização.

A lei formal seria a disposição jurídica que se deixa deduzir logicamente apenas de um pressuposto de um sistema determinado do Direito. A partir disso, tem-se que o Direito formal consiste no “conjunto do sistema do Direito puro do qual todas as normas obedecem unicamente à lógica jurídica, sem intervenção de considerações externas ao direito”⁷⁵. Assim, pretende por objetivo sistematizar as normas jurídicas. Por sua vez, o Direito material permanece empírico levando em conta “os elementos extrajurídicos e se refere no curso de seus julgamentos dos valores políticos, éticos, econômicos, ou religiosos”⁷⁶. Conclui-se destarte que a racionalidade do Direito pode ser formal ou material.

Diante dessa classificação, Julien FREUND explica que disso se extraem duas maneiras de conceber a justiça: “uma se atém exclusivamente às regras da ordem jurídica; é justo o que é estabelecido e conforme a letra ou à lógica do sistema; a outra leva em conta a situação, as intenções dos indivíduos e as condições gerais de sua existência”⁷⁷.

Se de um lado, a legalidade e a equidade podem servir de critério para uma conduta jurídica significativa, e as duas podem ser arbitrárias, tanto irracionais ou racionais, de outro lado, uma justiça exclusivamente material acabaria servindo de negação do Direito. Note-se, também, que nunca poderá existir uma justiça

⁷³ WEBER, Max. *Ordem Jurídica e Ordem Econômica, Direito Estatal e Extra-estatal. In Sociologia e Direito: textos básicos para a Disciplina de Sociologia Jurídica.* SOUTO, Cláudia; FALCÃO, Joaquim. (org.). São Paulo: Thomson Learning, 2005. p. 118-119.

⁷⁴ WEBER, Max. *Ordem Jurídica... Op. Cit.* p. 121.

⁷⁵ FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber... Op. Cit.* p. 184.

⁷⁶ *Ibidem.*

⁷⁷ *Ibidem.*

puramente formal, que possa dispensar toda e qualquer consideração estranha ao Direito.

Na obra de WEBER, é possível distinguir quatro tipos ideais do Direito: irracional e material, irracional e formal, racional e material e racional e formal, que dizem respeito à influência das formas de dominação política sobre as qualidades do Direito.

O primeiro deles, irracional e material, é aquele no qual o legislador e o juiz se fundamentam em puros valores emocionais, fora de qualquer referência a uma norma, consultando apenas seus sentimentos. É o caso das decisões de Calígula, nas quais tudo é decidido caso a caso, sem qualquer dependência de normas gerais. No segundo, irracional e formal, o legislador e o juiz se deixam guiar por normas que escapam à razão, uma vez que se pronunciam com base em uma revelação ou oráculo. Há um meio instituído de se chegar ao Direito, por exemplo, consultado um oráculo, porém não é possível prever o resultado da consulta. O terceiro, racional e material, tem na legislação ou no julgamento referência a um livro sagrado. Um exemplo dado pelo sociólogo alemão é a justiça do Khadi, que decide com referência às instituições religiosas ou políticas em voga no seio do povo. Já o quarto, racional e formal, estabelece a lei e o julgamento unicamente com base em conceitos abstratos, criados pelo pensamento jurídico.

Note-se que os dois Direitos (material e formal) se deixam racionalizar, um baseado na lógica pura e o outro na utilidade.

Todo direito legítimo baseia-se num estatuto, e o estatuto, por sua vez, nasce sempre, em última instância, de um acordo racional. E isto ou em sentido real, de um autêntico contrato original de indivíduos livres que regula também para o futuro a forma de criação de um novo direito estatuído, ou então no sentido ideal, de que apenas será legítimo aquele direito cujo conteúdo não contradiga ao conceito de uma ordem ditada pela razão e estatuída por livre acordo.⁷⁸

Consequentemente, a concepção de Direito formal e de Direito material é produto do processo de racionalização. WEBER, ao tratar do Direito norte-americano, explica que “aquilo que praticamente conduz a consequências absurdas não pode ser o Direito almejado pela natureza e pela razão, e isso significa a inclusão expressa no conceito de razão de pressupostos materiais”⁷⁹, próprios do

⁷⁸ WEBER, Max. **Economia e Sociedade...** *Op. Cit.* vol. 2. p. 135-136.

⁷⁹ *Ibidem.* p. 137.

Direito natural. Estes, na verdade desde sempre tinham estado implícitos nele, de forma latente.

Em síntese, Manoel Eduardo Alves Camargo e GOMES⁸⁰ explica:

Utilizando uma “tipologia ideal”, WEBER distinguirá quatro tipos de ação: racional com relação a um fim ou objetivo; racional com relação a um valor; afetiva, e tradicional. No mesmo sentido e de modo correspondente, distinguirá três tipos de dominação: racional, carismática e tradicional.

A partir dessa classificação, WEBER operará com a distinção entre Direito formal e Direito material, ambos produtos do processo de racionalização. O primeiro seria o resultado do mais alto grau de racionalidade e, desse modo, adstrito a um formalismo de características externas (*v.g.*, formalismo de procedimentos, rituais, símbolos externos) e internas (ou, como quer DULCE, de “*abstração lógica*”, entendido como o processo interpretativo obtido por meio de uma interpretação lógica dos conceitos e regras sistematizados juridicamente como, por exemplo, os códigos).

O Direito material, ao contrário, seria informado por valores extrajurídicos, como, por exemplo, os de natureza ética, econômica ou política.

Logo, se de um lado tem-se um Direito baseado em pressupostos valorativos, de outro há um Direito abalizado num sistema racionalmente ordenado, detentor de abstração, que leva em consideração a calculabilidade e a previsibilidade.

A utilização de critérios materiais no Direito é criticada por WEBER, que sustenta que o Direito natural caiu em descrédito na modernidade ocidental, perdendo a força de servir de fundamento para algum Direito, permitindo a ascensão do positivismo, com base na crença de que o Direito é produto e meio técnico de um compromisso de interesses. Isso porque, segundo ele, com o desaparecimento das antigas ideias do Direito natural restou aniquilada a possibilidade de atribuir ao Direito uma dignidade supraempírica.

1.6 WEBER E O POSITIVISMO

Como já mencionado, WEBER falece no início do século, anteriormente à Segunda Guerra Mundial. Nesse período histórico, prevalecia como ideologia o positivismo jurídico, cujas teorias defendem a tese da separação. Essa tese baseia-

⁸⁰ GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. **O Regime Jurídico...** *Op. Cit.* p. 40.

se na crença de que a definição do conceito de Direito não deve incluir elementos morais.

O positivismo “postula que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, entre aquilo que o direito ordena e a justiça exige, ou entre o direito como ele é e como deve ser”⁸¹. Para Robert ALEXY⁸², ao conceito positivista de Direito restam somente dois elementos de definição, quais sejam: o da legalidade, consoante o ordenamento ou dotada de autoridade, e o da eficácia social. Considera-se que o que é Direito depende exclusivamente daquilo que é estabelecido e/ou eficaz. Logo, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito.

Segundo Norberto BOBBIO, a origem da concepção positivista é ligada à formação do Estado Moderno, que surge com a dissolução da sociedade medieval, a qual era essencialmente jusnaturalista⁸³. Assim, uma vez que WEBER descreve o Estado Moderno, está descrevendo uma concepção positivista de Direito.

Por sua vez, Clèmerson Merlin CLÈVE explica que o positivismo jurídico resulta da confluência de duas variáveis interligadas, a busca da verdade pelo saber e a necessidade de segurança jurídica do Estado Moderno, o qual se revela como detentor legítimo do exercício da violência:

O positivismo jurídico resulta da confluência de duas variáveis interligadas: (i) busca da verdade pelo saber, garantindo certo controle de seus enunciados; (ii) e a necessidade de segurança e previsibilidade jurídicas do Estado moderno monopolizador do exercício legítimo da violência. Estas duas dimensões sintetizadas no binômio lei-ordem produzem um novo direito. Este será o direito moderno tão ligado quanto incompreensível sem a remissão ao Estado, quando a dominação fugindo da relação pessoal-territorial assume outra especificidade, inaugurando renovado modo de domínio: o consubstanciado na abstração impessoalizada não do monarca (enquanto pessoa física detentora do poder soberano), mas da autoridade constituída.⁸⁴

Diante desse conceito, o referido autor afirma que o positivismo exclui o estudo do Direito histórico e da ética, detendo-se ao Direito autorizado. As expressões normativas, assim, valem formalmente, independentemente de seus conteúdos expressos, os quais podem ser contrários a valores históricos

⁸¹ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2009. p. 3.

⁸² *Ibidem*. p. 4.

⁸³ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 26.

⁸⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 3.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 95.

consagrados pela humanidade. O Direito, naturalizado e a-histórico, é a lei. “Conhecê-lo significa conhecer a lei. Dizê-lo significa interpretar a lei.”⁸⁵

Denota-se que duas características típicas dessa concepção são o formalismo e o imperativismo:

- a) Formalismo. Como se vê, na definição não se faz referência nem ao conteúdo, nem ao fim do direito: não se define o direito nem com referência às ações que estão disciplinadas ao conteúdo de tal disciplina (não se diz, por exemplo, que o direito regulamenta as relações externas, ou as intersubjetivas), nem com referência aos resultados que o direito deseja conseguir (não se diz que ele é constituído pelas normas postas para realizar a paz, ou a justiça, ou o *bonum commune*). Vice-versa, a definição do direito é dada apenas com base na autoridade que põe as normas, e portanto com base num elemento puramente formal.
- b) Imperativismo. O direito é definido como o conjunto de normas com as quais o soberano ordena ou proíbe dados comportamentos aos seus súditos.⁸⁶

Essa crença estava balizada na idealização do conhecimento científico que marcou o século XIX, cujas teses fundamentais, em síntese simplificadora, podem ser assim expressas:

- (i) Ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração;
- (ii) o conhecimento científico é objetivo; funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferências ou preconceitos;
- (iii) o método científico empregado nas Ciências Naturais, baseado na observação e na experimentação, deve ser estendido a todos os campos do conhecimento, inclusive às Ciências Sociais⁸⁷.

Hans KELSEN, um dos maiores representantes do positivismo, explica que, com a vitória da burguesia liberal no século XIX, tem início uma expressa reação contra a metafísica e jusnaturalismo, ocasião em que, ao lado do progresso das ciências empíricas, com a dissolução crítica da ideologia religiosa, ocorre uma mutação da ciência jurídica burguesa do jusnaturalismo para o positivismo.

O positivismo, na concepção do jurista austríaco, insurge-se contra a tendência ideológica, com efeitos políticos. É nesse contexto que ele escreve a obra

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo...** *Op. Cit.* p. 37.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo) In GRAU, Eros Roberto; DA CUNHA, Sérgio Sérvulo (coord.) **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 41.

Teoria Pura do Direito, a qual “apresenta o direito como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto, ela indaga do real e do possível e não do direito justo”⁸⁸.

Note-se que KELSEN ressalva que “naturalmente não se nega, com isso, a exigência de que o direito deva ser moral, isto é, deve ser bom”⁸⁹. Contudo, segundo ele, “repele-se (...) o ponto de vista de que o direito, como elemento da moral e que o direito, como direito, em algum sentido e de algum modo seja moral”⁹⁰.

Não se pode olvidar que a concepção positivista de Direito, justamente por prezar pela lei, exige a autoridade competente para promulgá-la. Essa autoridade necessariamente deve agir de maneira impessoal, fazendo uso da linguagem institucionalmente permitida ou autorizada:

(...) a lei é dependente de um lugar maior; o lugar da autoridade competente para promulgá-la. Esta, optando entre várias possibilidades normativas, autorizará uma, facultando, proibindo ou incentivando comportamentos. O discurso dessa autoridade impessoalizada, ou seja, do órgão legiferante do Estado, será um “discurso competente”, sinônimo da “linguagem institucionalmente permitida ou autorizada”. É a linguagem anônima do lugar hierarquicamente estabelecido e, aparentemente, neutro; criador de sujeitos de direito, transformando os homens (enquanto portadores da história) em objetos sociais⁹¹.

O positivismo jurídico adotou o método de investigação das Ciências Naturais, cuja metodologia partia de uma posição cética diante de quaisquer enunciados dos quais a veracidade não possa ser confirmada analítica ou sinteticamente, de maneira que cientista e objeto de análise devem se manter separados. Logo, tal qual explicado por WEBER, o cientista positivista se separa do objeto de análise limitando-se à sua descrição.

Assim, é possível apontar como características gerais comuns às teorias positivistas: 1) adoção da postura de observador, 2) a defesa da inexistência de vínculo necessário entre Direito e moral e 3) a identificação do Direito com base nos critérios de validade e eficácia social da norma⁹².

⁸⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do direito. Trad. J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 81.

⁸⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura...** *Op. Cit.* p. 77.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **O Direito...** *Op. Cit.* p. 95.

⁹² FRANCO SILVA, Denis; SÊCO, Thais Fernanda Tenório. **Legalidade como alternativa**: o pós-positivismo como forma de concretização de um Estado democrático de direito. *In* Revista Ética e Filosofia Política, nº 13, vol. 1, jan. 2011. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2011/01/13_1_thais.pdf>. Acesso em 12 jan. 2013.

Denota-se assim que a estrutura de aplicação do Direito, tal como colocada, em muito tem a ver com a burocracia weberiana, a qual exige para a atuação legítima a impessoalidade, traduzida em obediência estrita à legalidade, e a existência de sujeito competente, primando pelo Direito formal, embora não de maneira absoluta, como se verá no último capítulo.

Cabe ressaltar, que Max WEBER estabeleceu duas relações esclarecedoras: a primeira é a de que a racionalidade do Direito está fundamentada nas suas qualidades formais, a segunda é a de que a materialização significa uma abertura do Direito aos valores, especialmente à moralidade, com a introdução de pontos de vista de justiça material no Direito positivo. Como já mencionado, WEBER, em sua descrição, admite que nunca poderá existir uma justiça puramente formal, que possa dispensar toda e qualquer consideração estranha ao Direito, ainda que seja possível vislumbrar na descrição da dominação burocrática, que a maioria de suas características está relacionada à ação social racional com relação a fins, especialmente ante a grande valorização da segurança.

Ocorre que durante a Segunda Guerra Mundial, ou seja, após o falecimento de WEBER, verificou-se que a legalidade estrita poderia gerar injustiça, o que ALEXY chamou de “injustiça legal”. Essa situação está relacionada ao que WEBER considera consequências absurdas⁹³. Os exemplos ficam claros em julgamentos da Suprema Corte Alemã, como é o caso da decisão sobre a cidadania de um judeu que foi privado da nacionalidade alemã, conhecida como *Staatsangehörigkeitsbeschluss*, de 1968.

Por motivos racistas, o § 2º do art. 11º do Decreto da Lei de Cidadania do Reich privava da nacionalidade alemã os judeus emigrantes. A questão posta perante o Tribunal Constitucional Federal era se um advogado judeu, que tinha emigrado para Amsterdã antes da 2ª Guerra Mundial, devia perder a cidadania alemã, por conta de tal dispositivo. A Corte decidiu que ele não havia perdido a cidadania, na medida em que aquele artigo era nulo *ab initio*. Restou assinalado no julgamento que: “uma vez estabelecida, uma injustiça que infrinja abertamente os

⁹³ WEBER reconhece que o direito não pode conduzir a consequências absurdas, restando possível considerar a possibilidade, em casos extremos e que desafiem a razão, a inserção de pressupostos materiais.

princípios constituintes do direito não se torna direito por ser aplicada e observada”⁹⁴.

O positivismo passou a sofrer crítica severa até sofrer uma derrota histórica. Como se vislumbra do exemplo, “a troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade”⁹⁵.

O não positivista, conseqüentemente, não identifica o Direito com a lei. Para ele, a decisão também pode ser determinada pelo Direito, se a lei não a estipular de modo coercitivo. Com efeito, as distintas concepções a respeito do que é Direito não levam necessariamente a resultados distintos, mas podem levar.

Tem-se assim, que a superação do positivismo jurídico preza pelo Direito material, baseando-se em valores como é o caso da justiça. Pois, o “próprio raciocínio jurídico deve ser visto como um raciocínio de valores, não um valor. Aliás, o maior erro do positivismo foi, justamente, o de erguer método à hierarquia de fim”⁹⁶.

O fracasso político do positivismo abriu caminho para um conjunto amplo e inacabado de reflexões acerca do Direito. No capítulo que segue, tendo-se como marco teórico Robert ALEXY, passa-se a abordar princípios e regras, sob a perspectiva não-positivista.

⁹⁴ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade...** *Op. Cit.* p. 8.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos...** *Op. Cit.* p. 42.

⁹⁶ FREITAS, Juarez. **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta.** Petrópolis: Vozes, 1989. p. 27.

2. PRINCÍPIOS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme esclarecido na introdução, o objetivo final deste trabalho é propor ideias para a institucionalização da justiça na Administração Pública, constituída sobre a racionalidade da burocracia. Para tanto, necessário se faz distinguir princípios e regras, para então abordar as bases da administração pública brasileira, as quais se traduzem nos “princípios da Administração Pública”.

2.1 TEORIA DOS PRINCÍPIOS E DAS REGRAS

Como mencionado acima, no presente trabalho tratar-se-á da normatividade dos princípios, iniciando-se pela distinção entre os princípios e as regras, sob a ótica de Robert ALEXY⁹⁷, numa perspectiva não positivista e principiológica do Direito.

A distinção qualitativa entre regra e princípio revela-se indispensável para a superação do positivismo legalista, no qual as normas se cingiam a regras jurídicas.

Adota-se nesta dissertação a teoria de Robert ALEXY, sobre a qual se discorrerá a seguir. Cabe alertar que a conceituação aqui exposta é de certa forma inovadora, diversa daquela aceita pela doutrina brasileira tradicional.

O jurista alemão apresenta a distinção entre princípio e regra com o escopo de constituir a estrutura de uma teoria dos direitos fundamentais, tema central de sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Regras e princípios têm em comum o fato de serem normas. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição⁹⁸. Uma norma é o significado de um enunciado normativo⁹⁹, e diz o que deve ser.

Segundo o autor, há vários critérios utilizados para se diferenciar regras de princípios. O mais frequentemente utilizado é o da generalidade, por meio do qual se

⁹⁷ Robert Alexy, professor da Universidade de Kiel, nasceu em 1945 e pode-se dizer que é um dos mais influentes filósofos do direito contemporâneo. Graduiu-se em Direito e Filosofia pela Universidade de Göttingen, tendo recebido o título de PhD em 1976, com a dissertação Uma Teoria da Argumentação Jurídica, e a habilitação em 1984, com a Teoria dos Direitos Fundamentais, algumas das obras que serão mencionadas nesse trabalho.

⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 87.

⁹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** p. 54.

afirma que princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo¹⁰⁰. Outros critérios discutidos são a determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento (se a norma foi criada ou desenvolvida), o caráter explícito de seu conteúdo axiológico (se faz referência a uma lei jurídica suprema ou à ideia de Direito e a importância para tal ordenamento jurídico), ou, ainda, ante ao fato de serem razões para regras (princípios), ou serem eles mesmos regras (regras)¹⁰¹. ALEXY julga correto este último método, afirmando que “as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença *qualitativa*”¹⁰².

No entanto, afirma o referido professor que, afora a lista apresentada, há um critério que permite a distinção precisa entre regras e princípios, declarando a maioria dos critérios tradicionais nela contidos como típicos, ainda que não decisivos, dos princípios.

Esse critério é o que defende que os princípios são mandados de otimização¹⁰³. Isso significa dizer que eles são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”¹⁰⁴. Por conseguinte, o âmbito das possibilidades jurídicas vem a ser determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que não podem ser otimizadas: ou são sempre satisfeitas ou não são satisfeitas. Uma vez que uma regra é considerada válida, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Pode-se concluir, então, que regras contêm “*determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”¹⁰⁵. Reforça-se, assim, a ideia de que a distinção que se propõe é qualitativa e não de grau.

A fim de expor com mais clareza essa diferença, cabe explicar as consequências nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Note-se que ALEXY se furta a aprofundar o estudo sobre eventual colisão entre princípios e regras, restringindo-se apenas a colisões entre normas de mesma

¹⁰⁰ *Ibidem*. p. 87.

¹⁰¹ *Ibidem*. p. 88-89.

¹⁰² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** *Op. Cit.* p. 90. (grifos no original)

¹⁰³ Nas traduções brasileiras, mandados e mandamentos de otimização são utilizados como sinônimos. Neste trabalho, utilizaremos as duas sem distinção.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** *Op. Cit.* p. 90.

¹⁰⁵ *Ibidem*. p. 91. (grifos no original)

espécie. Atenta a isso, Ana Paula de BARCELLOS¹⁰⁶ esclarece, a partir da interpretação de ALEXY, que, na hipótese de conflito inevitável entre princípios e regras, estas devem prevalecer, dado que, entre outras coisas, prescrevem uma consequência jurídica definitiva democraticamente legitimada.

O conflito entre regras somente pode ser solucionado se for introduzida, em uma dessas regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma dessas regras for declarada inválida. Contrariamente ao que acontece com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou seja: uma norma jurídica necessariamente é válida ou inválida. Independentemente da forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos¹⁰⁷.

Quanto ao conflito entre princípios, a solução é completamente diversa: se eles colidirem, um deles terá que ceder. Porém, isso não implica que o princípio cedente seja declarado inválido, nem que nele deva ser introduzida uma cláusula de exceção. “Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta”¹⁰⁸.

Esclarece Virgílio Afonso da SILVA¹⁰⁹:

Segundo Alexy, princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso são eles chamados de mandamentos de otimização. Importante, nesse ponto, é a ideia de que a realização completa de um determinado princípio pode ser - e frequentemente é - obstada pela realização de outro princípio. Essa ideia é traduzida pela metáfora da

¹⁰⁶ “Ao se afastar uma regra sob o fundamento de que ela se oporia a alguma conduta derivada da área não nuclear de um princípio, incorre-se em um conjunto de distorções. Em primeiro lugar, caso se trate de uma regra infraconstitucional, o intérprete estará conferindo à sua concepção pessoal acerca do melhor desenvolvimento do princípio maior importância do que à concepção majoritária, apurada pelos órgãos legitimados para tanto. A situação é ainda grave se a regra envolvida consta da Constituição. Nesse caso, o intérprete estará afastando a incidência de uma regra elaborada pelo poder constituinte originário e que, como padrão, veicula consensos básicos do Estado organizado pela Constituição. Por fim, como a solução do caso baseou-se na percepção individual do intérprete, muito frequentemente ela não se repetirá em circunstâncias idênticas, ensejando violações ao princípio da isonomia.” DE BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 190.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** *Op. Cit.* p. 92.

¹⁰⁸ *Ibidem*. p. 93.

¹⁰⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. *In* Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003). p. 610-611. Disponível em: <http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf> Acesso em 15 nov. 2012.

colisão entre princípios, que deve ser resolvida por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo. Esse resultado ótimo vai sempre depender das variáveis do caso concreto e é por isso que não se pode falar que um princípio P1 sempre prevalecerá sobre o princípio P2 - (P1 P P2) -, devendo-se sempre falar em prevalência do princípio P1 sobre o princípio P2 diante das condições C - (P1 P P2) C.

É possível concluir, assim, que os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, ao passo que as colisões entre princípios sucedem na dimensão do peso, uma vez que somente princípios válidos podem colidir.

Em decorrência dessa ideia, denota-se que é distinto o caráter normativo das regras e dos princípios. Estes exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, de modo que eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas razões *prima facie*. Já as regras exigem que seja feito exatamente o que ordenam, contendo uma determinação de extensão de conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas.

“Princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões *definitivas*”¹¹⁰. Podem ser considerados como razões para ações ou razões para normas. Enquanto razões para normas podem eles ser razões para normas universais (gerais-abstratas) e ou para normas individuais (juízos concretos de dever-ser). E, assim, se são razões para normas, também são indiretamente razões para ações.

Em si mesmos, princípios não são razões definitivas. O caminho percorrido a partir do princípio (direito *prima facie*) até se chegar ao direito definitivo implica numa relação de preferência. Contudo, a definição de uma relação de preferência, de acordo com as leis de colisão¹¹¹, é a definição de regra. Logo, sempre que um princípio for uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então esse princípio é o fundamento de uma regra que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** *Op. Cit.* p. 106.

¹¹¹ Segundo Virgílio Afonso da Silva, “A solução de colisões entre princípios não exige a declaração de invalidade de nenhuma deles e também não é possível que se fale que um princípio institui uma exceção a outro. Como Alexy ressalta, nos casos de colisão entre princípios, o que se exige é a definição de *relações condicionadas de precedência*. Essa diferença decorre da estrutura dos princípios, que são mandamentos de otimização.” SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 34.

O princípio não é absoluto, no entanto, a regra é, pois em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência¹¹².

Nesse contexto, percebe-se que há uma conexão estreita entre a natureza dos princípios e a máxima da proporcionalidade¹¹³, de modo que suas três máximas parciais, da adequação, da necessidade (mandamento menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorrem logicamente da natureza dos princípios, ou seja, a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigências de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*¹¹⁴.

Se até aqui observaram-se as lições de ALEXY, doravante segue-se com o que dispõe BARROSO, ao afirmar que se faz referência a princípios quando se fala em valores, objetivos, fórmulas abreviadas ou regras sobre ônus argumentativo. Princípios e valores estão intimamente relacionados, de maneira que é possível falar tanto de colisão, como de sopesamento entre valores e princípios. A realização gradual de princípios corresponde à realização gradual de valores.

Luís Roberto BARROSO apresenta essa distinção sob sua ótica:

Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada* (*all or nothing*). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. (...) O comando é objetivo e não dá margem a elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção*.

Princípios contém, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que em uma ordem pluralista existem

¹¹² Note-se, no entanto que “por vezes, elementos contidos na própria estrutura da regra conferem ao intérprete certa liberdade na definição de seu sentido”. O exemplo mais evidente dessa situação é das regras que empregam conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas de indeterminação de outra natureza. Em ocasiões como essas, o aparente conflito de regras com outras disposições poderá ser superado dependendo do sentido que se atribua ao conceito nela contido. DE BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação...** *Op. Cit.* p. 203.

¹¹³ Conforme Virgílio Afonso DA SILVA, a proporcionalidade é regra. Sobre o assunto: DA SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50. Disponível em: <www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/.../1179>. Acesso em 16 jan. 2013.

¹¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** *Op. Cit.* p. 117.

outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso, sua incidência não pode ser posta em termos de *tudo ou nada*, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de propriedade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e sua função social. A aplicação os princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*.¹¹⁵ (grifos no original)

Tem-se, assim, que as regras respondem pela segurança e os princípios pela justiça, de maneira que quanto mais regras houver no ordenamento jurídico, mais seguro, mais estável, mais previsível, ele será; contudo, mais difícil é sua adaptação a situações novas. De outro lado, quanto maior o número de princípios, maior o grau de flexibilidade e capacidade de acomodar e solucionar situações imprevistas. Mas, nesse caso, também crescerá a insegurança em decorrência da imprevisibilidade das soluções aventadas e da falta de uniformidade de tais soluções, com prejuízos evidentes para a isonomia¹¹⁶.

Deste modo, superada a distinção entre princípios e regras, necessário se faz tratar da função principiológica no entender de Robert ALEXY, o que se fará no tópico que segue, a fim de se compreender a abertura do sistema que o referido autor propõe.

2.2 A FUNÇÃO PRINCIPIOLÓGICA PARA ALEXY

ALEXY trata do argumento dos princípios partindo da premissa de que tanto positivistas quanto não-positivistas concordam que todo Direito positivo tem uma estrutura aberta. Isso porque o Direito não pode estar alheio à realidade, que é extrajurídica, ou seja, além da racionalidade formal do sistema jurídico. Nesse campo da abertura do Direito não se pode decidir com base no Direito estritamente positivo, mas somente com a ajuda de critérios não jurídicos ou extrajurídicos.

Ocorre que, se para os positivistas não se deve permitir uma relação entre o Direito e a moral, sob a ótica não positivista o juiz estaria legalmente vinculado, na

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos... *Op. Cit.* p. 46-47.

¹¹⁶ DE BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação**... *Op. Cit.* p. 187.

abertura do Direito, à moral. A base desse argumento é construída a partir da distinção, já colocada, entre princípios e regras.

Logo, ao tratar da função principiológica, retomamos a conceituação de ALEXY, segundo a qual regras são:

(...) normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinado pressuposto, ordenam, proíbem, ou permitem algo de forma definitiva. Por isso, podem ser designados de forma simplificada como “mandamentos definitivos”. Sua forma característica de aplicação é a subsunção¹¹⁷.

Por sua vez, os princípios são:

(...) mandamentos¹¹⁸ de otimização. Como tais são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas¹¹⁹.

Essa distinção teórica normativa leva a um caminho que conduz a uma conexão necessária entre Direito e moral, passando por três teses: a tese da incorporação, a tese da moral e a tese da correção.

A tese da incorporação defende que todo sistema jurídico minimamente desenvolvido contém necessariamente princípios, os quais estão relacionados à moral, cujo principal argumento é o da correção. Como consequência, a sentença formula necessariamente uma pretensão à correção¹²⁰. A essa pretensão jurídica à correção corresponde o dever jurídico de cumpri-la, não importando em que consistam as consequências jurídicas da infração desse dever. Ela leva a uma dimensão ideal, necessariamente vinculada ao Direito. Ademais, exige que num caso duvidoso se proceda à ponderação, que só pode ser de princípios. Há que se ressaltar que, para ALEXY, um sistema em que nenhum caso é entendido como duvidoso, sem considerar a ponderação, é um sistema jurídico que nem chega a ser desenvolvido.

¹¹⁷ ALEXY, Robert. **Conceito...** *Op. Cit.* p. 85.

¹¹⁸ Há que se esclarecer que a expressão “mandado” é utilizada como sinônimo de “mandamento” neste trabalho.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. **Conceito...** *Op. Cit.* p. 85.

¹²⁰ *Ibidem.* p. 89.

Quanto à tese da moral, esta tem duas versões: a forte e a fraca. A forte se aplica quando, entre os princípios a serem considerados em casos duvidosos para satisfazer a pretensão à correção, encontram-se sempre aqueles que integram uma moral qualquer, ou seja, tudo o que não é moralmente correto não é Direito. Segundo o jurista alemão, essa versão é rechaçada, com razão, pelos positivistas, uma vez que desrespeita a segurança jurídica e permite subjetivismos. Para ele, essa conexão não é classificadora, mas somente qualificadora. Por outro lado, a versão fraca da tese da moral afirma que a conexão deve se estabelecer entre Direito e moral correta, ou seja, justificável perante determinada sociedade. O juiz, nesse caso, deve decidir quanto ao conteúdo com base em razões morais, quanto à forma, e em razões jurídicas, traduzidas em princípios incorporados ao Direito. Essa segunda versão é defendida por ALEXY e adotada neste trabalho.

Nesse esteio, chega-se à tese da correção, segundo a qual a pretensão à correção implica em uma pretensão à fundamentalidade - pois a sentença é correta no sentido de uma moral fundamentável. A correção pressupõe que a conexão necessária entre o Direito e a moral correta se dá por meio de princípios. Ao menos uma parte dos argumentos com os quais o juiz fundamenta a conclusão de sua ponderação tem, quanto ao seu conteúdo, o caráter de argumentos formais. O resultado disso é que a pretensão à correção jurídica essencialmente vinculada à decisão inclui uma pretensão à correção moral. Antes do limiar da injustiça extrema, uma violação da moral não faz com que a norma ou a decisão em questão percam o caráter jurídico, mas apenas com que representem uma norma ou decisão juridicamente defeituosa (conexão classificadora). A ideia de moral correta tem o caráter de uma ideia reguladora, no sentido de um objetivo a ser ambicionado.

Esse argumento da pretensão de correção, amparado em moldes lógicos¹²¹, origina outros dois, quais sejam: o argumento de injustiça e o argumento dos princípios, os quais tratam da forma como a vinculação entre Direito e moral interfere na realidade jurídica. O argumento da injustiça é utilizado em situações patológicas do ordenamento, com o objetivo de identificar normas de extrema injustiça. Além disso, visa resolver o problema da conformação à facticidade do poder e opera na

¹²¹ Esses moldes lógicos podem ser traduzidos na contradição performativa, a qual acontece quando um dispositivo nega a pretensão de correção indispensável ao direito. Alexy utiliza o seguinte exemplo: um artigo constitucional que dissesse que "X é uma República soberana, federal e injusta". ALEXY, Robert. **Conceito...** *Op. Cit.*

dimensão classificatória da norma¹²². Já o argumento dos princípios, que é essencial para a compreensão da função principiológica, é utilizado em situações de normalidade do ordenamento, pretendendo resolver o problema da desinstrumentalização, operando na dimensão qualificadora das normas¹²³. Cabe esclarecer, aqui, que tais argumentos serão devidamente desenvolvidos e explicados nos tópicos que seguem.

Os princípios, conseqüentemente, ganham especial relevância na leitura não positivista do ordenamento jurídico, pois são eles os responsáveis pela incorporação da moral e da pretensão à correção.

Ressalte-se que as regras estão relacionadas à segurança, revelando-se importantes para manutenção da estabilidade de um sistema jurídico. Assim, as “regras devem ter preferência sobre os princípios. Isto é: em uma situação de conflito inevitável, a regra deve ser preservada e o princípio comprimido e não o oposto”¹²⁴.

Uma vez fixada a função principiológica, cabe se verificar quais são os princípios da administração pública brasileira, a fim de se esclarecer como são as bases do direito administrativo no Brasil e introduzir as reflexões que serão feitas acerca da legalidade, enumerada como um desses princípios pela carta magna.

2.3 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Sustenta BARROSO¹²⁵ que os princípios constitucionais coadunam-se com os valores amparados pelo ordenamento jurídico, espelhando a ideologia da sociedade e dando harmonia ao sistema. Cabe a eles o papel de condensar valores, dar unidade ao sistema e condicionar a atividade do intérprete.

¹²² Isso porque, para que seja possível classificar uma norma como jurídica, é preciso que ela necessariamente formule uma pretensão de correção moral.

¹²³ “A conexão qualificadora, por sua vez, ocorre quando a pretensão de correção é devidamente formulada, mas indevidamente satisfeita. Neste caso, obtém-se uma norma deficiente. A não satisfação da pretensão de correção, portanto, não implica a perda do caráter jurídico do ato, apenas indica um defeito. Um ordenamento defeituoso é válido, para Alexy, quando o defeito não ultrapassa determinado limite ou patamar de injustiça. O grave defeito, que ultrapasse tal limite, indica, mais que uma não satisfação, uma não formulação da pretensão de correção. Nessa ótica, pode-se passar da conexão qualificadora para a conexão classificatória entre norma e pretensão de correção moral.” FRANCO SILVA, Denis; SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. **Legalidade...** *Op. Cit.*

¹²⁴ DE BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação...** *Op. Cit.* p. 190.

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos...** *Op. Cit.* p. 45.

No tocante à Administração Pública Brasileira¹²⁶, a Constituição da República Federativa, em seu artigo 37, *caput*, elenca como princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Antes de tratar de tais princípios, cabe esclarecer que, na doutrina administrativista brasileira, atualmente, há ao menos duas concepções diferentes de princípios. Os administrativistas, em regra, ou se filiam a uma ou a outra corrente, com as peculiaridades que as impõe. As referidas conceituações têm um hiato de aproximadamente trinta anos entre elas.

A primeira delas, e mais tradicional, é a do professor Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, a qual é definida da seguinte forma:

Cumpra, pois, inicialmente, indicar em que sentido estamos a tomar o termo *princípio*, tal como vimos fazendo desde 1971, quando pela primeira vez enunciámos a acepção que lhe estávamos a atribuir. À época dissemos: “Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”. Eis porque: “violado um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e a corrosão de sua estrutura mestra.”¹²⁷

Logo, tem-se que, segundo esse autor, os princípios são alicerces do ordenamento jurídico, de maneira que ofender a um princípio é mais grave que violar uma regra, o que significaria violar todo o sistema de normas.

A outra definição, que difere da consignada, é a proposta pelo professor MARÇAL JUSTEN FILHO, nos termos que seguem:

¹²⁶ Conforme Odete Medauar, a Administração Pública, como objeto precípua do Direito Administrativo, encontra-se inserida no Poder Executivo e pode ser considerada sob o ângulo funcional e organizacional. No aspecto funcional, significa “um conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens e utilidades para a população, como por exemplo, ensino público, calçamento de ruas, coleta de lixo”. Já sob o ângulo organizacional, representa “o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo”. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 44.

¹²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 53.

O princípio consiste em norma jurídica que consagra modelos genéricos e abstratos de conduta, sem estabelecer uma solução única e predeterminada abstratamente. O princípio produz uma delimitação das condutas compatíveis com o direito. Consagra uma moldura no sentido de contemplar um limite entre condutas lícitas e as ilícitas. Isso significa que a aplicação do princípio envolve, como primeira etapa, a identificação desse limite, algo que até pode ser fixado de modo teórico e abstrato.

Mas, o princípio não se restringe a fixar limites, porque também impõe a escolha da melhor solução possível, o que significa a necessidade da análise do caso concreto. Nessa segunda etapa, as circunstâncias da vida real condicionam a aplicação do princípio. Assim se passa porque as características da vida real variam caso a caso, sendo impossível estabelecer uma solução única e geral aplicável de modo uniforme.¹²⁸

Essa definição mistura conceitos de ALEXY, de DWORKIN e a do professor BANDEIRA DE MELLO, afirmando que os princípios se distinguem das regras por seu grau de abstração, e que aqueles são ponderáveis. Dessa leitura rápida já se percebe que essa concepção não é totalmente fiel ao proposto por ALEXY¹²⁹.

No Brasil, a jurista Ana Paula DE BARCELLOS apresenta a concepção mais próxima da teoria de ALEXY nos seguintes termos:

Na verdade, retomando a imagem dos princípios como círculos concêntricos, que ocupam grandes áreas, porém de maneira difusa e com pouca densidade (com exceção do seu próprio núcleo), as regras podem ser visualizadas como pontos de alta densidade espalhados por toda essa superfície. Os princípios, para além de seu núcleo, estabelecem as fronteiras de um largo campo de atuação possível, dentro de cujos limites as opções políticas podem ser consideradas legítimas. As regras correspondem exatamente a decisões políticas específicas, de efeitos determinados, já tomadas no interior de tais fronteiras.¹³⁰

Contudo, ainda com base na doutrina mais tradicional, a partir de José dos Santos CARVALHO FILHO, far-se-á uma rápida explanação acerca dos “princípios administrativos” consignados expressamente no *caput* do artigo 37 da Constituição, à exceção do princípio da legalidade, que será discutido à parte. Como se pretende utilizar os princípios estabelecidos por ALEXY, será preciso deixar de fora da

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 104

¹²⁹ Dentre outras, enumeram-se duas principais incompatibilidades entre a teoria de Marçal JUSTEN FILHO e a de Robert ALEXY: o entendimento de JUSTEN FILHO de que os princípios são normas que não detêm hipótese de incidência, o que contraria a afirmação de ALEXY de que são mandamentos *prima facie*; e a tese de que a desobediência aos princípios seria mais grave do que a desatenção às regras, uma vez que estas consubstanciam “escolhas instrumentais” e aquelas condensariam valores mais caros da comunidade, o que vai de encontro à ideia de que há um parâmetro substancial de colisão que deve levar em consideração o conteúdo dos elementos normativos – é o caso, por exemplo, de direitos fundamentais garantidos por regras, os quais teriam prevalência sobre princípios.

¹³⁰ DE BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação...** *Op. Cit.* p. 192.

tipologia dos princípios normas tradicionalmente assim nomeadas, como é o caso da legalidade, tendo em vista que esta é entendida como regra. Muito embora neste tópico apenas se faça uma rápida explanação sobre a concepção tradicional desses princípios, no tópico seguinte, será apresentada uma proposta de classificação nos termos da teoria de ALEXY.

A impessoalidade “objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica”¹³¹, revelando-se uma faceta da isonomia. Além disso, para que haja verdadeira impessoalidade, segundo CARVALHO FILHO, deve a Administração voltar-se para o interesse público em detrimento do privado.

Já a moralidade “impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta”¹³². Assim, não somente os critérios de conveniência, oportunidade e justiça devem subsistir em sua atuação, mas também deve haver uma distinção entre o que é honesto e desonesto. Esse princípio está “indissociavelmente ligado à noção do bom administrador, que não somente deve ser conhecedor da lei como dos princípios éticos regentes da função administrativa”¹³³.

¹³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 21. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 19.

¹³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito... Op. Cit.** p. 20.

¹³³ Como já consignei em trabalho anterior, o princípio da moralidade diferencia-se dos demais, pois explicita a relação entre normas morais e normas jurídicas, discussão jurídica que subsiste há mais de dois mil anos, desde a Grécia Antiga. Robert ALEXY bem pontua essa contraposição: “(...) duas posições continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista. Todas as teorias positivistas defendem a tese da separação. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. A tese da separação postula que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige, ou entre o direito como ele é e como ele deve ser. O grande positivista jurídico Hans KELSEN resumiu essa ideia na seguinte fórmula ‘Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito.’ Assim, ao conceito positivista de direito restam apenas dois elementos de definição: o da legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade e o da eficácia social. As numerosas variantes do positivismo jurídico resultam das distintas interpretações e ponderações desses dois elementos de definição. Todas elas têm em comum o fato de considerarem que o que é direito depende exclusivamente do que é estabelecido e/ou eficaz. Uma correção quanto ao conteúdo, seja de que natureza for, não tem nenhuma importância. Em contrapartida, todas as teorias não positivistas defendem a tese da vinculação. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais. Apesar disso, nenhum não-positivista que deva ser levado a sério exclui do conceito de direito os elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social. O que diferencia do positivista é muito mais a concepção de que o conceito de direito deve ser definido de forma que, além dessas características que se originam por fatos reais, inclua elementos morais. Mais uma vez, são possíveis as mais diversas interpretações e ponderações.” A partir dessa leitura, ALEXY explica que todo direito positivo terá uma estrutura aberta, utilizando-se da expressão de Hart, “*open texture*”. Essa natureza vaga da linguagem do direito permite até mesmo tomar uma decisão contra a proposição de uma regra em casos especiais. O argumento dos princípios apresentado por ALEXY tem como pressuposto que o julgador está vinculado no âmbito de abertura do direito estabelecido e eficaz, e isso de maneira a criar uma vinculação necessária entre direito e

A publicidade, por sua vez, indica que os atos da administração:

(...) devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência de dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência que se revestem.¹³⁴

Por fim, o princípio da eficiência, com o qual se pretendeu impor a exigência de produtividade e economicidade na Administração Pública, com a redução dos desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços com presteza, perfeição e rendimento funcional. Além disso, tal princípio teria como escopo inserir um modelo de administração gerencial, segundo o qual se faz “necessário identificar uma gerência pública compatível com as necessidades comuns da Administração, sem prejuízo para o interesse público que impele toda a atividade administrativa”¹³⁵. Ele tem como atributos a celeridade e a economicidade, e se revela garantidor da moralidade.

Esse princípio foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro em 1998, com a Emenda Constitucional nº. 20, e tem importante papel na chamada “Reforma do Estado no Brasil”. A inserção de elementos gerenciais na administração pública brasileira, contudo, não excluiu a base burocrática sob a qual se sustenta, o que será rapidamente tratado no tópico 2.5 deste trabalho.

Antes de tratar dos elementos da burocracia na administração pública gerencial no Brasil, faz-se necessário apresentar, com base no critério classificatório de Alexy, uma releitura dos chamados “princípios” da administração pública brasileira, dispostos no artigo 37 da Constituição Federal.

moral, ainda que o direito não pertença a ela. Isso significa dizer que existe uma intersecção entre direito e moral, a qual deve ser respeitada. Assim, tem-se que o princípio da moralidade diferencia-se da moral comum vigente na sociedade, aproximando-se da ideia de moral administrativa, balizada na ética, probidade, decoro, boa-fé, lealdade e honestidade. MERLIN DE ANDRADE, Melanie. O Caso do Nepotismo: Reflexões sobre a Atuação do Supremo Tribunal Federal. In SAVARIS, José Antonio; STRAPASSON, Carlos Luiz (org.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana**: um diálogo latino-americano. Curitiba: Alteridade, 2012. p. 571-594.

¹³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito...** Op. Cit. p. 20.

¹³⁵ *Ibidem*. p. 29.

2.4 “PRINCÍPIOS” DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: RELEITURA POR MEIO DO CRITÉRIO CLASSIFICATÓRIO DE ROBERT ALEXY

Como assinalado no tópico anterior, os princípios expressos da Administração Pública no *caput* do art. 37 da Constituição são a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Consoante já explicado, os princípios (entendidos como mandados de otimização) permitem uma abertura do sistema em detrimento unicamente das regras. Isso significa que a concretização dos princípios deve ser perseguida, autorizando-se sua aplicação na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

Por meio dos princípios é que se sobressai a pretensão à correção, pois permite a incorporação da moral pelo Direito. As decisões administrativas, assim, teriam que formular uma pretensão à correção, a qual leva o Direito a uma dimensão ideal, exigindo que num caso duvidoso se proceda à ponderação de princípios. Note-se, inclusive, que, ao elencar o princípio da moralidade, o constituinte expressamente permitiu a inserção de valores morais na administração pública, ainda que a regra seja a aplicação da lei.

Tendo por base a teoria de ALEXY, propor-se-á uma nova classificação para os chamados princípios da Administração Pública. Para tanto, será apresentada a conceituação de tais princípios por José Afonso DA SILVA, por se tratar de autor reverenciado por grande parte da doutrina brasileira¹³⁶.

¹³⁶ No entanto, é preciso consignar que o jurista brasileiro tem uma concepção própria de princípios, a qual não se identifica com a proposta por ALEXY. Segundo José Afonso DA SILVA: “A palavra ‘princípio’ é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de ‘começo’ e ‘início’. ‘Norma de princípio’ (disposição de princípio), por exemplo, significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as normas que chamamos de ‘princípio instrutivo’ e ‘de princípio programático’. Não é, evidentemente, nesse sentido que se acha a ‘palavra’ no Título I da Constituição. ‘Princípio’, aí, significa ‘mandamento nuclear de um sistema’. Normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagens ou de vínculo – ou seja, reconhecem, por um lado, vinculam pessoas ou entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem ou, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, ‘são [como observam Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais’. Mas, como disseram os mesmos autores, ‘os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em *normas-princípio* e constituindo preceitos básicos de organização constitucional”. DA SILVA, José Afonso. **Comentários Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 27-28. (grifos no original)

A legalidade terá um tópico apartado à parte, motivo pelo qual não serão tecidas maiores considerações sobre tal classificação neste subcapítulo. Porém, desde já se adianta que, consoante ALEXY, ela é entendida como regra.

A impessoalidade, segundo José Afonso DA SILVA, significa que “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário”¹³⁷. Claramente tem-se que se trata de uma regra. Ora, ou os atos administrativos são imputados à entidade que os pratica ou não são. O mandamento da regra da impessoalidade é determinado. Ele não pode ser efetivado em vários graus. Tanto é assim que o referido autor trata, em sua obra, de “princípio ou regra da impessoalidade”¹³⁸.

A publicidade, aqui conceituada como a exigência para o Poder Público de “agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo”¹³⁹. A publicidade implica na publicação dos atos e da permissão de acesso a eles por meio do cidadão, à exceção das reservas constitucionais, previstas no artigo 5º, inciso XXXIII, em se tratando de informações “sigilosas imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado”. Na concepção de Alexy, então, a publicidade seria considerada uma regra. Não há como realizá-la em maior ou menor medida: ou a um determinado ato é dada a devida publicidade, ou não.

Segundo José Afonso DA SILVA, a moralidade deve ser entendida não como moralidade comum, mas sim como moralidade jurídica, o que significa que consiste no conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina interior da Administração. Essa moralidade administrativa não é puramente formal, porque “tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração”¹⁴⁰.

A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato *formalmente legal*, mas *materialmente* comprometido com a moralidade administrativa.¹⁴¹ (grifos no original)

¹³⁷ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 666.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ *Ibidem*. p. 669.

¹⁴⁰ *Ibidem*. p. 668.

¹⁴¹ *Ibidem*. p. 669.

Desse conceito, deriva a improbidade administrativa, que é uma forma de imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.

Diante dessas considerações, há que se concluir pela natureza de princípio da moralidade, uma vez que o próprio conceito de moralidade é um tanto quanto indeterminado. Ela deve ser analisada no caso concreto e pode ser efetivada em menor ou maior medida, tanto que os casos mais graves de transgressão ao princípio da moralidade são considerados improbidade administrativa.

Já a eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico, pois não qualifica as normas, e sim as atividades. Realizar algo de maneira eficiente significa fazê-lo com racionalidade, medindo-se os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Sobre a eficiência pontua José Afonso DA SILVA:

Assim, o *princípio da eficiência*, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados¹⁴².

Vislumbra-se que a eficiência pode ser considerada princípio, pois há que se estabelecer que este seja realizado na maior medida possível diante das realidades fáticas e jurídicas presentes.

Diante dos pressupostos aqui colocados, passa-se a expor os instrumentos para a justiça na Administração Pública.

2.5 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL E A SUBSISTÊNCIA DE ELEMENTOS DO MODELO BUROCRÁTICO

A Administração Pública Brasileira sofreu uma reforma em 1998, com a revisão da máquina do Estado, ou seja, do aparato prestador de serviços do Estado,

¹⁴² *Ibidem.* p. 671.

nos quais se incluem: “a evolução da administração pública burocrática para a administração pública gerencial.”¹⁴³

Explica Luiz Carlos BRESSER PEREIRA¹⁴⁴:

A crise do Estado implicou na necessidade de reformá-lo e reconstruí-lo; a globalização tornou imperativa a tarefa de redefinir suas funções. Antes da integração mundial dos mercados e dos sistemas produtivos, os Estados podiam ter como um de seus objetivos fundamentais proteger as respectivas economias da competição internacional. Depois da globalização, as possibilidades do Estado de continuar a exercer esse papel diminuíram muito. Seu novo papel é o de facilitar para que a economia nacional se torne internacionalmente competitiva. A regulação e a intervenção continuam necessárias, na educação, na saúde, na cultura, no desenvolvimento tecnológico, nos investimentos em infra-estrutura - uma intervenção que não apenas compense os desequilíbrios distributivos provocados pelo mercado globalizado, mas principalmente que capacite os agentes econômicos a competir a nível mundial.

Aqueles que defenderam a reforma, com a alteração do modelo burocrático pelo gerencial, alegam que a “racionalidade formal-legal da burocracia enfoca toda sua atuação nos meios em si, despreocupando-se com os fins da ação administrativa”¹⁴⁵. Assim, propõem que o enfoque da Administração passe a ser o cidadão, beneficiado por uma atuação eficiente.

Isso porque os cidadãos brasileiros vêm se tornando cada vez mais conscientes de que “a administração pública burocrática não corresponde às demandas que a sociedade civil apresenta aos governos no capitalismo”¹⁴⁶. A exigência dos cidadãos junto ao Estado passou a ser maior do que sua capacidade de atendimento. Como os recursos econômicos e políticos são escassos, tornou-se fundamental o uso eficiente de tais recursos por parte do Estado para superar tal limitação. .

Contudo, esse modelo manteve muitos dos elementos da Administração Pública, como é o caso da impessoalidade e da legalidade estrita. O que aconteceu

¹⁴³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Administração Pública Gerencial**. Rev. Direito, Rio de Janeiro, v.2, n. 4, jul./dez. 1998

¹⁴⁴ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. *In* Revista do Serviço Público, 47(1) janeiro-abril. Brasília, 1996.

¹⁴⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública: O Direito de Reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 159.

¹⁴⁶ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. *In* BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004. p. 22.

foi a “superação dos mecanismos burocráticos de controle da atividade do poder público pela inserção de mecanismos de controle dos resultados”¹⁴⁷.

A administração do Estado pré-capitalista era uma administração pública patrimonialista, na qual se verifica a existência de nepotismo e corrupção. Porém, com o advento do capitalismo e da democracia instituiu-se a distinção entre bens públicos e privados. Assim, a burocracia surge especialmente para firmar essa distinção e acabar com os vícios da administração pública patrimonialista.

Burocracia é a instituição administrativa que usa, como instrumento para combater o nepotismo e a corrupção – dois traços inerentes à administração patrimonialista -, os princípios de um serviço público profissional e de um sistema administrativo impessoal formal e racional.¹⁴⁸

Ocorre, no entanto que o controle hierárquico e formalista, próprio da burocracia, revelou-se inadequado. Ainda que evitasse a corrupção e o nepotismo, esta estrutura era lenta, cara e ineficiente. À nova administração pública “não basta ser efetiva nem evitar o nepotismo e a corrupção: ela tem de ser eficiente ao prover bens públicos e semipúblicos que cabe ao Estado diretamente produzir ou indiretamente financiar”¹⁴⁹.

A administração pública burocrática clássica foi adotada por que era uma alternativa muito superior à administração patrimonialista do Estado. Entretanto, o pressuposto de eficiência em que se baseava não se mostrou real. No momento em que o pequeno Estado Liberal do século XIX cedeu definitivamente lugar ao grande Estado Social e econômico do século XX, verificou-se que ela não garantia nem rapidez nem boa qualidade, nem custo baixo para os serviços prestados ao público. Na verdade, a administração burocrática é lenta, cara, autorreferida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos.¹⁵⁰

Essa situação nada tinha de grave na prevalência de um Estado liberal, pequeno, cujo objetivo era garantir a propriedade e os contratos. Nesse formato de Estado somente quatro ministérios eram necessários: o da Justiça, o da Defesa, o da Fazenda e o das Relações Exteriores. Porém, no momento em que adotou o modelo de Estado social e econômico, típico do século XX, assumiu um crescente número de serviços sociais e também o de papéis econômicos, o que tornou necessária a eficiência no atendimento ao cidadão.

¹⁴⁷ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular...** *Op. Cit.* p. 155.

¹⁴⁸ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Gestão do setor público...* *Op. Cit.* p. 22.

¹⁴⁹ *Ibidem.* p. 27.

¹⁵⁰ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Da administração pública burocrática...* *Op. Cit.* p. 239.

A administração pública gerencial surge na segunda metade do século passado, em resposta à crise do Estado, no intuito de reduzir custos e tornar mais eficiente a administração, em razão da crise financeira instalada. Esse modelo se “orienta para o cidadão e para a obtenção de resultado; pressupõe que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de grau limitado de confiança; como estratégia, serve-se da descentralização e do incentivo à criatividade e inovação”¹⁵¹. Além disso, utiliza o contrato de gestão como instrumento de controle dos gestores públicos. Os novos contornos desse modelo de Administração Pública podem ser assim resumidos:

(1) Descentralização do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais; (2) descentralização administrativa, pela delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos; (3) organizações com poucos níveis hierárquicos em vez de piramidal; (4) organizações flexíveis ao invés de unitárias e monolíticas, nas quais as ideias de multiplicidade, de competição administrada e de conflito tenham lugar; (5) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total; (6) definição dos objetivos a serem atingidos na forma de indicadores de desempenho sempre que possível quantitativos, que constituirão o centro do contrato de gestão entre o ministro e o responsável pelo órgão que está sendo transformado em agência; (7) controle por resultados, *a posteriori*, em vez do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e (8) administração voltada para o atendimento do cidadão, ao invés de autorreferida.¹⁵²

BRESSER PEREIRA explica as principais diferenças entre a administração pública gerencial e a burocracia:

Enquanto a administração pública burocrática concentra-se no processo; em definir procedimentos para a contratação de pessoal, para a compra de bens e serviços; e em satisfazer as demandas dos cidadãos, a administração pública gerencial orienta-se para os resultados. A burocracia atenta para os processos, sem considerar a alta ineficiência envolvida, porque acredita que este seja o modo mais seguro de evitar o nepotismo e a corrupção. Os controles são preventivos, vem *a priori*. Entende, além disso, que punir os desvios é sempre difícil, pra não dizer impossível; prefere, pois, prevenir. A rigor, uma vez que sua ação não tem objetivos claros – definir indicadores de desempenho para as agências estatais é tarefa extremamente difícil -, não tem outra alternativa senão controlar os procedimentos.

A administração pública gerencial, por sua vez, parte do princípio de que é preciso combater o nepotismo e a corrupção, mas que, para isso, não são necessários procedimentos rígidos. Estes podem ter sido necessários quando predominavam os valores patrimonialistas, mas não o são agora, quando se rejeita universalmente que se confundam os patrimônios público

¹⁵¹ *Idem*. Gestão do setor público... *Op. Cit.* p. 28.

¹⁵² BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise Econômica...** *Op. Cit.* p. 272.

e privado. Por outro lado, emergiram novas modalidades de apropriação da *res publica* pelo setor privado que não podem ser evitadas pelo recurso aos métodos burocráticos. O *rente-seeking* é quase sempre um modo mais sutil e sofisticado de privatizar o Estado e exige que se usem novas contra-estratégias. A administração gerencial; a descentralização; a delegação de autoridade e de responsabilidade do gestor público; o rígido controle sobre o desempenho, aferido mediante indicadores acordados e definidos por contrato, além de serem modos muito mais eficientes de gerir o Estado, são recursos muito mais efetivos na luta contra as novas modalidades de privatização do Estado.¹⁵³

No Brasil, a administração pública burocrática clássica, descrita por WEBER e baseada no mérito profissional, foi adotada em 1936, com a reforma administrativa promovida por Maurício Nabuco e Luiz Simões Lopes.

A percepção da necessidade de reforma da Administração Pública, com a transição do modelo burocrático para o gerencial, aconteceu em razão da crise que o país atravessou entre 1979 e 1994 - com estagnação da renda *per capita* e alta inflação sem precedentes. Essa crise se caracterizou pela perda da capacidade do Estado de coordenar o sistema econômico de forma complementar ao mercado. Ainda que se defina como fiscal, acabou por se revelar uma crise da forma burocrática pela qual o Estado era administrado¹⁵⁴.

O capítulo que trata da administração pública na Constituição de 1988 demonstra uma reação ao populismo e ao fisiologismo que recrudesciam com o advento da democracia, que se estabeleceu com a eleição de Tancredo Neves e a posse de José Sarney em 1985, após o Regime Militar que governou o Brasil de 1964 a 1985. “Por isso, a Constituição sacramentaria os princípios de uma administração pública arcaica, burocrática ao extremo”¹⁵⁵. Delineou-se uma administração altamente centralizada, rígida, hierárquica, que prioriza a administração direta em detrimento da indireta.

BRESSER PEREIRA¹⁵⁶ explica que, naquele momento histórico, os constituintes e a sociedade brasileira perceberam apenas que a administração burocrática clássica que começou a ser implantada no Brasil na década de 30 não havia sido plenamente instaurada. As estratégias descentralizadoras adotadas pelo Estado até então, que não estavam enquadradas no modelo clássico da burocracia,

¹⁵³ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público... *Op. Cit.* p. 29.

¹⁵⁴ *Idem.* Da administração pública burocrática... *Op. Cit.* p. 239.

¹⁵⁵ *Ibidem.* p. 246.

¹⁵⁶ *Ibidem.* p. 246.

havia aberto espaço para o clientelismo, que se acentuou após a redemocratização do país.

Com essa preocupação, acabou-se por ignorar que as formas mais descentralizadas e flexíveis da administração eram uma resposta à necessidade de o Estado administrar com eficiência os serviços sociais e as empresas. Assim, optou-se por completar a implantação da burocracia clássica. A partir dessa perspectiva decidiram-se pelo que segue:

(1) instauração de um “regime jurídico único” para todos os servidores públicos civis da administração pública direta e das autarquias e fundações, e, assim, tratar de forma igual faxineiros e juizes, professores e delegados de polícia, agentes de portaria e altos administradores públicos que exercem o poder de Estado; (2) com uma estabilidade rígida inviabilizar a cobrança de trabalho dos funcionários relapsos ou excedentes, ignorando que este instituto foi criado para defender o Estado, não seus funcionários; (3) com um sistema de concursos públicos ainda mais rígido, inviabilizar que uma parte das novas vagas fossem abertas para funcionários já existentes; (4) com a extensão a toda administração pública das novas regras, eliminar toda a autonomia das autarquias e fundações públicas; (5) por meio de uma série de dispositivos, criar um sistema de rigoroso privilégio para a aposentadoria dos serviços públicos e para seus pensionistas.¹⁵⁷

BRESSER PEREIRA critica a racionalidade da administração pública burocrática:

Enquanto a administração pública burocrática acredita em uma racionalidade absoluta, que a burocracia está encarregada de garantir, a administração pública gerencial pensa na sociedade como um campo de conflito, cooperação e incerteza, na qual os cidadãos defendem seus interesses e afirmam suas posições ideológicas, que afinal se expressam na administração pública. Nestes termos, o problema não é o de alcançar a racionalidade perfeita, mas definir instituições e práticas administrativas suficientemente abertas e transparentes de forma a garantir que o interesse coletivo na produção de bens públicos pelo Estado seja razoavelmente atendido.¹⁵⁸

Esses fatores geraram uma administração pública de alto custo e baixa qualidade. Porém, a necessidade de impessoalidade e profissionalização mantém-se no novo modelo. Pretendeu-se, sim, um aperfeiçoamento da administração burocrática, com a manutenção de sua estrutura-base.

Como se pode verificar, ainda que a legalidade tenha sido mantida nesse novo modelo, a inserção de controle de resultado em razão da eficiência autoriza a

¹⁵⁷ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise Econômica...** *Op. Cit.* p. 275.

¹⁵⁸ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise Econômica...** *Op. Cit.* p. 272.

inserção de elementos extrajurídicos nas decisões administrativas. Essa recepção da racionalidade material na administração pública gerencial ajusta-se à ideia de controle de resultados, os quais devem estar em conformidade os anseios sociais. Dentre esses anseios, está a justiça, institucionalizada nas regras.

Gustavo BINENBOJM explica que um dos problemas que se verifica na burocracia e que subsiste na administração pública gerencial é que, para garantir a impessoalidade, restou estabelecida a ideia de uma milagrosa submissão à lei e aos direitos individuais, concebida a partir da origem liberal e garantística. Para ele, isso não passa de um mito:

Passados dois séculos de sua gênese [do mito da democracia], é possível constatar que a construção teórica do direito administrativo não se deveu nem ao advento do Estado de direito, nem à afirmação histórica do princípio da separação dos poderes¹⁵⁹.

Assim, a dogmática administrativista estruturou-se sobre premissas teóricas que tinham como compromisso a preservação do princípio da autoridade em detrimento da promoção das conquistas liberais e democráticas.

Atualmente, é de fundamental importância repensar a concretização da administração pública gerencial, especialmente com a inserção do valor justiça na racionalidade que a rege. Para tanto, passa-se a tratar da legalidade, bem como da juridicidade, como pressuposto para discorrer sobre a lei extremamente injusta, com a inserção de elementos extrajurídicos – valores – no sistema jurídico formal-racional, que subsiste, ainda que com a existência da necessidade de eficiência e controle de resultado.

¹⁵⁹ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. In BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**: Livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 500.

3. A LEGALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A legalidade, expressão da ação racional com relação a fins, é uma das bases do Estado de Direito e, portanto, da Administração Pública. Neste capítulo, apresenta-se como as teorias de WEBER e de ALEXY a compreendem para, em seguida, expor o panorama da legalidade no Brasil. Então, pretende-se dar novos contornos a essa regra¹⁶⁰, com a apresentação do conceito de juridicidade.

3.1 LEGALIDADE SOB A ÓTICA WEBERIANA

Sobre a legalidade na Administração Pública, WEBER explica que:

O “governo” pode estar vinculado a normas jurídicas e limitado por direitos subjetivos adquiridos. Essa qualidade ele tem em comum com a criação do direito e com a aplicação deste. Mas isso abrange apenas dois aspectos: 1) um *positivo*, que é o fundamento da legitimidade da competência própria: um governo moderno desenvolve sua atividade em virtude de “competência” legítima, que, em última instância, se concebe, do ponto de vista jurídico, sempre como baseada na autorização dada pelas normas “constitucionais” do Estado. Além disso, resulta daquela vinculação ao direito vigente e aos direitos adquiridos; 2) como aspecto *negativo*, a limitação de sua liberdade de ação, com a qual ele deve conformar-se.¹⁶¹

Disso, tem-se que, uma vez que ele interpreta as ordens estatais das sociedades ocidentais modernas como desdobramentos da “dominação legal”, a legitimidade depende da fé na legalidade do exercício do poder.

A dominação legal adquire caráter racional, pois a fé na legalidade das ordens prescritas e na competência dos que foram chamados a exercer o poder não se confunde simplesmente com a fé na tradição ou no carisma, na medida em que tem a ver com a racionalidade que habita na forma do Direito e que legitima o poder exercido nas formas legais. Como já demonstrado, o sociólogo fez uso de um conceito positivista de Direito, segundo o qual “direito é aquilo que o legislador,

¹⁶⁰ Entendida como princípio pelo legislador constitucional, a legalidade é uma regra na concepção de ALEXY, ponto de vista defendido neste trabalho.

¹⁶¹ WEBER, Max. **Economia e Sociedade...** Op. Cit. vol. 2. p. 3-4.

democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito, seguindo um processo institucionalizado juridicamente¹⁶².

Sob sua ótica, a confusão entre Direito e moral colocaria em risco a racionalidade formal típica do Direito e, por conseguinte, o fundamento da legitimidade da dominação legal, dado que permitiria certa pessoalidade do agente administrativo. Como se vê, a legalidade extrai sua legitimidade de uma racionalidade formal-procedimental.

A preocupação fundamental na formação da burocracia moderna é a nítida delimitação do domínio público em relação à esfera privada, dado que a ideia é a constituição de um modelo apto a acabar com os vícios do modelo anterior patrimonialista, marcado pela corrupção e pelo nepotismo. Para alcançar esse objetivo, a burocracia deveria ser um corpo neutro e impessoal¹⁶³.

Ocorre, no entanto, que a impessoalidade tão almejada por WEBER é algo que poderia ser considerado uma parte do tipo ideal da burocracia, pois não existe de forma pura. Como defende Luís Roberto BARROSO, a neutralidade e a objetividade são dois conceitos que integram o imaginário do conhecimento científico, pois “ao menos no domínio das Ciências Humanas, e especialmente no campo do Direito, a realização plena de qualquer um deles é impossível”¹⁶⁴.

Segundo o jurista brasileiro¹⁶⁵, a neutralidade seria o distanciamento irrestrito daquilo que está sendo apreciado, o que implica num operador do Direito que não absorve influências sociais e é isento da subjetividade pessoal. Dessa maneira, tem-se que todos os objetos, inclusive o conhecimento, estão sujeitos à interpretação.

O Direito, assim, também está sujeito à interpretação, especialmente porque sua matéria-prima é composta de normas, palavras, significantes e significados. Ressalte-se que a “moderna dogmática jurídica superou a ideia de que as leis

¹⁶² Habermas é filósofo e sociólogo alemão, autor da "Teoria da ação comunicativa", na qual concede a Weber um papel fundamental, descrevendo a sociologia weberiana da racionalização. HABERMAS, Jürgen. **Law and Morality**. Harvard University, October 1 and 2, 1986. p. 219. Disponível em: <<http://tannerlectures.utah.edu/lectures/documents/habermas88.pdf>>. Acesso em 16 nov. 2012.

¹⁶³ ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004. p. 179.

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos... *Op. Cit.* p. 28.

¹⁶⁵ *Ibidem*. p. 28-29.

possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso”¹⁶⁶.

Essa ideologia, como se verá adiante, permeia este trabalho e está relacionada à ideia de juridicidade, a qual será tratada neste capítulo. Antes, porém, expor-se-á a legalidade sob a ótica de Robert ALEXY, na perspectiva não positivista.

3.2 LEGALIDADE E A TEORIA DE ROBERT ALEXY

Neste tópico pretende-se classificar a legalidade a partir da teoria de ALEXY. No entanto, cumpre advertir que o referido filósofo, ao menos nos livros traduzidos em língua portuguesa, não tratou propriamente da legalidade, de maneira que o que está sendo apresentado aqui é uma interpretação feita a partir de sua teoria.

A legalidade pode ser explanada da seguinte forma: ao ocorrer no mundo dos fatos uma previsão contida na regra, ela incide, gerando consequências jurídicas prescritas. Nesse sentido, ao se tomar por base a teoria de ALEXY, ela será entendida como regra, uma vez que, diante de um fato jurídico a regra será ou não cumprida ao se aplicar ou deixar de aplicar a consequência prevista na lei.

Visando essa concepção de legalidade é que Virgílio Afonso da SILVA afirma se tratar de uma regra, como se vê:

Essa diferença entre os conceitos de princípio tem consequências importantes na relação entre ambas as concepções. Essas consequências, no entanto, passam muitas vezes despercebidas, visto que é comum, em trabalhos sobre o tema, que se proceda, preliminarmente, à distinção entre princípios e regras com base nas teorias de Dworkin ou Alexy, ou em ambas, para que seja feita, logo em seguida, uma tipologia dos princípios constitucionais, nos moldes das concepções que acima chamei de mais tradicionais. Há, contudo, uma contradição nesse proceder. Muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio, deveria ser, se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, chamado de regra. Assim, falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, essas normas são regras, não princípios. Todavia, mesmo quando se diz adotar a concepção de Alexy, ninguém ousa deixar esses "mandamentos fundamentais" de fora das classificações dos princípios para incluí-los na categoria das regras¹⁶⁷.

¹⁶⁶ *ibidem*. p. 29.

¹⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras...** *Op. Cit.* (grifos no original)

Há que se deixar claro que na classificação de ALEXY as regras e princípios estão no mesmo patamar de importância, cada qual com funções diferentes no ordenamento. A partir do referido autor, Ana Paula DE BARCELLOS¹⁶⁸ esclarece que a estrutura das regras facilita a realização do valor segurança, enquanto que os princípios oferecem melhores condições para que a justiça possa ser alcançada, pois podem ser realizados em várias medidas.

Consequentemente, ou se aplica a exata consequência prevista em lei a um fato, concretizando-se a legalidade ou não se aplica tal consequência, não havendo que se falar em ponderação, revelando-se uma razão definitiva. Isso diverge da classificação constitucional e doutrinária da legalidade no Brasil, como se verá no próximo tópico.

3.3 PANORAMA DA LEGALIDADE NO BRASIL

Neste trabalho alerta-se que a legalidade tem duas vertentes. Como será demonstrado, se de um lado a legalidade é imprescindível para o Estado de Direito e para a segurança do cidadão contra abusos do Poder Público, por outro lado ela pode ser utilizada como instrumento para a realização de autoritarismos e injustiças. É essa segunda vertente que se criticará no item 3.4, ao se tratar da juridicidade.

Odete MEDAUAR¹⁶⁹ explica que na concepção originária da legalidade, houve uma grande vinculação à separação de poderes e ao conjunto de ideias que historicamente significaram oposição às práticas do período do absolutismo. Dentre os poderes do Estado, a legalidade explicitava a supremacia do Poder Legislativo frente ao Executivo e, no que tange à atuação, tornava clara a supremacia da lei sobre atos e medidas administrativas. O poder, assim, restava objetivado, ante a submissão da Administração à lei, na medida em que obedecer à Administração, significava obedecer à lei, e não à vontade da autoridade. Logo, a legalidade tem o condão de instaurar garantia, certeza jurídica e limitação do poder.

¹⁶⁸ DE BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação...** *Op. Cit.* p. 187.

¹⁶⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo...** *Op. Cit.* p. 123.

Nesse condão, também explica Eros Roberto GRAU¹⁷⁰ que a legalidade enseja a imposição de restrições efetivas ao poder, permitindo ao indivíduo se defender do arbítrio do Estado, razão pela qual é um bem humano incondicional. Ela é a possibilidade de efetivar direitos e garantias individuais, pois, com a legalidade, veda-se ao Estado arbitrariamente prender, condenar, torturar, etc.

Contudo, “embora permaneçam o sentido de poder objetivado pela submissão da Administração à legalidade e o sentido de garantia, certeza e limitação do poder, registrou-se evolução na ideia genérica da legalidade”¹⁷¹. MEDAUAR¹⁷² aponta alguns fatores dessa evolução, quais sejam: a) o desvirtuamento denominado legalismo ou legalidade formal, causado pela sacralização da legalidade, ocasião em que as leis passaram a ser vistas como justas por serem leis, independentemente do conteúdo; b) o formalismo excessivo dos decretos, circulares e portarias, com exigências de minúcias irrelevantes; c) com as transformações do Estado, o Executivo passou a predominar sobre o Legislativo, sendo-lhe concedida ampla função normativa, como autor de projetos de lei, como legislador por delegação, como legislador direto (editar medidas provisórias), emissor de decretos, portarias, circulares, os quais afetam direitos.

Assim, o Estado autoritário inúmeras vezes se manifesta travestido de “Estado de Direito”. “Sob a aparência de sujeição ‘ao domínio da lei’ atua um Estado que lança mão da *legalidade* como instrumento de opressão e opróbio”¹⁷³.

Conforme mencionado anteriormente, a legalidade resta consignada na Constituição como princípio da Administração Pública. Esse princípio implica numa subordinação completa do administrador à lei. É a diretriz básica da conduta dos agentes da administração.

Segundo José dos Santos CARVALHO FILHO, a legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. “Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita”¹⁷⁴.

Marçal JUSTEN FILHO explica que o Direito brasileiro, na sua concepção, consagrou tanto o princípio quanto a regra da legalidade. Essa solução tem como

¹⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 123.

¹⁷¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo...** *Op. Cit.* p. 123.

¹⁷² *Ibidem.* p. 123.

¹⁷³ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto...** *Op. Cit.* p. 124.

¹⁷⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito...** *Op. Cit.* p. 19.

escopo estabelecer uma valorização prévia e exaustiva, em nível constitucional, destinada a evitar que a incerteza e a indeterminação inerentes ao princípio produzam resultados reputados pelos constituintes como indesejáveis¹⁷⁵.

No Brasil, a legalidade é considerada princípio a partir da classificação hierárquica, que reconhece maior importância ao princípio do que à regra, a fim de restar demonstrada a autoridade reconhecida ao tema pela Constituição.

Mas esse enfoque olvida que a incerteza e a indeterminação são inerentes à natureza de um princípio, o que permite uma relevante margem de autonomia ao seu aplicador. Em termos práticos, afirmar a existência pura e simples de um princípio da legalidade permitiria que o processo de concretização das normas jurídicas conduzisse ao surgimento de direitos e obrigações *não* constantes em lei.¹⁷⁶

Essa observação, que dá à legalidade a condição de princípio, na medida em que consistente na previsão de que os direitos e obrigações serão produzidos por meio da lei¹⁷⁷, tem fulcro em outro critério de classificação, diverso do estabelecido por ALEXANDER.

Porém, mesmo essa outra forma de classificação, em relação ao artigo 5º, inciso II, da Constituição¹⁷⁸ também consagra uma regra da legalidade. Essa regra estabelece uma vedação à criação de direitos e obrigações de outra forma que não por meio de lei. Além disso, em várias outras passagens, a Lei Maior consagra regras que exigem a existência de uma lei para a produção de certo resultado jurídico. Nesses casos, restaria afastado o cabimento de uma ponderação por parte do intérprete por ocasião da concretização dos valores envolvidos. A atividade que a ele caberá será a subsunção caracterizada pela redução da autonomia de escolhas, o que vai de encontro com a ideia de eficiência da administração pública gerencial, a qual preza pelo resultado satisfatório, em detrimento, muitas vezes, do engessamento causado pela legalidade estrita, garantidora da segurança jurídica.

¹⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito...** Op. Cit. p. 188.

¹⁷⁶ *Ibidem*. p. 187.

¹⁷⁷ *Ibidem*. p. 185.

¹⁷⁸ 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:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

3.4 A LEGALIDADE E A JURIDICIDADE

A legalidade, como subsunção automática entre fato e norma, deixa de satisfazer os anseios sociais, especialmente nas ocasiões em que não se justifica perante determinada sociedade. O problema concreto a ser resolvido passa a disputar com o sistema normativo a primazia na formação da solução adequada – solução que deve fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo¹⁷⁹.

Como registra Juarez FREITAS, “improdutivo se revela qualquer critério de subsunção mecânica, assim como o dogma da automática vinculatividade das normas jurídicas”¹⁸⁰, porque uma abordagem estrita esbarra nas necessárias considerações sobre a mínima legitimidade e da nuclear correção valorativa do ordenamento. Por conseguinte, não há como pressupor a existência de um mundo jurídico que esteja acabado ou que pretende construir ou formular uma concepção de sistema fechado à base de acepções que desconsiderem o mundo dos valores materiais e históricos.

Justamente por isso, na segunda metade do século XX iniciou-se o descrédito crescente do legislador, com a chamada crise da lei. Essa crise se caracterizou pelo desprestígio e descrédito da lei como vontade geral, especialmente em razão da politização crescente da lei ao sabor dos governantes, da crise da representação, assim como pelo incremento progressivo da atividade normativa do Poder Executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes¹⁸¹.

Nelson SALDANHA utiliza, com ressalvas, a expressão “crise do legalismo” ao se referir a essa tensão. Segundo ele, o termo crise é muito abusado e sempre equívoco, na medida em que os elementos que autorizam sua utilização são múltiplos e desiguais. Superados os problemas de tal nomenclatura, SALDANHA afirma:

¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos... *Op. Cit.* p. 29.

¹⁸⁰ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 26.

¹⁸¹ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização... *Op. Cit.* p. 514.

Seja verdade, que ao menos um fundamento geral se tem para aceitar a ideia de uma crise: a de que ela vem, em muito, da contradição entre a continuidade secular da consciência de que *direito e lei* não são a mesma coisa, por um lado, e, por outro, a presença de uma quase permanente identificação efetiva de ambos.¹⁸²

A partir disso, aquele que interpreta a lei não deve se submeter passivamente a ela, uma vez que está comprometido com todo o ordenamento, especialmente com a Constituição e com os direitos fundamentais:

Sendo assim, não pode haver vinculação pura, nem discricionariedade completa, tampouco qualquer automatismo na aplicação sistemática das normas jurídicas, sequer submissão passiva do intérprete à vontade original do legislador, porquanto o compromisso maior encontra-se no sistema e em seus apelos coercitivos de consistência¹⁸³.

No presente trabalho, defende-se que a validade do sistema jurídico funda-se, em última instância, sobre valores, especialmente sobre a ideia de justiça, mostrando-se inegável a concorrência de múltiplos elementos axiológicos em todas as construções jurisprudenciais¹⁸⁴.

Segundo BARROSO, atualmente o Brasil se encontra em um momento histórico em que o positivismo está em crise e a atuação dos operadores do Direito tem se revelado “guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e de legitimidade”¹⁸⁵. Ainda que se esteja buscando ir além da legalidade estrita, não se despreza o Direito posto, uma vez que tenta realizar uma leitura moral da constituição e das leis sem recorrer a categorias metafísicas.

No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento da normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética.¹⁸⁶

¹⁸² SALDANHA, Nelson. **Legalismo e Ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1977. p. 129.

¹⁸³ FREITAS, Juarez. **A interpretação...** *Op. Cit.* p. 34-36.

¹⁸⁴ *Ibidem.* p. 38.

¹⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 270.

¹⁸⁶ *Ibidem.* p. 272.

Assim, surge a ideia de juridicidade, segundo a qual a atividade administrativa deve agir em consonância aos princípios do ordenamento jurídico.

A expressão “juridicidade” foi difundida por Paulo OTERO, que a define da seguinte forma:

A juridicidade administrativa traduz uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade deste mesmo poder. Neste sentido, a vinculação administrativa à lei transformou-se numa verdadeira vinculação do Direito, registrando-se aqui o abandono de uma concepção positivista-legalista configurativa da legalidade administrativa tal como resulta do entendimento doutrinal subjacente à Constituição de Bona¹⁸⁷.

Esse conceito surge a partir da constitucionalização do direito administrativo, que passou a implicar na submissão do administrador público ao Direito, e não somente à lei formal, através da aplicação de normas, princípios e valores constitucionais, o que Maurice HAURIOU¹⁸⁸ chamou de “bloco da legalidade”.

Gustavo BINENBOJM explica que essa ideia de vinculação ao Direito não estatuído na lei caracteriza a superação do positivismo legalista:

A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto à lei formal, mas a esse *bloco de legalidade* (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico), a que aludia Hauriou, que encontra melhor enunciação, para os dias de hoje, no que Merkl chamou de *princípio da juridicidade administrativa*. (...) Tal ideia, de vinculação ao direito não plasmado na lei, marca a superação do positivismo legalista e abre caminho para um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas. Assim, com a crise formal, a Constituição – seu complexo sistema de princípios e regras – passa a ser o elo de unidade a *costurar* todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne de vinculação administrativa à juridicidade¹⁸⁹.

Assim, a centralização da Constituição em contraposição à lei, reforça o papel da sua força normativa com a observância das regras e princípios nela inseridos, o que implica a utilização de instrumento de ponderação de interesses na

¹⁸⁷ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação da administração à juridicidade. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011. p. 13.

¹⁸⁸ HAURIOU Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public** (8e édition), Sirey, Paris, 1919, 1099p. Disponível em: <<http://www.hauriou.net/works-of-maurice-hauriou>>. Acesso em 01 mar. 2013.

¹⁸⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 141.

atividade administrativa, sendo a finalidade precípua a concretização desses valores. Quanto mais se amplia a atuação estatal com essa concepção de juridicidade, maior deverá ser o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, para evitar abusos e ilegalidades.

Nesse sentido, BINENBOJM consigna que a noção de juridicidade, além de “abrange a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais do Direito previstos explícitas ou implicitamente na Constituição”.¹⁹⁰

A juridicidade exige uma compatibilidade da ação da Administração com o Direito, devendo ser considerados viciados os atos que violem o Direito. Nesse esteio, oportuna a lição de Maria Sílvia Zanella DI PIETRO, no sentido de que:

O princípio da legalidade há de ser observado, não no sentido estrito, concebido pelo positivismo jurídico e adotado no chamado Estado legal, mas no sentido amplo que abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e que permitem falar em Estado de Direito propriamente dito¹⁹¹.

Segundo Juarez FREITAS, evoluiu-se de um legalismo primitivo para uma posição principiológica e substancialista, restando abandonado, ao menos em teoria, um determinado legalismo estrito, “assim como não mais prosperam visões ou escolas preconizadoras, nos moldes da Escola da Exegese, de uma servidão do intérprete à lei ou, o que seria pior, *voluntas legislatoris*”¹⁹². A norma não mais se confunde com o texto. A interpretação e aplicabilidade das normas deve entender o Direito como totalidade sistemática aberta, de modo a lhe conferir vida e dinamicidade. A natureza valorativa do Direito, que se baseia e legitima em razão dos valores eleitos pela sociedade, especialmente pela justiça, transcende o que está meramente “positivado”.

Assim, a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade, sim, todavia encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável. Não quer dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade devidamente justificada requer uma

¹⁹⁰ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 24.

¹⁹¹ DI PIETRO, Maria Sílvia. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 173.

¹⁹² FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 43.

observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional. A justificação apresenta-se menos como submissão do que como respeito fundado e racional. Não é servidão ou vassalagem, mas acatamento pleno e concomitante à lei e ao Direito. Assim, desfruta o princípio da legalidade de autonomia mitigada¹⁹³.

Angela Cassia COSTALDELLO sintetiza juridicidade como “a submissão da administração pública não estritamente à lei formal, mas a todo o ordenamento jurídico”¹⁹⁴. Para ela, essa construção gera duas consequências: a primeira delas é que o administrador público se vê diretamente vinculado à Constituição, o que significa estar atado aos direitos constitucionais, a segunda é que ele se vê impedido de atuar sem fundamento legal e de, indevidamente, onerar ou suprimir direitos subjetivos.

Nesse trabalho, sustenta-se a possibilidade de afastar a aplicação da regra da legalidade nos casos em que a lei estrita se revelar extremamente injusta no caso concreto, em razão da juridicidade. Ressalte-se que, muito embora se pretenda superar o legalismo, é preciso que se permaneça subordinado à ordem jurídica como um todo.

Aliás, Gustavo BINENBOJM¹⁹⁵ assevera que a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, traduzida numa suposta submissão total do agir administrativo à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo é um paradigma clássico do direito administrativo que se encontra em xeque na atualidade, em razão das transformações decorrentes da nova configuração do Estado Democrático de Direito. O autor afirma existir a juridicidade administrativa, assim conceituada:

A ideia de *juridicidade administrativa*, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da *legalidade administrativa*, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independentemente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da

¹⁹³ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 44.

¹⁹⁴ COSTALDELLO, Angela Cassia. **Controle judicial é um dos pilares do Estado Democrático**. Artigo publicado em 07 jul. 2007 na revista *online* Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-jul-07/controle_judicial_pilares_estado_democratico> Acesso em 21 jan.2013.

¹⁹⁵ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização... *Op. Cit.* p. 505-506.

legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa aplicação otimizada da Constituição).¹⁹⁶

Diante disso, neste trabalho, conceitua-se juridicidade como a exigência de conformidade dos atos administrativos não só aos princípios constitucionais, mas também aos valores institucionalizados pelo ordenamento jurídico. Logo, a lei extremamente injusta deve ser afastada pelo administrador público, uma vez que a legalidade deve servir de anteparo contra o subjetivismo arbitrário de todos os matizes, pois toda arbitrariedade é autocontraditória e antijurídica¹⁹⁷.

Isso porque perde a qualidade jurídica a lei que ultrapassa o limiar da injustiça, de maneira que sua aplicação correta é, paradoxalmente, sua não aplicação.

Para tanto, há que se definir quando uma norma é extremamente injusta.

¹⁹⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria...** *Op. Cit.* p. 38-39.

¹⁹⁷ FREITAS, Juarez. **O Controle...** *Op. Cit.* p. 44.

4. A LEGALIDADE E A LEI EXTREMAMENTE INJUSTA

Neste tópico tratar-se-á da legalidade e da lei extremamente injusta, como indicado no título. Para tanto, expor-se-á a justiça como legitimadora do sistema jurídico, definir-se-á a extrema injustiça a partir da exposição da fórmula de Radbruch, passando pela defesa da ausência de validade jurídica da lei extremamente injusta até se chegar na justiça como correção (definição consoante a teoria de Robert ALEXY).

4.1 A JUSTIÇA COMO VALOR INSTITUCIONALIZADO PELO DIREITO

Neste tópico sustenta-se que os valores, que tem por função a estabilidade normativa (manutenção de padrão), servem de base para as normas, às quais corresponde a função de integração, em conformidade à teoria de Talcott PARSONS¹⁹⁸.

A justiça, assim, está inserida nos valores, na medida em que pode ser entendida como objeto cultural. Consequentemente, as normas (leis) são institucionalizações dos objetos culturais, os quais as legitimam.

No intuito de esclarecer tais afirmações, carregadas de conceitos com significado próprio na teoria de PARSONS, far-se-á uma apertada síntese de suas ideias.

PARSONS tem como ponto de partida de sua teoria dos sistemas sociais o conceito de ação social, que é central no pensamento de WEBER. Assim como WEBER, PARSONS define a ação social como uma conduta humana que envolve a orientação para algo, ou seja, que detém um significado para o agente:

A ação consiste em estruturas e processos através dos quais os seres humanos formam intenções significativas e, com maior ou menor êxito, as executam em situações concretas. A palavra “significativa” supõe o nível

¹⁹⁸ O sociólogo norte-americano Talcott Edgar Frederick Parsons, nascido em 13. 12.1902 e falecido em 1979, desenvolveu um sistema teórico geral para a análise da sociedade que veio a ser chamado de Funcionalismo Estrutural. A base de sua teoria está construída a partir da obra de Max Weber, de quem foi aluno e amigo.

simbólico ou cultural de representação e referência. Consideradas em seu conjunto, as intenções e a execução supõem uma disposição do sistema de ação – individual ou coletivo – para modificar, numa direção pretendida, sua relação com sua situação ou ambiente¹⁹⁹.

A diferença entre este posicionamento e o contido na teoria weberiana está no fato de que, para PARSONS, os sistemas também podem agir, enquanto que para WEBER quem age é sempre um indivíduo.

Pode-se concluir, com GALLIANO, que se para WEBER a ação dotada de significado é a que se orienta para algo, para PARSONS ela é orientada por algo, ou seja, por padrões supra-individuais de ação:

Analisar uma ação concreta, para WEBER, consiste em verificar como o sentido de cada uma das ações analiticamente discerníveis que ela engloba é influenciado pelos outros. A diferença do ponto de vista de PARSONS está em que para WEBER os atores são sempre indivíduos. A partir do momento em que PARSONS admitiu que os sistemas sociais agem – adotando o estilo de análise de DURKHEIM - pôde conceber a existência de conjuntos de sistemas independentes e complexos, mas também interdependentes e subordinados a um sistema social mais geral.²⁰⁰

Assim, da mesma maneira como faz WEBER em relação à ação individual, PARSONS sustenta em cada sistema social concreto a existência de outros sistemas. Para ele, há a presença simultânea de um sistema de personalidade, um sistema social propriamente dito e um sistema cultural, subordinados uns aos outros.

Com efeito, a sociologia deve se interessar somente pelas ações humanas que envolvem interação, ou seja, aquelas que dizem respeito à orientação de um ou mais atores relativamente a uma situação que inclui outros atores. PARSONS explica que “como o sistema social é constituído pela interação de indivíduos humanos, cada membro é *ator* (que tem objetivos, ideias, atitudes, etc.) e *objeto* de orientação, *tanto* para si mesmo *como* para outros atores”²⁰¹.

Os objetos que compõem as diferentes situações da ação humana são classificados em três grupos: objetos sociais, objetos físicos ou empíricos e objetos culturais.

Quanto a esses objetos, resume GALLIANO:

¹⁹⁹ PARSONS, Talcott. **Sociedades**: perspectivas evolutivas e comparadas. trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1969. p. 16.

²⁰⁰ GALLIANO, Guilherme A. **Introdução...** *Op. Cit.* p. 173.

²⁰¹ PARSONS, Talcott. **Sociedades...** *Op. Cit.* p. 20. (grifos no original)

1º *objetos sociais* – São os atores, tomados seja como ponto de referência de si mesmos (“ego”), seja como outros indivíduos quaisquer (“alter”), seja como uma coletividade;

2º *objetos físicos ou empíricos* – São as coisas físicas que não reagem ao ator nem interagem com ele. Em outras palavras, são simples meios e condições exteriores da ação;

3º *objetos culturais* – São elementos simbólicos da tradição cultural, como ideias, crenças ou padrões de valores, mas apenas enquanto são considerados objetos de orientação pelo ator, não fazendo parte, portanto, da estrutura da sua personalidade.²⁰²

Esses objetos acabam por condicionar a ação e proporcionam ao ator possibilidades diversas de obter satisfação ou de evitar privações, porque todo ator para além de suas necessidades básicas (fisiológicas) desenvolve ao longo da vida um sistema de expectativas relacionado aos vários objetos da situação.

Desse modo, a ação humana desenvolve-se em três contextos: 1) psíquico, da personalidade individual; 2) social, da interação dos objetos sociais; 3) cultural, dos objetos culturais. Há ainda, o contexto biológico, das funções neurofisiológicas do organismo, considerado secundário para PARSONS para a conceituação de sistema social.

A cada contexto ou situação da ação corresponde um sistema. Consoante PARSONS, o conceito de sistema não é mais, em essência, do que a aplicação do critério de integração lógica de proposições gerais. Então, é possível concluir que os fenômenos considerados são passíveis de estudo como uma totalidade de partes interdependentes. Os sistemas são classificados como: sistema de personalidade ou psíquico, que está relacionado ao contexto psíquico e tem como função primária a realização de objetivo; sistema social, que tem ligação com o contexto social e tem como função primária a integração e o sistema cultural, que tem correspondência com o contexto cultural e sua função primária é a manutenção de padrão²⁰³.

A distinção entre esses sistemas só se dá num plano analítico e a ação concreta se desenrola sempre no interior dos três sistemas simultaneamente. Desse modo, ainda que cada sistema tenha sua lógica interna, permitindo ser tratado separadamente, PARSONS admite que eles se interpenetram e mantêm uma relação de dependência mútua e complementariedade.

O que PARSONS denomina objetos culturais, ou seja, as ideias, crenças e valores compartilhados pelos membros de uma coletividade, também faz parte do

²⁰² GALLIANO, Guilherme A. *Introdução...* Op. Cit. p. 175.

²⁰³ PARSONS, Talcott. *O sistema...* Op. Cit. p. 16.

que se entende normalmente por realidade social. PARSONS inclui os objetos sociais num sistema específico, o cultural, distinto do sistema social propriamente dito.

Para se apreender a realidade da ação social concreta é necessário que se considere, em primeiro lugar, a intersecção entre sistema social e sistema cultural. A ligação entre esses planos de realidade da ação se estabelece pelo conceito de “institucionalização”.

A institucionalização é a transformação dos objetos culturais em normas específicas de ação e integração social. Portanto, como explica GALLIANO, “o valor geral da justiça, que é um objeto cultural, se institucionaliza nas leis, no poder judiciário, nas normas que regem a ação dos funcionários desse poder, etc”²⁰⁴

Explica PARSONS:

Ao analisar as inter-relações entre os quatro subsistemas de ação – e entre sistemas e os ambientes da ação – é essencial lembrar o fenômeno da *interpenetração*. Talvez o caso mais conhecido de interpenetração seja a *interiorização* de objetos sociais e normas culturais pela personalidade do indivíduo. O conteúdo aprendido da experiência, organizado e guardado nos mecanismos de memória do organismo, é outro exemplo disso, tal como ocorre com a *institucionalização* dos componentes normativos de sistemas culturais como estruturas constitutivas de sistemas sociais. Sustentamos que o limite entre qualquer par de sistemas de ação inclui uma “zona” de componentes estruturados ou padrões que precisam ser tratados, teoricamente, como *comum a dois* sistemas, e não simplesmente atribuídos a um sistema ou outro. Por exemplo, não se pode dizer que as normas de conduta derivadas da experiência social, que tanto Freud (no conceito de superego) quanto Durkheim (no conceito de representações coletivas) trataram como partes da personalidade do indivíduo, devem ser isso *ou* parte do sistema social²⁰⁵.

Note-se que, para PARSONS, a interdependência dos diferentes sistemas de ação social – personalidade, cultural e social – é hierarquizada, em função do nível de energia e de informação de cada um deles. Quanto maior o conteúdo de informação, mais alto é o sistema na escala hierárquica, quanto mais rico for em energia, mais baixo estará naquela hierarquia.

A partir desse critério, tem-se que o posto mais alto é ocupado pelo sistema cultural, composto de elementos exclusivamente simbólicos – ideias, crenças, valores – controlando a ação exclusivamente por meio da informação.

²⁰⁴ GALLIANO, Guilherme A. **Introdução..** *Op. Cit.* p. 176.

²⁰⁵ PARSONS, Talcott. **O sistema...** *Op. Cit.* p. 17.

Os sistemas mais elevados controlam os inferiores, o que significa que o sistema cultural controla o social, que controla o da personalidade.

Para PARSONS, a estrutura dos sistemas sociais concretos liga-se intimamente ao sistema cultural. Para ele, com efeito, a estrutura dos sistemas sociais define-se, em termos gerais, como “modelos institucionalizados de cultura normativa”. Em outras palavras, a estrutura dos sistemas sociais resulta do processo de institucionalização dos objetos culturais, tal como descrevemos acima.

Consistindo em modelos institucionalizados, a estrutura é, conseqüentemente, relativamente estável. Nas palavras de PARSONS, os modelos institucionalizados que constituem a estrutura são os componentes do sistema social que “podem ser considerados como independentes das flutuações de fraca amplitude e de curta duração, que resultam das relações do sistema com seu meio externo.”²⁰⁶

PARSONS define, assim, quatro componentes dos sistemas sociais que, devido à sua estabilidade, podem ser considerados componentes estruturais: valores, normas, coletividade e papéis²⁰⁷.

O papel tem primazia na função adaptativa, pois é “capaz de definir uma classe de indivíduos que, através de expectativas recíprocas, participam de determinada coletividade”²⁰⁸. Os papéis abrangem zonas de “interpenetração” entre o sistema social e a personalidade do indivíduo, ainda que um “papel nunca é idiossincrático de determinado indivíduo”²⁰⁹. Isto é, mesmo que um pai seja específico para os filhos em sua paternidade, também é pai nos termos da estrutura de papel de sua sociedade e, além disso, participa de outros contextos de interação, dado que representa, por exemplo, um papel profissional. Em síntese, os papéis podem ser definidos como uma ação desenvolvida pelo ator em correspondência a um setor de sua personalidade, por meio do qual ele participa de um sistema social.

As coletividades, por sua vez, “constituem o tipo de componente estrutural que tem primazia para a realização de objetivo”²¹⁰. São formadas pela institucionalização de objetos culturais determinados, como a família, o partido político, a igreja, etc.

Deixando-se de lado os numerosos casos de sistemas grupais muito fluidos – por exemplo, as multidões – falamos de uma coletividade apenas quando são atendidos dois critérios específicos. Em primeiro lugar, deve haver

²⁰⁶ GALLIANO, Guilherme A. **Introdução..** *Op. Cit.* p. 181.

²⁰⁷ PARSONS, Talcott. **O sistema...** *Op. Cit.* p. 18.

²⁰⁸ *Ibidem.*

²⁰⁹ *Ibidem.*

²¹⁰ *Ibidem.*

status definido de participação, de forma que geralmente seja possível estabelecer uma distinção útil entre participantes e não participantes, um critério atendido por casos que variam desde famílias nucleares até comunidades políticas. Em segundo lugar, deve haver certa diferenciação entre os participantes com relação aos seus *status* e funções dentro da coletividade, de tal forma que algumas categorias de participantes devam fazer certas coisas não esperadas de outras²¹¹.

As normas que, como já mencionado, atuam para integrar os sistemas sociais, são específicas para determinadas funções sociais e tipos de situações sociais. De fato, são modelos mais gerais de ação institucionalizada. PARSONS sustenta que as normas incluem não somente “componentes de valor especificados para níveis adequados na estrutura de um sistema social, mas também modos específicos de orientação para ação sob as condições funcionais e situacionais”²¹² de determinados papéis e coletividades.

Já os valores “têm primazia no funcionamento de manutenção de padrão dos sistemas sociais, pois são concepções de tipos desejáveis de sistemas sociais que regulam a apresentação de compromissos pelas unidades sociais”²¹³. São eles que determinam os objetivos para o sistema social.

Tem-se, assim, que o primeiro componente estrutural está relacionado à integração dos vários indivíduos ou atores nos sistemas sociais, o segundo componente diz respeito à integração dos diferentes sistemas sociais concretos, e os dois últimos à integração do sistema social global – da sociedade. Vislumbra-se que em todos os casos há a institucionalização de objetos culturais, de modo que os componentes estruturais podem ser considerados canais em que a cultura controla a ação concreta.

Da mesma forma que os sistemas de ação são hierarquizados, também o são os componentes estruturais, de acordo com o maior ou menor conteúdo de informação e energia. Os papéis e a coletividade, por serem mais ricos em energia e por envolverem diretamente a motivação dos indivíduos, estão abaixo na escala. Por sua vez, as normas e os valores estão situados na fronteira entre o sistema cultural e o sistema social, motivo pelo qual detêm mais informação, restando situados mais acima na escala hierárquica.

²¹¹ *Ibidem.*

²¹² *Ibidem.*

²¹³ *Ibidem.*

Como o foco deste tópico é a institucionalização do valor justiça, há que se deixar claro que “no nível social, os padrões institucionalizados de *valor*, são ‘representações coletivas’ que definem os *tipos desejáveis* de sistema social”²¹⁴. Essas representações se relacionam com as concepções de tipos de sistemas sociais pelos quais os indivíduos se orientam nas suas posições participantes. Isso significa que “é o consenso dos participantes quanto à orientação de valor com relação à sua sociedade que define a institucionalização de padrões de valor”²¹⁵. Assume PARSONS que o consenso a esse respeito é uma questão de grau, de maneira que a autossuficiência neste contexto está referida ao grau de legitimação das instituições de uma sociedade “pelos compromissos de valor aceitos pelos seus participantes”²¹⁶.

No aspecto cultural, os valores sociais compreendem parte de um sistema vasto de valor, dado que todas as outras classes de objetos no sistema de ação precisam ser valorizadas. Os valores têm relação com diversos outros componentes de um sistema cultural, como exemplifica PARSONS, é o caso do “conhecimento empírico, sistemas simbólicos expressivos, estruturas simbólicas constitutivas que compõem o núcleo dos sistemas religiosos”²¹⁷.

Portanto, no contexto de legitimação cultural uma sociedade é autossuficiente na medida em que suas instituições são legitimadas por valores que seus participantes aceitam com relativo consenso e que, por sua vez, são legitimados por sua coerência com outros elementos do sistema, sobretudo seu simbolismo constitutivo.²¹⁸

PARSONS preza o que ele chama de equilíbrio do sistema social, o qual implica na adaptação constante da estrutura do sistema às mudanças que ocorrem nos sistemas cultural e de personalidade. A maneira pela qual se dá essa adaptação são as funções. Segundo ele, há quatro funções para a análise dos sistemas de ação. Nele a sociedade é tratada como analiticamente divisível em quatro subsistemas primários. A tabela apresentada por PARSONS²¹⁹ é a seguinte:

²¹⁴ *Ibidem*. p. 20 (grifos no original).

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ *Ibidem*. p. 21.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ *Ibidem*. p. 22.

Subsistemas	Componentes estruturais	Aspectos de Processo de Desenvolvimento	Função Primária
Comunidade societária	Normas	Inclusão	Integração
Manutenção de padrão ou fiduciário	Valores	Generalização de valores	Manutenção de Padrão
Governo	Coletividades	Diferenciação	Realização de Objetivos
Economia	Papéis	Ascensão Adaptativa	Adaptação

Nessa tabela ele tenta tornar explícito um modelo de quatro funções para a sociedade, entendida como um subsistema social integrador de um sistema geral de ação. A comunidade societária, que é o subsistema primário de referência, é colocada na coluna da esquerda, seguida pelos outros três. A esse conjunto tem relação uma classificação na segunda coluna, com quatro componentes estruturais básicos de sistemas sociais. Na terceira coluna, há uma classificação que corresponde a aspectos de processo de mudança e desenvolvimento nos sistemas sociais e na quarta coluna apresentam-se as quatro categorias funcionais primárias.

Sintetiza PARSONS:

Assim, o subsistema de manutenção de padrão está muito voltado para as relações da sociedade com o sistema cultural e, através deste com a realidade última; o subsistema de realização de objetivo ou o governo, às personalidades dos indivíduos participantes; o subsistema adaptativo, ou a economia, ao organismo comportamental e, através deste, ao mundo físico. Tais divisões são mais claras e mais importantes para sociedades adiantadas na escala da modernidade. No entanto, a complexidade das relações, tanto entre subsistemas da ação quanto entre subsistemas de sociedade, impede que tais divisões se tornem muito nítidas. Por exemplo, as estruturas de parentesco devem ser localizadas nos três subsistemas acima mencionados. Através de sua relação com alimento, sexo, descendência biológica e moradia, ligam-se ao organismo e ao ambiente físico. Como a fonte primária de aprendizagem, pelo indivíduo, de valores, normas e modos de comunicação participam muito do sistema de manutenção de padrão. Como fonte primária de serviços socializados, participam do governo.²²⁰

Dentro de tal esquema, ele afirma que o núcleo de uma sociedade ou de um sistema social é o quarto componente, chamado de subsistema integrador, dado que ele integra os sistemas de ação de modo geral. Esse subsistema integrador será denominado de comunidade societária.

Nesse esteio, PARSONS entende que “talvez a função mais geral de uma comunidade societária seja articular um *sistema* de normas com uma organização

²²⁰ *Ibidem*. p. 23.

coletiva que tenha unidade e coesão”²²¹. Essa ordem societária necessita coerência normativa de um lado e harmonia e coordenação de outro. Ademais, as obrigações normativas definidas precisam ser aceitas em seu conjunto, ao mesmo tempo em que as coletividades necessitam de uma sanção normativa ao realizar suas funções e defender seus interesses legítimos. “Por isso, a ordem normativa no nível societário contém uma ‘solução’ para o problema proposto por Hobbes – isto é, impedir que as relações humanas degenerem até o ponto de uma ‘guerra de todos contra todos’.”²²²

Logo, diante da perspectiva de PARSONS, há de se entender que restam construídos histórica e culturalmente valores morais compartilhados por uma determinada comunidade. Esses valores dão origem ao sistema jurídico, que é legitimado, entre outras coisas, pela ideia de justiça. Afinal de contas, os valores, nos quais se compreende a justiça – entendida como objeto cultural, são institucionalizados como normas.

Nesse sentido, Karl LARENZ, em crítica ao positivismo, afirma a necessidade de inserir no debate jurídico o conceito de justiça, como propósito cientificamente sério. Ele assevera que o Direito só é justo “na medida em que se realize, pelo menos de modo aproximado, o filosoficamente justo – correspondente ao estágio de conhecimento de cada época”²²³.

Há que se deixar claro que até mesmo KELSEN, um dos maiores expoentes do positivismo, admite que “Como categoria moral, direito significa o mesmo que justiça. Esta é a expressão para a verdadeira ordem social (...)”²²⁴. Nada obstante, nega a relação entre moral e Direito, do que se discorda nesta dissertação. O jurista não admite a possibilidade de a “justiça” ser alcançada através do conhecimento racional²²⁵, o que permitiria insegurança e possíveis máscaras a ideologias. Consequentemente, deveria ser dissociada do Direito.

Como se verifica, KELSEN tem uma posição objetiva frente à justiça. Ele reduz toda noção ou critério de justiça a princípios normativos inseridos no ordenamento jurídico ou na ordem moral, que para ele era estranha ao Direito.

²²¹ *Ibidem*. (grifos no original)

²²² *Ibidem*.

²²³ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. trad. José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 208

²²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura...** *Op. Cit.* p. 78.

²²⁵ Segundo Kelsen, “Justiça é um ideal irracional. Seu poder é imprescindível para a vontade e o comportamento humano, mas não o é para o conhecimento. A este só se oferece o direito positivo, ou melhor, encarrega-se dele”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura..** *Op. Cit.* p. 80

“Justiça, para Kelsen, é norma e, naquilo que ela possui de juridicidade, se reduz a conteúdos normativos fixados pelo direito positivo”²²⁶.

Neste trabalho, compartilha-se do proposto por Luiz Fernando COELHO, segundo o qual, “a justiça é o valor máximo do direito”²²⁷. O referido autor explica:

A justiça é o máximo valor do direito; por sua natureza ela é bilateral, pois incide sobre o comportamento do homem na sociedade, e o critério de julgamento radica na própria sociedade; tal como nos demais valores de conteúdo bilateral, quando está em jogo o valor justiça, é a coletividade que o atribui, embora a moralidade intrínseca dos atos seja dado importante para o julgamento da coletividade sob o prisma da justiça, especialmente na justiça penal, a *decisão* não é do agente do ato, pois ela compete à coletividade, sendo irrelevante, em certa medida, a opinião pessoal que o autor tenha sofrido sobre sua própria conduta²²⁸.

Em sentido semelhante, e guardadas as peculiaridades, Nelson SALDANHA afirma que a “legitimidade do direito, como toda legitimidade ocorrente no mundo histórico, é política: tornar eficaz a legitimidade é função essencial da ordem estatal, que nisto e para isto se conjuga à ordem jurídica”²²⁹. O Direito, assim, constitui um espaço no qual se encontram a ética e a política, no qual a ética corresponde aos valores, exigências morais e pautas de opinião e a política ao poder, estruturas de dominação e efetividade. A ética nasce da própria inserção do Direito na sociedade.

SALDANHA²³⁰ esclarece que, do ponto de vista filosófico, a política não pode ser entendida apenas como domínio de poder, posto que em uma concepção de política deve ser encontrado o valor justiça, entre os demais valores éticos. Nesse esteio, a relação entre Direito e ética evidencia-se, dado que as leis e decisões envolvem valores, havendo opções éticas nos atos governamentais, programas e políticas públicas, sendo possível falar de politicidade de valores. Em síntese:

A correlação entre direito e política – que não se limita à conexão entre direito e Estado – pode ser considerada em sentido funcional, inclusive dada a existência de funções e de órgãos estatais, juridicamente definidos. Mas pode também, e deve, entender-se em sentido material, já que com o direito se tem a institucionalização, em *forma de ordem*, da eticidade politicamente viável. Dentro dessa eticidade se encontra o valor Justiça,

²²⁶ COELHO, Luiz Fernando. **Introdução à Crítica do Direito**. Curitiba: Livros HDV, 1983. p. 116.

²²⁷ *Ibidem*. p. 119.

²²⁸ *Ibidem*. p. 119-120.

²²⁹ SALDANHA, Nelson. **Filosofia do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 113.

²³⁰ *Ibidem*. p. 104-111.

como os demais valores éticos que dão à concretaza do *ethos* uma dimensão ideal.²³¹

O referido autor adverte, ainda, que “não há direito sem ética, e a ética está nos fundamentos de cada sistema”, podendo estar também em cada norma vigente. O “direito é precisamente uma parte do Estado, que se incumbe de tornar efetiva uma parte da ética”²³².

Assim, há que se concluir que a justiça é o valor do Direito, na medida em que a partir dos valores de uma determinada sociedade é que se institucionalizam as normas. Os valores, em especial a justiça, revelam-se fundamentais para a legitimação do Direito. A partir disso, é possível entender que algo que é extremamente injusto não pode ser reconhecido como Direito. No próximo tópico tratar-se-á sobre o conceito de justiça, sob a perspectiva de Robert ALEXY.

4.2 A JUSTIÇA COMO CORREÇÃO: A POSIÇÃO DE ROBERT ALEXY

Para se conceituar justiça, utilizar-se-á o posicionamento de Robert ALEXY, no artigo “Justicia Como Corrección”²³³.

A fórmula clássica segundo a qual a justiça consiste em “dar a cada um o que é seu” deixa claro que o objeto da justiça não é todo o campo da moral, mas sim somente a parte em que estão em questão as compensações e as divisões. Dois casos paradigmáticos são o da assistência social e o dos impostos, nos quais existe um sujeito que distribui e uma pluralidade de sujeitos aos quais distribuir. Trata-se da justiça distributiva.

Outra fórmula clássica é da justiça comutativa, que não se trata, ao menos não de forma imediata, de uma relação entre sujeitos, mas sim de uma relação entre objetos ou coisas, em um sentido mais amplo. Podem se distinguir três casos fundamentais: o da relação entre pena e culpa ou ilícito; aquele entre dano e reintegração; aquele entre prestação e contraprestação. Entre a justiça distributiva e a justiça comutativa subsistem relações muito estreitas e muitas vezes complexas.

²³¹ *Ibidem*. p. 105 (grifos no original).

²³² *Ibidem*. p. 104- 105.

²³³ ALEXY, Robert. **Justicia como corrección**. trad. Ana Inês Haquín. Título original *Gerechtigkeit als Richtigkeit*, publicado em *Ragion pratica*, 1997/9, p. 103-113.

No entanto, não somente as noções de distribuição e de compensação estão estreitamente interrelacionadas. Existem, ademais, problemas morais com relação aos quais não é fácil dizer se se trata de problemas de distribuição ou de compensação.

Também existem casos duvidosos. O fato interessante desses casos é que eles não contradigam mas, ao contrário, corroborem a tese de que o objeto da justiça são distribuições e compensações. Tais casos podem se configurar como problemas de justiça somente e precisamente se forem construídos e concebidos de maneira que se trate de distribuição e compensação. Isso significa que, quando está em questão a justiça, aquilo que está em voga é sempre uma distribuição ou uma compensação.

Logo, uma vez estabelecido que a justiça tem relação com distribuições e compensações, é fácil encontrar uma definição geral da justiça: “A justiça é correção na distribuição e na compensação”.

À primeira vista, essa definição tem uma desvantagem: é abstrata, privada de conteúdo. Nela, o conceito de justiça abstrato e indeterminado é substituído por um segundo conceito, o de correção, mais abstrato e ainda mais indeterminado que o primeiro. E é justamente a maior abstração do conceito de correção o que faz possível uma análise satisfatória do conceito de justiça.

A definição de justiça como correção traz à tona um elemento de relevo: o conceito de justiça pertence a uma família mais ampla de conceitos, atinentes aos mais altos critérios de valoração relativos a âmbitos determinados. Como a verdade é o mais alto critério de valoração da correção de proposições que vertem em torno daquilo que ocorre, da mesma maneira a justiça é o mais alto critério de valoração da correção de distribuições e compensações.

A hipótese de que a justiça seja um tipo particular de correção tem profundas implicações para a teoria da justiça. Quando se afirma que algo é justo, afirma-se sempre e de algum modo, ao mesmo tempo, que é correto. E quando se afirma que algo é correto, subentende-se que é suscetível de ser fundamentado e justificado por meio da razão. Conclui ALEXY: *“La tesis según la cual la justicia es corrección, por tanto, conduce directamente a la idea de la justicia como posibilidad*

de fundamentación, o justificación, mediante razones”²³⁴. Isto é, traz a lume uma relação interna entre o conceito de justiça e o de fundamentação.

Os assuntos de justiça, para ele, são questões normativas. Ou seja, quando está em jogo a justiça, entendida como fundamentação (justificação) mediante razões, aquilo que está em questão é a possibilidade de fundamentar normas relativas a distribuições e compensações.

Note-se que ALEXY admite que não existem, ao menos na mesma forma em que existem os fatos empíricos, valores morais aos quais nossos juízos de justiça devam em alguma medida corresponder para poder ser verdadeiros. A correção de nossos juízos de justiça depende dos interesses e das necessidades de todos aqueles que estão envolvidos, assim como de sua tradição e cultura.

A teoria do discurso apresenta uma saída a este dilema. Por um lado leva em conta o fato de que é possível argumentar racionalmente em matéria de justiça, o que permite superar a posição emotivo-subjetivista. Por outro lado, não se olvida o fato de que uma teoria da justiça é aceitável somente se é possível ter em conta a medida adequada dos interesses e das necessidades, além da tradição e da cultura dos indivíduos envolvidos. Isso faz da teoria do discurso a base de uma teoria satisfatória de justiça.

Cabe pontuar que a teoria do discurso é uma teoria processual da correção de normas, segundo a qual uma norma é correta se e somente se for possível a ela ser resultado de um certo procedimento²³⁵ e, precisamente, do procedimento próprio de um discurso prático racional.

Explana a tese de ALEXY, cabe ressaltar que não será tratado nesta dissertação o procedimento do discurso por ele proposto, pois sairia do foco do que se pretende discutir.

O que é importante neste tópico é entender a justiça como correção, ou seja, como a possibilidade de fundamentação e justificação de uma decisão, por meio de motivos racionalmente encontrados. Isso implica dizer que uma norma é correta somente se for o resultado de um procedimento próprio de um discurso prático racional.

²³⁴ A tese segundo a qual a justiça é correção, portanto, conduz diretamente à ideia da justiça como possibilidade de fundamentação, ou justificação, mediante motivação. (tradução livre) ALEXY, Robert. **Justicia...** *Op. Cit.* p. 103-113.

²³⁵ Cabe esclarecer que esse procedimento a que se refere Alexy, exposto pelo referido autor na obra “Teoria da Argumentação Jurídica”, não será tratado nesta dissertação, porque, considerando a profundidade do assunto, fugiria dos limites deste trabalho.

Por conseguinte, ao emanar um ato administrativo, no intuito de inserir o valor justiça na Administração Pública, necessariamente, para sua validade, será imperiosa a devida motivação. Essa ideia será retomada no capítulo final. Antes disso, no entanto, tratar-se-á da fórmula de Radbruch e da extrema injustiça, para depois relacioná-la à Administração Pública.

4.3 A FÓRMULA DE RADBRUCH E A EXTREMA INJUSTIÇA

Como esclarece Luís Roberto BARROSO, o Direito vive uma grande crise existencial porque não consegue garantir a justiça, tampouco a segurança, por conta do distanciamento da realidade, em clara crítica à subsunção automática da norma ao Direito e ao Positivismo:

O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era.

Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma.²³⁶

A Constituição, nesse sentido, deve ser vista como garantidora da justiça e dos direitos humanos, os quais são supraconstitucionais. Aliás, como pontua Juarez FREITAS:

Não é conveniente divorciar a fenomenologia jurídica da ideia de justiça, sobretudo quando se concebe como uma noção de absoluta harmonia entre todos os conteúdos de vontade jurídica, de vez que somente há sentido lógico para o ordenamento jurídico e, por assim dizer, derivado da razão, quando este permite ver a justiça como ideia realizada e, portanto, não diferente sequer epistemologicamente do fenômeno jurídico. Por outro lado, é certo que nunca haverá intersecção plena e acabada entre o Direito humano e a justiça, mesmo quando já não concepçionarmos o absoluto como estaticamente realizado e absolutamente oposto ao relativo²³⁷.

²³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Número 9 – março/abril/maio Salvador, 2007. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf> > Acesso em 08 jan. 2012.

²³⁷ FREITAS, Juarez. **A substancial inconstitucionalidade...** Op. Cit. p. 17.

Na doutrina brasileira é possível vislumbrar que muitos autores entendem que ao juiz é permitido afastar a legalidade, inclusive com a possibilidade de controle do mérito administrativo, a fim de adequar o ato administrativo aos direitos fundamentais, afastando-se a extrema injustiça. No entanto, pouco se cogita adotar tal agir na esfera administrativa.

O medo de conferir mais poder e liberdade ao administrador público, nesses casos, acaba por ferir de morte o princípio da igualdade, consignado em nossa Constituição²³⁸, pois aqueles que não têm acesso ao Poder Judiciário (o que implica pagamento de custas, contratação de advogado, entre outras coisas) acabam por ter que se resignar diante de uma decisão extremamente injusta. Não bastasse isso, não há razão para procrastinar uma injustiça extrema, quando de imediato a situação poderia ser resolvida já na esfera administrativa.

ALEXY afirma que quando uma norma ultrapassa determinado limiar de injustiça, ela deve perder seu caráter jurídico, tese que ele designa como “argumento da injustiça”:

O problema do positivismo jurídico é discutido, na maioria das vezes, como problema de uma conexão classificadora entre direito e moral. Deseja-se saber se uma infração contra um critério moral qualquer subtrai das normas de um sistema normativo o caráter de normas jurídicas ou de todo o sistema normativo o caráter de sistema jurídico. Quem pretende responder afirmativamente a essa questão precisa mostrar que o caráter jurídico de normas ou de sistemas normativos perde-se quando se ultrapassa determinado limiar de injustiça ou da iniquidade. Justamente essa tese da perda da qualidade jurídica, quando se ultrapassa um limiar da injustiça – independentemente de como ela é determinada -, é designada como argumento da injustiça.²³⁹

A versão possivelmente mais conhecida do argumento da injustiça relacionado a normas individuais provém da fórmula de Gustav RADBRUCH que dispõe que:

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista de seu conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, a não ser que a contradição entre

²³⁸ Em conformidade ao *caput* do art. 5º da Constituição que dispõe que: 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: (...)

²³⁹ ALEXY, Robert. **Conceito...** *Op. Cit.* p. 33.

a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como “direito incorreto”, deva ceder lugar à justiça.²⁴⁰

Neste tópico busca-se definir o que é a extrema injustiça, ainda que não se pretenda aqui conceituar objetivamente o que é justo ou injusto, mesmo porque se acredita ser impossível fazê-lo abstratamente.

Para tanto, há que se esmiuçar a fórmula de Radbruch, o que se fará com base no artigo de Robert ALEXY, intitulado “Una defensa de la fórmula de Radbruch”²⁴¹.

ALEXY explica que a referida fórmula contém duas partes. Na primeira parte assinala que as leis positivas perdem sua validade jurídica se sua contradição com a justiça alcançar uma medida insuportável. Isso pode ser designado como a “fórmula da intolerância”. Na segunda parte, nega-se a natureza jurídica das leis positivas se em seu estabelecimento é negada conscientemente a igualdade, a qual, segundo RADBRUCH, representa o núcleo da justiça. A isso designa “fórmula da negação”. A fórmula da intolerância tem um caráter objetivo: aplica a medida da injustiça. Por outro lado, a fórmula da intolerância tem um caráter subjetivo: os propósitos ou as intenções do legislador. É possível imaginar casos em que ambas as fórmulas conduzam a resultados distintos. De um lado, pode se imaginar um legislador que pretende retirar a igualdade como núcleo da justiça que, assim, leva a cabo algo insuportavelmente injusto, como a outro obstinado em realizar o injusto, mas que ao fazê-lo não chega ao umbral do insuportavelmente injusto. Em geral, quando se trata de uma injustiça insuportável deveriam coincidir resultado e intenção. Afinal de contas, é difícil provar a existência de um dolo de violar a justiça por parte do legislador.

Há que se deixar claro que uma das características da fórmula de RADBRUCH é que não se exige uma coincidência entre Direito e moral. Isso significa dizer que ele permite que o Direito promulgado e eficaz seja também válido quando é injusto. O que ela faz é incorporar ao Direito um limite extremo: o Direito, promulgado conforme o ordenamento e socialmente eficaz, em regra, é válido, de modo que somente quando se transpassa o umbral da extrema injustiça, as normas

²⁴⁰ RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 1973. *Apud* ALEXY, Robert. **Conceito...** *Op. Cit.* p. 34.

²⁴¹ “Una defensa da fórmula de Radbruch” (tradução livre). ALEXY, Robert. Una defensa de la fórmula de Radbruch. *In*: Vigo, Rodolfo Luis (Org.). **La injusticia extrema no es derecho**. (De Radbruch a Alexy). La Ley. Buenos Aires. 2004.

promulgadas conforme o ordenamento e socialmente eficazes perdem seu caráter ou validade jurídica.

ALEXY afirma ser possível sintetizar a fórmula de RADBRUCH da seguinte forma: “*Las normas promulgadas conforme al ordenamento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas.*”²⁴² Ou ainda: “*La extrema injusticia no es Derecho.*”²⁴³”

Para ele existe um limite: o da extrema injustiça, incorporando-se ao conceito de Direito a correção material como critério limitativo. O conceito de Direito não é inflado, mas sim limitado moralmente. O que se vislumbra é uma vinculação parcial entre Direito e moral.

RADBRUCH, em sua fórmula, exclui a injustiça extrema como possível conteúdo do Direito. Desse modo, estabelece uma relação necessária entre Direito e moral, ou entre o Direito que é e o Direito que deveria ser. O Direito promulgado conforme o ordenamento e socialmente eficaz não tem que ser justo nem correto para ser Direito, mas não pode transpassar o umbral da extrema injustiça. Se isso acontece, perde-se o caráter jurídico ou a validade jurídica. É certo que isso é um desafio para a tese positivista da completa separação entre Direito e moral e um reconhecimento da tese não positivista da vinculação.

Para melhor compreender a fórmula em questão, necessário se faz retomar os dois tipos diferentes de conexão entre Direito e moral: o “classificador” e o “qualificador”. Conforme ALEXY:

Se trata de una conexión *clasificante* quando se sustenta que las normas o los sistemas de normas que no satisfacen un determinado criterio moral no son normas jurídicas o sistemas jurídicos. La fórmula de Radbruch establece una conexión de este tipo, excluyendo las normas jurídicas que implican una injusticia extrema de la clase de las normas jurídicas (o de las normas jurídicas válidas). Se trata de una mera conexión *cualificante* cuando se sostiene que las normas o sistemas de normas que no satisfacen determinado criterio moral pueden certamente ser normas jurídicas o sistemas jurídicos, pero son normas jurídicas jurídicamente defectuosas o sistemas jurídicos jurídicamente defectuosos. Lo decisivo es que la deficiencia que se sostiene es una deficiencia jurídica y no simplemente moral.

El concepto de conexión cualificante está estrechamente vinculado con la pretensión de corrección, ya que si el Derecho formula necesariamente una pretensión de corrección, entonces existe necesariamente una conexión cualificante entre Derecho y moral. La “moral interna” o “interior del Derecho” de Fuller se asemeja como “moral de aspiración” a la tesis de

²⁴² As normas promulgadas conforme o ordenamento e socialmente eficazes perdem seu caráter jurídico ou sua validade jurídica quando são extremamente injustas. (tradução livre) *Ibidem*.

²⁴³ A extrema injustiça não é Direito. (tradução livre) *Ibidem*.

la pretensión de corrección em um ponto essencial: el cumplimiento incompleto de los ocho “principios de la legalidade” que definen, según Fuller, la “moral interna del Derecho” no conduce por regla general a la perdida del carácter jurídico o de la validez jurídica. No tiene, por tanto, um significado clasificante. Más bien, la consecuencia sólo es una cualificación del Derecho o del sistema jurídico como “deficiente”²⁴⁴.

Como se verifica, a conexão qualificante não implica em uma classificadora. Não obstante é mais fácil fundamentar esta última quando a primeira é existente, do que quando não existe. Por isso, a fundamentação da fórmula de Radbruch começará com a fundamentação de uma conexão qualificadora.

Assim, chega-se ao argumento da correção, o qual constitui a base de fundamentação da fórmula de Radbruch. O argumento da correção aduz que tanto as normas jurídicas e as decisões jurídicas individuais, como também os sistemas jurídicos como um todo, formulam necessariamente uma pretensão de correção. Ela determina o caráter do Direito, excluindo uma concepção que se limite a afirmar que é uma mera ordenação da força. Incorpora-se ao Direito uma dimensão ideal, uma aspiração. A pretensão de correção vincula aspectos formais e procedimentais com aqueles de tipo material ou substancial, permitindo a existência tanto do caráter institucional como ideal do Direito.

Quanto ao argumento da injustiça, há que se deixar claro que ele engloba sete outros argumentos, quais sejam: argumento da clareza, argumento da efetividade, argumento da segurança jurídica, argumento do relativismo, argumento da democracia, argumento da desnecessidade, argumento da honestidade.

O argumento da clareza se presta a rebater a crítica de que a inclusão de elementos morais no Direito implica em um aumento de complexidade e,

²⁴⁴ Trata-se de uma conexão classificadora quando se sustenta que as normas ou os sistemas de normas jurídicas que não satisfazem um determinado critério moral não são normas jurídicas ou sistemas jurídicos. A fórmula de Radbruch estabelece uma conexão desse tipo, excluindo as normas jurídicas que implicam em uma injustiça extrema da classe das normas jurídicas (ou das normas jurídicas válidas). Trata-se de uma mera conexão qualificadora quando se sustenta que as normas ou sistemas de normas que não satisfazem determinado critério moral podem certamente ser normas jurídicas ou sistemas jurídicos, mas são normas jurídicas juridicamente defeituosas ou sistemas jurídicos juridicamente defeituosos. O decisivo é que a deficiência que se sustenta é uma deficiência jurídica e não simplesmente moral. O conceito de conexão qualificadora está estritamente vinculado com a pretensão de correção, já que se o Direito formula necessariamente uma pretensão de correção, então existe necessariamente uma conexão qualificadora entre Direito e moral. A “moral interna” ou “interior do Direito” de Fuller se assemelha como “moral de aspiração” à tese da pretensão de correção em um ponto essencial: o cumprimento incompleto dos oito “principios da legalidade”, que definem, segundo Fuller, a “moral interna do Direito”, não conduz pela regra geral à perda do caráter jurídico ou da validade jurídica. Não tem, portanto, um significado classificador. Ao invés disso, a consequência só é uma qualificação do Direito ou do sistema jurídico “deficiente”. (tradução livre). *Ibidem*.

consequentemente, um acréscimo de falta de clareza. Ou seja: se gera confusão o fato de estarem incluídos elementos morais no conceito de Direito. ALEXY explica que o não positivismo também pode ser formulado em linguagem clara e que o positivismo também pode ser considerado uma filosofia discutível. Nessa controvérsia, ambas as posições se enfrentam em igualdade de condições. A pretensão de correção necessariamente formulada com o Direito mostra que o positivismo não pode pretender para si algo como uma pretensão de correção e isso fala muito mais a favor do que contra a inclusão de determinados critérios de correção no conceito de Direito.

Quanto ao argumento da efetividade, mostra-se uma resposta à crítica de HART a RADBRUCH, segundo a qual dificilmente seria admissível que um conceito não positivista de Direito pudesse fortalecer a resistência frente ao mal. ALEXY esclarece que não trata de um juiz individual que mede a injustiça legal segundo sua consciência, e não conforme a *práxis* jurídica. Se na *práxis* jurídica existe um consenso acerca de que o cumprimento de determinadas exigências mínimas de justiça é um pressuposto necessário para o caráter jurídico ou da validade jurídica de disposições estatais, está disponível, ancorada na *práxis* jurídica, uma argumentação jurídica e não somente moral, para fazer frente aos atos de um regime injusto. A aceitação majoritária ou generalizada de um conceito não positivista de Direito pode ter efeitos positivos em um Estado injusto, permitindo a contenção da injustiça legal.

O argumento da segurança jurídica, segundo o qual o conceito não positivista seria um perigo para tal instituto, também é rechaçado. RADBRUCH entende a segurança jurídica como um valor de alta importância num sistema jurídico. Sua fórmula não é o resultado de uma intuição jusnaturalista ou de uma reação emocional diante o nacional-socialismo alemão, mas sim o resultado de uma minuciosa ponderação entre os três elementos que constituem a ideia de Direito: a justiça, a adequação e a segurança jurídica. Há que se consignar, porém, que a segurança jurídica não detém uma prioridade incondicionada frente à justiça e à adequação. RADBRUCH propõe uma ordem de preferência em que a adequação se situa em último lugar e a segurança jurídica precede, em princípio, a justiça. Justamente por isso, somente no caso de uma injustiça insuportável se inverte a relação. Se existe algo semelhante à injustiça extrema, então não só é aceitável essa determinação da relação entre a segurança jurídica e a justiça, como também o

que se impõe. Outorgar prioridade à segurança jurídica também em caso de extrema injustiça seria incompatível com a pretensão de correção, que inclui tanto a segurança jurídica como a justiça.

No que tange ao argumento do relativismo, questiona-se se existe algo semelhante à injustiça extrema. Tratar desse conceito não autoriza ao julgador decidir como expressão de emoções, decisões, preferências, interesses ou ideologias, o que corresponde à tese do relativismo radical e do subjetivismo. O que é autorizada é a tese de que as decisões sobre a injustiça extrema representam autênticas sentenças que são suscetíveis de fundamentação racional e, portanto, têm um caráter cognitivo e objetivo. Aceita-se, assim, a existência de um núcleo essencial dos direitos humanos, cuja violação representa uma injustiça extrema.

É nesse ponto que ALEXY define o que é a extrema injustiça a que RADBRUCH se refere: a violação dos direitos humanos, os quais são tratados como direitos supraleais. Logicamente, essa situação deverá ser aferida no caso concreto e, de acordo com o conceito de justiça como correção, deverá ser devidamente justificada por meio da argumentação. Segundo RADBRUCH, ainda, a extrema injustiça está vinculada às violações extremas dos princípios do Estado de Direito.

Por sua vez, o argumento da democracia está estritamente relacionado aos argumentos da segurança jurídica e do relativismo. A sua crítica reside no fato de que o conceito não positivista de Direito alberga o perigo de que os juízes, invocando a justiça, se oponham a decisões do legislador democraticamente legitimado. Contudo, como já mencionado, a fórmula de Radbruch somente abarca a extrema injustiça, tendo eficácia somente em um núcleo essencial. Logo, o controle das violações de direitos fundamentais nos Estados Democráticos vai muito além de seu conteúdo. Consequentemente, quem aduz um argumento de democracia ou de divisão de poderes contra a fórmula de Radbruch deveria também rechaçar qualquer vinculação do legislador aos direitos fundamentais controláveis judicialmente.

O argumento da desnecessidade afirma que é preferível uma lei retroativa à aplicação da fórmula de Radbruch. No entanto, essa afirmação é facilmente afastada porque há casos em que a fórmula de Radbruch é necessária para garantir os direitos fundamentais, os quais exigem a pretensão de correção. Ou seja, casos em que o novo legislador fosse completamente inativo ou simplesmente

insuficientemente ativo e não fizesse tal lei, que se prestasse a internalizar a pretensão de correção.

O último argumento é o da honestidade, que assevera que nos casos penais, a fórmula de Radbruch leva a elidir o princípio *nulla poena sine lege*. Ele é repellido por meio de dois argumentos. O primeiro é o fato de que a fórmula de Radbruch tem um caráter exclusivamente negativo, não dando lugar a novos tipos penais, somente eliminando as causas de justificação especiais de um regime injusto. O segundo é o de que tal fórmula não pode contradizer o mandato de que um fato devia ser punível antes de ser cometido. Segundo ela, a causa de justificação do regime injusto era nula desde sua origem, e, portanto, com a aplicação da fórmula de Radbruch não se modifica retroativamente a situação jurídica, senão que somente se constata como era a situação jurídica no momento do fato.

De todos esses argumentos se extrai que a aplicação da fórmula de Radbruch deve se restringir a casos extremos, não se permitindo abusos. É a última opção, devendo-se sopesar a diminuição da segurança jurídica com a diminuição da justiça material.

Com essas considerações, ALEXY conclui sua defesa da Fórmula de Radbruch afirmando que:

Si ante este telón de fondo se pondera la confianza de un autor activo em um Estado injusto em uma causa de justificación duradera por la injusticia legal em la que se apoyan sus hechos frente a los derechos de las víctimas y, precisamente, por el efecto de riesgo, también frente a las víctimas futuras, hay muchos argumentos a favor de no concederle ya más protección a la confianza del autor si se traspasó el umbral hacia la extrema injusticia.²⁴⁵

Desse modo, esclarecida a fórmula de Radbruch e conceituada a extrema injustiça como a violação dos direitos humanos, passa-se a discorrer acerca da ausência de validade jurídica da lei extremamente injusta.

²⁴⁵ *Ibidem*.

4.4 A AUSÊNCIA DE VALIDADE JURÍDICA DA LEI EXTREMAMENTE INJUSTA

No presente tópico, ainda tendo como base a concepção de Robert ALEXY, pretende-se demonstrar que a lei extremamente injusta carece de validade jurídica. Tal posicionamento em muito se coaduna com o defendido pelo jurista brasileiro Juarez FREITAS, em cuja teoria também se apoia este tópico.

Quanto ao problema da injustiça das leis, consigna FREITAS:

O problema da injustiça das leis torna-se, não raro, central, mormente quando é imenso o contraste entre os valores do ordenamento jurídico positivo e o sentimento de justiça preponderante na sociedade, a qual é – ou deveria ser – epistemologicamente, a fonte jurídica por excelência.

Os referidos autores têm em comum a crença de que uma norma injusta não deve ser aplicada, a partir da ideia de conexão fraca entre Direito e moral, o que será explicado na sequência.

Porém, há diferenças entre os dois pensamentos. Juarez FREITAS direciona sua atenção ao Direito brasileiro, afirmando que uma lei injusta é inconstitucional, por isso, deve ser afastada. Para ele, a justiça não só é supraconstitucional, como está aposta em vários pontos de nossa Constituição, a qual necessariamente deve ser garantidora de princípios gerais do Direito ou da Justiça²⁴⁶.

Nesta dissertação, filia-se ao jurista brasileiro quanto à ideia de que o “Direito e a moralidade devem caminhar lado a lado, unificados, gradativamente, por um princípio regulativo, uma *ratio* comum, uma intuição racional irrenunciável: a Justiça²⁴⁷”.

Nesse sentido, destaca Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR²⁴⁸, “o Direito deve ser justo ou não tem sentido a obrigação de respeitá-lo”.

Já para ALEXY, numa perspectiva universalista, que vai além da Constituição, o Direito deve respeitar os direitos humanos, ao defender que a lei extremamente injusta não deve ser considerada Direito, tese que se adota no

²⁴⁶ FREITAS, Juarez. **A substancial...** *Op. Cit.* p. 14-15.

²⁴⁷ *Ibidem.* p. 14-16.

²⁴⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito.** São Paulo: Atlas, 1988. p. 322.

presente. Como bem sintetiza Martin BOROWSKI²⁴⁹, discípulo do professor em questão, há três aspectos que devem ser observados para que uma norma possa ser considerada válida. O primeiro é o da validade social, a qual só é conquistada por uma norma quando se cumpre ou quando se sanciona o seu não cumprimento. O segundo é que a norma seja estabelecida de acordo com os critérios de um determinado ordenamento, ou seja, expedida por um órgão competente e compatível com as normas de maior hierarquia. O terceiro critério, adotado somente por não positivistas, é o da correção material ou moral, por meio do qual uma norma é considerada materialmente correta quando está justificada do ponto de vista moral. Não se exige uma completa correção material, mas somente que não se ultrapasse um determinado umbral de injustiça.

Passa-se se então à exposição das ideias de Robert ALEXY, a qual, como já consignado, com a devida adaptação ao direito administrativo, serão adotadas neste trabalho.

Em sua obra “Conceito e validade do Direito”²⁵⁰, o jurista alemão apresenta duas perspectivas acerca do conceito de Direito: a perspectiva do observador (externa) e a do participante (interna). O observador é aquele que formula a seguinte questão: como de fato se decide? Ou seja, não intenta descobrir o que é a decisão correta num determinado sistema jurídico, pois sua ótica é descritiva. Por outro lado, o participante toma parte da argumentação sobre o que é ordenado, permitido, proibido, autorizado. O juiz é o centro, de modo que os outros participantes apresentam argumentos sobre como o juiz deveria decidir se pretendesse agir corretamente. Por conta disso, apenas trataremos da perspectiva do participante, por ser ele quem participa da aplicação da lei.

A conexão entre Direito e moral, nessa teoria, é qualificadora, pois se afirma que normas ou sistemas normativos que não satisfazem determinados critérios morais, embora possam ser normas jurídicas ou sistemas jurídicos, são, por razões conceituais ou normativas, normas jurídicas ou sistemas jurídicos juridicamente defeituosos, pois o defeito é jurídico e não meramente moral.

A partir da ideia de conexão classificadora, a tese da perda da qualidade jurídica quando ultrapassa um limiar da injustiça – independentemente de como ela

²⁴⁹ BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 29.

²⁵⁰ ALEXY, Robert. **Conceito...** *Op. Cit.*

é determinada - é chamada de argumento da injustiça, traduzida na Fórmula de Radbruch²⁵¹:

Ressalte-se, porém, que aquilo que é válido para a norma individual não se aplica, necessariamente, a todo o sistema jurídico. Para que um ordenamento jurídico possa ser considerado como tal, basta que exista uma pretensão à correção. Se o sistema negar essa pretensão, ele continua válido, porém, ocorrendo uma contradição performática.

O argumento da correção tem relevância classificadora e é a base do argumento da injustiça e dos princípios, pois, como já mencionado, tanto as normas e decisões individuais quanto os sistemas jurídicos como um todo formulam necessariamente a pretensão de correção. Se não formularem explícita ou implicitamente essa correção não são sistemas jurídicos. Já as decisões e as normas jurídicas individuais, quando não formularem ou satisfizerem a pretensão de correção, são juridicamente defeituosas.

Ao ato de legislação da constituição está necessariamente vinculada uma pretensão à correção que, nesse caso, é, sobretudo, uma pretensão à justiça²⁵².

Nesse esteio, retoma-se o já referido argumento da injustiça. Conforme disposto pela fórmula de Radbruch, as normas individuais perdem o caráter jurídico quando determinado limiar da justiça, ou da iniquidade, é transposto. Diferentemente do defendido por Juarez FREITAS, para ALEXY o caráter jurídico só há de se perder se a injustiça atingir a um “grau insustentável”.²⁵³

Para Radbruch:

El conflicto entre la justicia e la seguridad jurídica puede resolverse en el sentido de que el derecho positivo, asegurado mediante el establecimiento y el poder, también tenga prioridad cuando es materialmente injusto e inconducente, a menos que la contradicción de la justicia por parte de ley positiva alcance una medida tan inadmisibile, que la ley, em cuanto “derecho incorrecto” tenga que ceder ante la justicia.²⁵⁴

²⁵¹ O conflito entre justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista de seu conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como “direito incorreto”, deva ceder lugar à justiça. In RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 1973. Apud ALEXY, Robert. **Conceito...** *Op. Cit.* p. 34.

²⁵² ALEXY, Robert. **Conceito...** *Op. Cit.* p. 45.

²⁵³ ALEXY, Robert. **Conceito...** *Op. Cit.* p. 48.

²⁵⁴ RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 1973. Apud BOROWSKI, Martin. **La estrutura...** *Op. Cit.* p. 29.

Esse grau insustentável de injustiça, objetivamente, como demonstrado no tópico anterior, será alcançado quando, no caso concreto, forem violados os direitos humanos do cidadão, retirando-se tal lei do sistema jurídico diante de sua invalidade. Essa invalidade baseia-se na necessidade de pretensão de correção em um sistema para que ele possa ser considerado jurídico.

Feitas tais considerações retoma-se a ideia de burocracia para tratar da recepção da racionalidade material pela administração pública, traduzidas no valor justiça e na pretensão à correção.

5. A RECEPÇÃO DO VALOR JUSTIÇA E A PRETENSÃO À CORREÇÃO NA BUROCRACIA

Neste derradeiro capítulo propõe-se, considerando o exposto até este ponto, apresentar ideias para a recepção da racionalidade material pela administração pública brasileira, entendida como burocracia, na qual vige a ação racional, na medida em que a racionalidade formal, traduzida na legalidade estrita, não mais atende aos anseios sociais.

Para tanto, apresentar-se-ão os pressupostos para essa administração pública que têm como um de seus valores legitimadores a justiça, elemento extrajurídico relacionado à racionalidade material. Esses pressupostos são os seguintes: a justiça e os direitos fundamentais como legitimadores do Estado e sua relação com a dominação legal-racional, as duas racionalidades weberianas e seu entendimento frente à função principiológica e a “ilegalidade” da atuação extremamente injusta no caso concreto, a partir da utilização da fórmula de Radbruch.

Com base nesses pressupostos, esboçam-se princípios e regras a serem recepcionadas pela administração pública, que se coadunam com a inserção da racionalidade material e da pretensão à correção. São eles: o direito fundamental à boa administração pública; a discricionariedade do servidor público especializado; a vinculação e a discricionariedade como diferentes formas de aproximação e intensidade à juridicidade; a motivação obrigatória nos atos administrativos e a pretensão à correção.

Levando-se em conta a possibilidade de haver outros princípios e regras que traduzem a racionalidade material na administração pública, entende-se que extrapolam os limites do texto e não serão, por isso, abordados neste trabalho.

5.1 PRESSUPOSTOS

5.1.1 Justiça e direitos fundamentais como legitimadores do Estado: dominação legal-racional

Conforme exposto no capítulo inicial, WEBER divide a atividade racional em dois tipos: em ação racional com relação a valores e atividade racional com relação a fins. A atividade racional por valor é aquela caracterizada pela inspiração, quando do curso de seu desenvolvimento, apenas na convicção do agente, sem se preocupar com as consequências previsíveis. O indivíduo age a serviço exclusivo de um valor em qualquer esfera, seja ela política, cultural, etc., enfim, com o sentimento de que o dever se lhe impõe incondicional e pessoalmente. “Vale dizer que ela [a pessoa] é incapaz de tomar consciência do que há de irracional em sua conduta; isso será função da atividade racional por finalidade”²⁵⁵.

A ação racional por finalidade se caracteriza como uma conduta na qual há uma reflexão que leva à fixação do fim. Depois desse ato reflexivo, o sujeito escolhe os meios mais apropriados, levando em conta consequências previsíveis, capazes de acompanhar o desenrolar da ação. Busca-se um critério tangível para ordenar o mais racionalmente possível a previsão do resultado. A atividade racional com relação a fins é, pois, um caso limite teórico que não exclui, em certos níveis, a racionalidade por valor²⁵⁶. Em relação a isso, cabe esclarecer que há divergência entre os estudiosos de WEBER. Gabriel COHN, por exemplo, é contra esse posicionamento; segundo ele, onde há racionalidade formal, não pode haver material, por se tratarem de ações mutuamente excludentes²⁵⁷.

De toda sorte, WEBER²⁵⁸ resumiu essas ações sociais da seguinte forma: a) ação racional referente a fins é aquela determinada por expectativas quanto ao comportamento de outrem, as quais são utilizadas como “condições” ou “meios” para alcançar finalidades próprias, ponderadas e perseguidas racionalmente; b) ação racional referente a valores é determinada pela crença consciente num valor absoluto e inerente a determinado comportamento, independentemente do resultado.

²⁵⁵ FREUND, Julien. **Sociologia...** *Op. Cit.* p. 80.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 81.

²⁵⁷ COHN, Gabriel. **Crítica e Resignação. Max Weber e a teoria social.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²⁵⁸ WEBER, Max. **Economia e Sociedade...** *Op. Cit.* vol. 1. p. 15.

Verificou-se, no desenvolvimento deste trabalho, que a justiça é um dos elementos que legitima o Direito. A ação racional que mais se coaduna com essa concepção é a ação racional visando um valor, qual seja: a justiça. Para alcançá-la é preciso agir racionalmente em sua busca, o que pressuporia o abandono de ações racionais referentes a fins, pois, *a priori*, poder-se-ia dizer que sempre que é permitido o ingresso de valores na esfera de ação, ela deixa de ser racional referente a fim.

É certo que o agir administrativo como uma ação racional visando fins enseja segurança jurídica ao cidadão. Porém, não se pode esquecer que há casos, como o da extrema injustiça, em que o servidor público deve prezar pela justiça, em detrimento do resultado seguro previsto na lei. No entanto, o indivíduo não só age visando a justiça, mas também espera tal resultado. Assim, revela-se uma atipicidade nessa ação racional. Como colocado no tópico referente à administração pública gerencial, há que se prezar pelo resultado da ação administrativa, que, se de um lado não pode ser estritamente formal, de outro exige limitação quanto à realização da justiça, evitando-se assim o subjetivismo e o autoritarismo.

À ação racional está relacionada à dominação legal com administração burocrática:

Em WEBER, a burocracia concentra o mais alto grau de racionalidade, representada pela existência de leis, regulamentos e normas que determinam as atribuições dos cargos e delimitam os direitos e deveres dos indivíduos nas organizações; possui uma hierarquia administrativa e a valorização do saber técnico especializado que possibilita a formação de um quadro administrativo, com profissionais que ingressaram nas organizações por meio de concursos com critério técnico. Essas características, entre outras, conferem – ao menos idealmente – constância, previsibilidade, objetividade, controle, calculabilidade, confiabilidade e economicidade às atividades organizacionais²⁵⁹.

No entanto, da leitura de WEBER extrai-se que, muito embora o tipo de dominação legal com administração burocrática seja aquele relacionado à ação racional, não há especificação de qual dos tipos de ação racional ele se refere.

Por conta disso, Raymond ARON, em “As etapas do pensamento sociológico”, pergunta-se por que em Weber havia quatro ações e apenas três tipos de dominação. MERQUIOR, então, considera que Johannes WINCKELMAN afirmava que se a racionalidade formal não se legitimava por si mesma, era

²⁵⁹ GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. **O Regime Jurídico...** Op. Cit. p. 51.

necessária a crença em valores, porém explica que Wolfgang MOMMSEN refuta isso ao afirmar que a ação referente a valores teria referência com a dominação legal referente à crença no Direito natural. O fato é que, para Raymond ARON, MERQUIOR, WINCKELMAN e MOMMSEN, a burocracia decorre da ação referente a fins, ainda que se faça necessária a crença em valores:

Raymond Aron destacou que a assimetria entre a tipologia weberiana da ação social e a tipologia da dominação legítima proposta pelo mesmo autor. A tipologia da ação social compreende quatro espécies – afetiva, tradicional, orientada segundo valores (*Wertrational*) e instrumental (*Zweckrational*) – mas a da dominação legítima inclui apenas três tipos de legitimidade. A ação afetiva corresponde mais ou menos à dominação carismática, a ação instrumental é obviamente aparentada à dominação legal, e a ação tradicional é talhada, até no nome, pela legitimidade tradicional – mas que dizer da ação orientada segundo valores.

Dennis Wrong oferece excelente resposta para a questão. Afirma que a reverência pela tradição, a confiança no carisma e o respeito pela lei já são “formas de valoração” no sentido *wertrational*. A razão pela qual a orientação segundo valores não encontra paralelo entre os três tipos de legitimidade é que ela permeia a todos. Outra maneira de abordar ao assunto é apresentada por Wolfgang Mommsen. Como os jusnaturalistas, Johannes Winckelmann, decano da crítica textual de Weber, tentou demonstrar, embora pouco convincentemente, que, se a racionalidade formal não podia legitimar-se por si mesma, era necessário que alguma crença em valores *substantivos* integrasse a justificativa legal-racional de Weber para a legitimidade. Mommsen restringe esta tese e relaciona a ação orientada –segundo-valores a apenas um tipo de dominação legal, aquela que se baseia no credo da lei natural.²⁶⁰

Por outro lado, Héctor Luis SAINT-PIERRE²⁶¹ apresenta uma tese plausível, após questionar-se acerca de qual seria o tipo de ação que mais se ajustaria a esse tipo de dominação, se aquela orientada a fins ou a valores. Sua conclusão é que, para WEBER as duas são possíveis, pois a dominação racional legal apoia-se na validade da ideia de que todo o Direito, por pacto ou outorgado, pode ser estatuído de modo racional, orientado a fins e/ou valores.

Desse modo, ainda que menos difundida, a concepção que aqui se coloca é a de que não é de todo incompatível com a burocracia weberiana a existência de um valor, nesse caso a justiça, a legitimá-la. É claro que se trata de um sistema que preza a estabilidade, a segurança, o que de forma alguma se pretende rechaçar. Contudo, acredita-se que haveria espaço, nesse modelo, para uma ação social visando a justiça. O cidadão, mais do que uma resposta com embasamento legal,

²⁶⁰ MERQUIOR, José Guilherme. **Rousseau e Weber**: estudos sobre a teoria da legitimidade. Trad. Margarida Salomão. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A, 1990. p. 108.

²⁶¹ SAINT-PIERRE, Héctor Luis. **Max Weber...** *Op. Cit.* p. 102.

pretende uma resposta que não seja extremamente injusta, é esse o fim a que sua ação se presta. Isso geraria, como pretendia WEBER, maior confiabilidade, pois o Estado devolve uma prestação justa àquele que o legitimou. Quanto ao controle e à calculabilidade, isso será feito por meio da argumentação, o que será tratado no tópico referente à motivação dos atos administrativos.

Logo, tem-se que, ao que tudo indica, WEBER não pretendia excluir os valores do tipo ideal de dominação legal, assim a burocracia tecnocrática, tão criticada, talvez não seja aquela idealizada pelo sociólogo alemão, ainda que o tipo descrito por ele tendesse a isso, dado o momento positivista em que sua obra está inserida. WEBER era o maior crítico da burocracia prussiana, apostando no carisma como um contrapeso à burocracia. Tanto é assim que no final de “A ética protestante” há uma análise dos “homens sem coração da burocracia”. A partir daí, tem-se que as decisões meramente formais podem ser perigosas. Nesse espaço é que seria possível haver ambiente para a ação racional referente a valor, pelo menos no sentido vago, defendido por WRONG, do valor consistente na obediência à lei e à submissão a imperativos éticos, que caracterizaria o tipo ideal de “direito racional material”²⁶².

Ocorre, nada obstante, que segundo WEBER todo o Direito, estabelecido por convenção ou outorga, tem validade em razão de um procedimento racional por finalidade ou por valor, ou dos dois ao mesmo tempo. A justiça estaria na aplicação das regras gerais (escritas) aos casos particulares, ao passo que a administração tem o escopo de proteger os interesses nos limites da regra de Direito, por meio de órgãos instituídos para tal fim.

É nesse ponto que se entende ser insuficiente o modelo apresentado por WEBER no tipo ideal da burocracia, pois a justiça estaria na pretensão à correção, que vai além da lei. Isso porque uma lei pode ser extremamente injusta, de maneira que sua validade passa a ser questionada. Cabe ressaltar que WEBER apenas descreveu um tipo ideal; ele criticava violentamente as insuficiências da burocracia, mas era assim que ele via o funcionamento do sistema no mundo moderno. Por outro lado, é certo que ele considerava isso preferível à unificação de valores promovida pelo socialismo, por exemplo.

²⁶² MERQUIOR, José Guilherme. **Rousseau e Weber...** *Op. Cit.* p. 108.

Assim, a justiça é vista como pretensão à correção, que conduz à ideia de justiça como possibilidade de fundamentação ou justificação mediante razões aceitas numa determinada tradição e cultura²⁶³, pois não há como admitir que os cidadãos legitimem uma burocracia, a qual deve servir para prestar-lhes as garantias estatais, com uma atuação na qual os direitos humanos fossem violados.

Ademais, a existência de coação, como condição básica da noção de poder, é reconhecida juntamente a uma conexão entre as condutas sociais e valores que traduzam as justificativas internas que levam os governados a aceitarem os comandos e obrigações impostas pelos governantes.

Conforme mencionado anteriormente, a ordem legítima existe quando a ação dos homens é submetida a uma reação social – um constrangimento consciente. Consequentemente, o Direito é uma espécie de ordem legítima, que se concretiza quando a validade da ordem é garantida por um constrangimento físico ou psicológico, através de um coercitivo oficial.

Para WEBER, a ordem pode ser respeitada legitimamente em virtude da racionalidade dos fins de ordem legítima²⁶⁴. Desse ponto, extrai-se que essa ordem legítima pode se referir a valores, aos quais entendemos ser possível incluir a justiça. Aliás, nesse ponto, ARON considerava curioso que WEBER não tivesse tratado desse assunto, limitando-se a analisar a dominação sob o plano das ações sociais referentes a fins.

Essa interpretação é feita a partir de PARSONS, que, conforme defendido anteriormente, sustenta que os valores culturais compartilhados por uma comunidade, entre os quais pode se incluir a justiça, dão origem ao sistema jurídico.

Acerca do tema da justiça e da burocracia, Luiz Fernando COELHO apresenta a seguinte crítica:

A atualidade do tema [da justiça e dos valores] decorre justamente do movimento de reação a essa tendência, que se verifica em setores da atividade humana, reação no sentido do equilíbrio contra a crescente desumanização de uma ordem social rigidamente controlada pela burocracia tecnocrática²⁶⁵.

Ou seja, a desumanização certamente não era objetivada quando da descrição de WEBER ou até mesmo da criação da burocracia junto com a

²⁶³ ALEXY, Robert. **Justicia...** *Op. Cit.* p. 103-113.

²⁶⁴ WEBER, Max. **Economia e Sociedade...** *Op. Cit.* vol. 2. p. 187.

²⁶⁵ COELHO, Luiz Fernando. **Introdução...** *Op. Cit.* p. 113.

racionalização do Estado Moderno. WEBER apenas descrevia o que via: era um indicador da realidade, não fazia apologias à modernidade, a qual ele criticava duramente. Há que se mencionar o paradoxo das consequências por ele descrito, que consiste na tese de que, quando se enfatizou a administração burocrática, certamente não se imaginava que sua eficiência viria a desumanizar a administração; pretendia-se maior eficiência, mas não se imaginava a que ponto essa calculabilidade poderia sacrificar o componente justiça.

Afinal de contas, como descrito anteriormente, há um senso coletivo de justiça, objeto cultural, o qual está em consonância com a ação racional visando valor, ainda que essa ação, em determinadas esferas, não tenha gerado uma forma específica de dominação, salvo, talvez, aquela baseada no Direito natural; aliás, é precisamente a proliferação das ações racionais referentes a fins que inviabiliza a multiplicação, na mesma esfera de ação, das ações referentes a valor.

Atualmente, o que legitima o Estado Democrático de Direito é justamente a conjugação direito fundamental e justiça, uma vez que ele está estruturado como “conjunto de instituições jurídico-políticas erigidas sob o fundamento e para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana”²⁶⁶.

Nesse ponto cabe assinalar, para concluir o tópico, que a noção de direitos fundamentais é uma das maiores conquistas da moralidade política em todos os tempos. Assim, representando a expressão jurídico-política de valores basilares da civilização ocidental, como liberdade, igualdade, segurança, democracia, traduzidas nos direitos fundamentais e na concepção de justiça, apresentam-se, simultaneamente, como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito.

5.1.2 As duas racionalidades weberianas: a função principiológica

Neste tópico, propõe-se expor as duas racionalidades weberianas para então relacioná-las à função principiológica.

²⁶⁶ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização... *Op. Cit.* p. 524-525.

Conforme explicitado no primeiro capítulo, WEBER confere três significados ao termo “racional”. Primeiramente, ele parte de um conceito amplo de técnica, que inclui o sentido de técnica de oração, de pintura, de educação, etc. a fim de mostrar que aquilo que em geral segue uma regra é importante para uma certa racionalidade do agir. Padrões de comportamento confiavelmente reproduzíveis podem ser previstos e quando se trata de regras técnicas e perfectíveis da dominação da natureza e do material, a racionalidade geral de regras assume o significado mais estrito de racionalidade instrumental. Em segundo lugar, ele fala em racionalidade de fins, quando não se trata mais da aplicação regulada de meios, mas da seleção de fins, tendo em vista valores dados preliminarmente. Sob tal aspecto, uma ação pode ser racional na medida em que não for comandada por afetos cegos ou por tradições nativas. As orientações valorativas são preferências dotadas de conteúdo, que se orientam para valores materiais, precedendo as decisões de sujeitos que agem em termos de racionalidade finalística, não sendo possível fundamentá-las. A terceira qualidade formal é a construção científica e metódica de um corpo jurídico configurado sistematicamente²⁶⁷. Essa racionalidade pode ser dividida em formal e material.

Segundo WEBER, a racionalidade formal é inerente ao Direito moderno, e se concretiza por meio do trabalho sistemático dos doutrinadores especializados e com formação acadêmica, os quais estão balizados pelo Direito positivo. A partir do momento em que restar estabelecido o nexo entre racionalidade e formalidade, o Direito só poderia ser racional na medida em que em seu bojo não se encontram elementos morais. Logo, para ser racional o Direito precisaria estar afastado de proposições ético-morais, pois a medida de racionalidade é determinada por elementos formais, havendo uma racionalidade neutra em relação à moral.

Formalmente, para que o Direito seja classificado como racional é preciso cumprir algumas exigências: a racionalização científica conferida pelos juristas, com normas que garantam a liberdade negativa dos sujeitos de direito²⁶⁸ e a institucionalização dos procedimentos que permitem calcular as relações que se desenvolvem dentro do sistema. Portanto, o que dá força à validade do Direito é um

²⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Law... Op. Cit.*

²⁶⁸ São os chamados direitos que protegem a liberdade do indivíduo, com uma atuação negativa do Estado, que se limita a garantir a não ingerência na esfera particular do cidadão. Os direitos correspondem a uma abstenção do Estado. Essa liberdade negativa é consoante os ideais liberais que prezam pela proteção da vida, da liberdade e da propriedade.

aparato coativo, que pode variar de época para época, lugar para lugar. O tipo ideal do Direito racional e formal, portanto, estabelece a lei e o julgamento unicamente com base em conceitos abstratos, criados pelo pensamento jurídico.

De outro lado, materialmente, a racionalidade, nos dizeres de WEBER, não separa a ética do Direito:

Onde faltou essa aliança, a secularização do direito e o desenvolvimento de um pensamento jurídico rigorosamente formal ou pararam após os primeiros passos ou foram diretamente obstruídos. Isso se deve, em termos gerais, ao fato de que o “racionalismo”, tanto dos hierarcas quanto dos príncipes patrimoniais é de caráter *material*. Não se aspira ao tipo mais precioso do ponto de vista formal-jurídico, ótimo para a calculabilidade das possibilidades e para a sistemática racional do direito e do procedimento, mas àquele que em seu conteúdo corresponde melhor às exigências prático-utilitárias e éticas daquelas autoridades; uma separação de “ética” e de “direito”, como já vimos, não faz parte das intenções destes fatores criadores de direito, que estão totalmente alheios a todo tratamento auto-suficiente e especificamente “jurídico” do direito. Especialmente, aplica-se isto em regra, à criação de direito sob influência teocrática, com sua combinação de exigências éticas e preceitos jurídicos²⁶⁹.

Do exposto, pode-se concluir, como já colocado no primeiro capítulo, que a lei formal seria a disposição jurídica que se deixa deduzir logicamente apenas de um pressuposto de um determinado sistema do Direito. A partir disso, tem-se que o Direito formal consiste no “conjunto do sistema do direito puro do qual todas as normas obedecem unicamente à lógica jurídica, sem intervenção de considerações externas ao direito”²⁷⁰. Assim, pretende por objetivo sistematizar as normas jurídicas. Por sua vez, o Direito material permanece empírico levando em conta “os elementos extrajurídicos e se refere no curso de seus julgamentos dos valores políticos, éticos, econômicos, ou religiosos”²⁷¹. Dessarte, a racionalidade do Direito pode ser formal ou material.

A discussão acerca do Direito formal, tal qual exposto, e do Direito material entra em cena quando Weber chama atenção para o Direito regulador do Estado Social, afirmando que esse Direito é instrumentalizado para as tarefas que estruturam um legislativo que pretende preencher as exigências de justiça social lançando mão de compensações de regulamentações estabilizadoras e de intervenções transformadoras:

²⁶⁹ WEBER, Max. **Economia...** *Op. Cit.* vol. 2. p. 100-101.

²⁷⁰ FREUND, Julien. **Sociologia...** *Op. Cit.* p. 184.

²⁷¹ *Ibidem.* p. 184.

With the emergence of modern class problems, there have arisen substantive demands upon the law from a part of those whose interests are involved (namely labor), on the one hand, and from the legal ideologists, on the other. They . . . call for a social law on the basis of such emotionally colored ethical postulates as 'justice' or 'human dignity'. But this renders the formalism of law fundamentally questionable.²⁷²

Tal citação de WEBER por HABERMAS levaria a crer que as demandas por justiça material, ao serem introduzidas no Direito, destruiriam sua racionalidade formal. A fim de comprovar essa tese, ele utiliza exemplos de Direito privado liberal, o qual tinha a função de garantir, por meio de leis públicas, abstratas e gerais, a vida, a liberdade e a propriedade dos sujeitos, que celebram acordos. As qualidades formais do Direito têm três aspectos: 1) a estruturação sistemática de *corpus* de proposições jurídicas claramente analisadas coloca as normas vigentes numa ordem visível e controlável; 2) a forma da lei abstrata e geral, não configurada para contextos particulares especiais, nem dirigida a destinatários determinados, confere ao sistema de Direitos uma estrutura uniforme; 3) a vinculação da justiça e da administração à lei garante uma aplicação ponderada e conforme ao processo, bem como uma implementação confiável dessas leis²⁷³.

A partir disso, restaram estabelecidas duas relações esclarecedoras. A primeira é que a racionalidade do Direito está fundamentada nas suas qualidades formais e a segunda é que a materialização configura uma moralização do Direito, isto é, a introdução de pontos de vista da justiça material no Direito positivo, ainda que se admita que, da leitura de WEBER, revela-se difícil distinguir de maneira estanque Direito racional e Direito formal²⁷⁴.

²⁷² "Com a emergência dos problemas de classe da modernidade, surgiram substantivas demandas sobre a lei por uma das partes que tinham interesses envolvidos no direito (a classe operária), que de um lado, formula exigências materiais ao direito, enquanto de outra parte, e a partir dos ideólogos do direito... exige um direito social baseado em postulados éticos e emocionais como 'justiça' ou 'dignidade humana'. Isso, porém, coloca basicamente em questão o formalismo do direito." (tradução livre) WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Colônia, 1964, Cap. III, 2, p. 648. *Apud* HABERMAS, Jürgen. *Law... Op. Cit.*

²⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Law... Op. Cit.*

²⁷⁴ WEBER diz que a racionalização do Direito é a generalização, compreendida como a redução às disposições jurídicas. O direito seria formal em duas acepções: I - sinais externos, como carimbos, II - interpretação lógica de sentido; quando Weber conceitua o direito "formal irracional", exemplifica a consulta a oráculo, na qual os meios são racionalmente controlados, mas o resultado é imprevisível; se o resultado é imprevisível – então se conclui que a racionalidade está ligada à previsibilidade. Já quando WEBER fala do direito "material racional", refere-se a imperativos éticos ou máximas políticas que rompem com o formalismo das características externas e da abstração lógica; embora haja menor previsibilidade, a nota essencial parece ser o caráter externo da decisão, amparada em questões extrajurídicas. Assim, em suma: racionalidade é previsibilidade; formalismo seria adstrição às disposições jurídicas. Os problemas que se destacam são os seguintes: (I) WEBER conceituou racionalização como redução às disposições jurídicas; (II) quando conceitua o direito formal irracional,

Diante dessa classificação, Julien FREUND explica que disso se extraem duas maneiras de conceber a justiça: “uma se atém exclusivamente às regras da ordem jurídica; é justo o que é estabelecido e conforme a letra ou à lógica do sistema; a outra leva em conta a situação, as intenções dos indivíduos e as condições gerais de sua existência”²⁷⁵.

GALLIANO, como já afirmado no primeiro capítulo, explica a concepção de justiça para WEBER:

A análise weberiana destaca que, no universo social, a *justiça* consiste na aplicação das regras gerais aos casos particulares do direito; e que, por seu turno, a administração tem por objetivo a proteção dos interesses sociais nos limites do direito. Com isso, Weber focaliza o problema de que a autoridade dos governantes, baseada na legalidade, é limitada pela ordem impessoal do direito. E que os governados (os cidadãos, nos contextos das sociedades modernas) só devem obediência a essa ordem impessoal.²⁷⁶

Sob uma ótica não-positivista, de outro lado, tem-se que a inserção da racionalidade material no Direito revela-se imprescindível, uma vez que o Direito necessariamente deve estar atento à realidade, que é extrajurídica. Ressalte-se que não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, segurança e objetividade, mas reconhece que ele está relacionado a uma filosofia moral e política. “A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias”²⁷⁷.

Essa abertura do sistema se realiza por meio dos princípios, que são responsáveis pela incorporação da moral e da pretensão à correção. Por conta disso, diante do caso concreto, é possível determinar que um valor seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Portanto, o que defende aqui é uma abertura do sistema jurídico formal-racional à racionalidade material, traduzida em princípios, a fim de permitir um certo grau de flexibilidade ao ordenamento, bem como inserir nele a capacidade de acomodar e solucionar questões não previstas em lei. Isso porque as decisões extremamente injustas enfraquecem o Direito, não podendo prevalecer em razão da segurança jurídica.

WEBER indica a consulta a oráculos e os oráculos não são disposições jurídicas; só se vissemos os oráculos como disposições jurídicas desse tipo de direito, mas aí, conforme o próprio conceito de WEBER, teríamos um direito racional.

²⁷⁵ FREUND, Julien. **Sociologia...** Op. Cit. p. 184.

²⁷⁶ GALLIANO, Guilherme A. **Introdução...** Op. Cit. p. 81-82.

²⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito...** Op. Cit. p. 269.

Tanto é assim que, sob uma perspectiva não positivista, Juarez FREITAS afirma que “o sistema jurídico não apresenta fronteiras rígidas entre o formal e o material”²⁷⁸.

Com base nisso, passa-se a tratar da aplicação da fórmula de Radbruch na administração pública.

5.1.3 A “ilegalidade” da atuação extremamente injusta no caso concreto: a fórmula de Radbruch na Administração Pública

A noção de justiça para WEBER, anteriormente mencionada, é aquela que consiste na aplicação das regras gerais aos casos particulares do Direito, de maneira que a administração tem por objetivo a proteção dos interesses sociais nos limites do Direito.

Contudo, WEBER parece não se despreocupar com o conteúdo desse Direito, pois, ao tratar do Direito norte-americano, explica que “aquilo que praticamente conduz a consequências absurdas não pode ser o Direito almejado pela natureza e pela razão, e isso significa a inclusão expressa no conceito de razão de pressupostos materiais”²⁷⁹, próprios do Direito natural.

Desse modo, deve-se atentar para o respeito não só à ordem impessoal do Direito, mas também aos direitos humanos. Tanto é assim que, conforme colocado no início desse capítulo, entende-se que a justiça pode ser um dos elementos legitimadores do Estado.

Note-se que WEBER adota um conceito de Direito segundo o qual “direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito, seguindo um processo institucionalizado juridicamente”²⁸⁰, pois é certo que há que se prezar pela segurança jurídica.

Neste trabalho, admite-se o ingresso de valores morais no Direito, especialmente por meio de princípios, revelando-se uma evolução na ideia moderna

²⁷⁸ FREITAS, Juarez. **A interpretação...** *Op. Cit.* p. 39.

²⁷⁹ WEBER, Max. **Economia e Sociedade...** *Op. Cit.* p. 137.

²⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. **Law...** *Op. Cit.*

de legalidade, a qual se pretende pela juridicidade. Passa a existir uma preocupação com o conteúdo desse direito.

Por conta disso, sustenta-se a possibilidade de afastar a aplicação da regra da legalidade nos casos em que a lei estrita se revelar extremamente injusta no caso concreto, em razão da ausência de validade.

Assim, propõe-se a aplicação da fórmula de Radbruch na administração pública, a qual será aqui novamente transcrita para fins de clareza:

O conflito entre justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista de seu conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como “direito incorreto”, deva ceder lugar à justiça.²⁸¹

Isso porque, como asseverado anteriormente, a lei extremamente injusta carece de validade jurídica, porque não se vislumbra a pretensão à correção. Consequentemente, ao se deparar com uma situação dessas, deve o administrador público declarar a ausência de validade da lei naquele caso e deixar de aplicá-la.

No mesmo esteio, Juarez FREITAS afirma quanto ao princípio da legalidade que “não mais se deve aceitar que o agente público cumpra ou emita ordens manifestamente ilegais ou inconstitucionais”²⁸².

A ideia de deixar de aplicar a lei extremamente injusta já foi proposta, no Brasil, por Ana Paula de BARCELLOS²⁸³, em seu livro *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Contudo, diferentemente do que se defende, ou seja, ausência de validade jurídica, a jurista afirma que, num caso concreto, ao se deparar com uma lei extremamente injusta, é possível utilizar da equidade para declarar a inconstitucionalidade da lei no caso, ainda que o enunciado da regra continue válido em tese. Isso porque, conforme já exposto, não é razoável demonstrar a imprevisão legislativa se não se pode sustentar de maneira consistente a inconstitucionalidade da norma particular, não restando legítimo pretender afastar uma regra a pretexto de ponderá-la.

A questão da incidência injusta de regras pode assim, em parte, ser reconduzida à estrutura geral da equidade. Apenas em parte porque, como

²⁸¹ RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 1973. *Apud* ALEXY, Robert. **Conceito...** *Op. Cit.* p. 34.

²⁸² FREITAS, Juarez. **O Controle...** *Op. Cit.* p. 48.

²⁸³ BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação...** *Op. Cit.* p. 201-206.

já referido, a equidade por si só não autoriza o intérprete a negar aplicação a uma regra. Em muitas ocasiões, no entanto, a equidade bastará para dar solução ao caso. Em boa medida, é possível fazer uma aproximação do *parâmetro da equidade* com as técnicas relacionadas com a interpretação conforme a Constituição. Como se sabe, pela *interpretação conforme a Constituição*, o intérprete procura, empregando o instrumental hermenêutico disponível, afastar as possibilidades de interpretação incompatíveis com a Constituição, respeitado o limite do texto e suas potencialidades. No caso a equidade conduz a uma *interpretação conforme a justiça do caso concreto*, tendo em conta os princípios constitucionais que, direta ou indiretamente, fundamentam a exigência de justiça. Ou seja: respeitado o limite do texto e suas possibilidades, o intérprete poderá empregar uma *interpretação conforme a equidade* da regra, de modo a evitar a incidência iníqua²⁸⁴.

Diante do exposto, há que se concluir que é legítimo ao servidor/administrador público especializado deixar de aplicar a lei extremamente injusta no caso concreto, desde que de maneira justificada.

5.2 PRINCÍPIOS E REGRAS A SEREM RECEPCIONADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A partir do panorama apresentado, de uma administração pública que não mais se sustenta e se legitima sem a existência de elementos de racionalidade material, passa-se a tratar de princípios e regras a serem recepcionados para concretizar a recepção da justiça em tal modelo.

É certo que não se está a ignorar a eventual existência de outros princípios e regras igualmente importantes, os quais não serão tratados nesse trabalho, pois, como já mencionado, fogem da temática.

Nos tópicos seguintes, serão aventados o direito fundamental à boa administração pública, a autonomia do servidor público especializado, a vinculação e a discricionariedade como diferentes relações de intensidade com a juridicidade, e a motivação obrigatória nos atos administrativos a partir da ideia de pretensão à correção.

²⁸⁴ *Ibidem.* p. 201-206.

5.2.1 O princípio do direito fundamental à boa administração pública

Para tratar do direito fundamental à boa Administração Pública, utilizar-se-á a obra de Juarez FREITAS. Esse direito é inspirado no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais de Nice²⁸⁵,

Artigo 41.

Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.
2. Este direito compreende, nomeadamente:
 - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente,
 - o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, —
 - a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.
3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.
4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

FREITAS, em adaptação ao Direito brasileiro, define o direito fundamental à boa administração pública como:

direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.²⁸⁶

Dentro desse conceito, abrigam-se outros, como: o direito à administração pública transparente, o direito à administração pública dialógica, o direito à administração pública imparcial, o direito à administração pública proba (que veda

²⁸⁵ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta dos Direitos Fundamentais de Nice) *In* **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf> Acesso em 02 jan. 2012.

²⁸⁶ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa** e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 123.

condutas éticas não-universalizáveis), o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada e sem “absolutização” irrefletida das regras, direito à administração pública eficiente e eficaz, além de econômica e teleologicamente responsável.

Na burocracia de WEBER também se pretendia conceder ao indivíduo meios para proteger seus interesses:

Para o “governo”, o indivíduo e seus interesses, no sentido jurídico, são, em princípio, objetos, não sujeitos jurídicos. No entanto, precisamente no Estado Moderno, existe a tendência a promover uma aproximação formal entre a aplicação do direito e a administração (no sentido de “governo”), pois dentro da justiça, não é raro que se exija do juiz atual, em parte em nome de normas jurídicas positivas, em parte com base em teorias do direito, que fundamente suas decisões em princípios materiais, na moralidade, na equidade ou na conveniência. E perante a “administração”, a organização estatal atual concede ao indivíduo (que, em princípio, é apenas seu objeto) meios para proteger seus interesses. Estes, pelo menos formalmente, têm a mesma natureza daqueles da aplicação do direito: “a jurisdição administrativa”. Mas, nem todas essas garantias conseguem eliminar a oposição fundamental mencionada entre a aplicação do direito e o “governo”. O “governo” aproxima-se da criação do direito, mas quando, renunciando à livre decisão em cada caso, cria regulamentos gerais para a forma de realizar negócios típicos, e isto, em certo grau, mesmo quando não se considera comprometido por estes regulamentos, pois mesmo neste caso espera-se dele, como o normal, a aceitação deste compromisso, e a atitude contrária costuma ser censurada, pelo menos convencionalmente, como “arbitrariedade”.²⁸⁷

No entanto, não se vislumbrou os problemas que o cidadão enfrentaria na Modernidade com o engessamento e falta de efetividade da administração burocrática. Na nova concepção de administração pública mais adequada ao momento histórico atual, não basta que a administração seja impessoal e preze pela igualdade. É preciso que ela seja efetiva, concretizadora dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Juarez FREITAS sustenta que:

Pode-se, assim, entender o *ato administrativo legítimo* como a declaração de vontade da administração pública *latu sensu*, ou de quem exerça atividade por ela delegada, de natureza infralegal (em regra), com o fito de produzir efeitos no mundo jurídico, *em harmonia com o direito fundamental à boa administração, direta e imediatamente eficaz*.²⁸⁸

Como se vê, a esse direito corresponde o dever de observância nas relações administrativas dos princípios constitucionais. Neste trabalho, propõe-se a

²⁸⁷ WEBER, Max. **Economia e Sociedade...** *Op. Cit.* vol. 2. p. 4.

²⁸⁸ FREITAS, Juarez. **Discricionarietà...** *Op. Cit.* p. 25-26.

inserção na concepção de boa administração pública a vedação de decisões administrativas extremamente injustas.

Para que esse direito seja concretizado, é necessário que a estrita legalidade seja afastada, com a vinculação de todos os atos administrativos ao Direito, especialmente aos direitos fundamentais. Quanto a esses, se para Juarez FREITAS eles estão na Constituição Federal, segundo ALEXY, eles podem ser encontrados nas cartas e tratados internacionais de direitos humanos. Nesta dissertação, entende-se que tais direitos, reconhecidos internacionalmente, foram internalizados na Constituição Brasileira de 1988.

Nesse esteio há que se reconhecer que não há vinculação ou discricionariedade pura em se tratando de atos administrativos. Logo, “devidamente motivados, os atos administrativos podem ser vinculados ou de discricionariedade vinculada ao sistema, ambos adstritos à obediência ponderada”²⁸⁹. O controle dos atos administrativos deve ser realizado cobrando-lhe congruência na motivação de fato e Direito nos termos da Constituição, fazendo prevalecer decisões que prezam pela justiça, em detrimento de decisões extremamente injustas.

Ademais, vai-se além do sugerido por FREITAS, ao se defender que não só o Judiciário, controlador do ato administrativo, mas também o próprio agente administrativo deverá controlar o mérito e a antijuridicidade do ato, além dos aspectos adstritos à legalidade. Esse controle passa a admitir a “discrção somente para que o agente providencie, com eficácia e eficiência, a realização das vinculantes finalidades constitucionais”²⁹⁰ e, conseqüentemente, os direitos humanos.

Para tanto, exigir-se-á que o direito administrativo torne-se o direito da “motivação madura (emocional e racionalmente)”²⁹¹. Por conta disso, é preciso minorar a discricionariedade desmesurada, a qual deve ser substituída pela noção de discricionariedade vinculada e justificável racionalmente, uma vez que se encontra atrelada aos princípios constitucionais e à vedação de decisões extremamente injustas.

Em síntese, com relação ao direito fundamental à boa administração pública importa:

²⁸⁹ *Ibidem*. p. 126.

²⁹⁰ *Ibidem*. p. 126.

²⁹¹ *Ibidem*. p. 126.

(...) vivenciar, com o máximo empenho a alma inteira, *a era da motivação das escolhas administrativas*, sem automatismos e sem cair nas seduções liberticidas da discricionariedade pura. Somente desse jeito a escolha administrativa resultará, eficiente e eficazmente, *vinculada ao direito fundamental à boa administração pública*²⁹².

Portanto, a partir da concepção de FREITAS, sustenta-se que o direito fundamental à boa administração pública implica em transparência, imparcialidade, com vedação às condutas éticas não-universalizáveis, e obediência à juridicidade, aplicando-se a regra da legalidade, excepcionando a lei extremamente injusta, a qual terá sua invalidade reconhecida já na esfera administrativa. A inserção desse direito revela-se imprescindível para a construção de uma administração pública mais adequada aos anseios sociais.

Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “O ideal de justiça não constitui anseio exclusivo da atividade jurisdicional. Deve ser perseguido também pela Administração”.(STJ, 3ª Seção, RMS nº 13.523/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ. 4.6.09). Em outro julgamento, o referido Tribunal consignou:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DESOBEDIÊNCIA AOS DITAMES LEGAIS. CONTRATO DE QUANTIA VULTOSA. DESIGNAÇÃO DA MODALIDADE “TOMADA DE PREÇOS” NO LUGAR DE “CONCORRÊNCIA PÚBLICA”. INSERÇÃO NO EDITAL DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME E ESTABELECIMENTO DE CLÁUSULAS QUE PERMITIRAM PREFERÊNCIAS E DISTINÇÕES INJUSTIFICADAS. DESVIRTUAMENTO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO CONFIGURADA. NULIDADE. PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU.

1. O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos sendo eficiente para com a própria administração, e não o de beneficiar-se. O cumprimento do princípio da moralidade, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada administrado. **Não satisfaz às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a administração da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária.**

2. A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa a nível constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir

²⁹² *Ibidem.* p. 128.

uma providência mais eficaz contra a prática de atos administrativos violadores desse princípio.

3. A ação popular protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. O móvel, pois, da ação popular não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa. Nesse duplo fim vemos a virtude desse singular meio jurisdicional, de evidente valor educativo (Rafael Bielsa, “A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração”, RDA 38/40).

4. As alegativas de afronta ao teor do parágrafo único do art. 49 do DL 2.300/86 e do parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93 não merecem vingar. A nulidade da licitação ou do contrato só não poderia ser oposta aos recorrentes se agissem impulsionados pela boa-fé. No caso, vislumbra-se que houve concorrência dos mesmos, pelas condutas descritas, para a concretização do ato de forma viciada, ou seja, com o seu conhecimento. Há de ser prontamente rechaçada a invocação de que a Administração se beneficiou dos serviços prestados, porquanto tornou públicos os atos oficiais do Município no período da contratação, de modo a não se permitir a perpetração do enriquecimento ilícito. A indenização pelos serviços realizados pressupõe tenha o contratante agido de boa-fé, o que não ocorreu na hipótese. Os recorrentes não são terceiros de boa-fé, pois participaram do ato, beneficiando-se de sua irregularidade. O que deve ser preservado é o interesse de terceiros que de qualquer modo se vincularam ou contrataram com a Administração em razão do serviço prestado.

5. O dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé.

6. Recursos especiais improvidos²⁹³.

Em sentido análogo, Luiz Guilherme MARINONI²⁹⁴ afirma:

É correto dizer, assim, que a mais básica forma de tutela dos direitos é constituída pela própria norma de direito material. A atividade administrativa – nessa mesma linha – também pode contribuir para a prestação de tutela aos direitos. A tutela jurisdicional, portanto, deve ser compreendida somente como uma modalidade de tutela aos direitos. Ou melhor, *a tutela jurisdicional e as tutelas prestadas pela norma de direito material e pela Administração constituem espécies do gênero tutela dos direitos.*

Essas passagens reforçam que a administração, na tutela administrativa dos direitos, deve atuar em consideração aos elementos extrajurídicos do Direito, ou seja, à racionalidade material.

Ademais, como se viu, para o exercício desse direito é preciso que o servidor público especializado tenha maior autonomia, o que será discutido no próximo tópico.

²⁹³ REsp 579.541/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 17/02/2004, DJ 19/04/2004, p. 165. (sem grifos no original)

²⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 112.

5.2.2 A autonomia do servidor público especializado

WEBER já consignava que o tipo ideal da burocracia supunha um treinamento especializado e completo do agente administrativo. Além disso, a atividade oficial exige, segundo ele, a plena capacidade de trabalho do funcionário, sendo o tempo e a permanência na repartição delimitados. Ademais, os princípios da hierarquia dos postos e níveis de autoridade significam um sistema firmemente ordenado de mando e subordinação, no qual há supervisão dos postos inferiores pelos superiores.

Isso porque, segundo WEBER, a demanda de garantias legais contra abusos de poder e reivindicação de igualdade perante a lei exigem objetividade formal e racional da administração, o que seria possível apenas por meio da regularidade abstrata do exercício da autoridade.

Ocorre, no entanto, que a impessoalidade tão almejada por WEBER é algo que poderia ser considerada um tipo ideal, pois não existe de forma pura. Como defende Luís Roberto BARROSO, a neutralidade e a objetividade são dois conceitos que integram o imaginário do conhecimento científico, pois, “ao menos no domínio das Ciências Humanas, e especialmente no campo do Direito, a realização plena de qualquer um deles é impossível”²⁹⁵.

Muito embora se sustente que todas essas descrições weberianas devem sim continuar a fazer parte da Administração Pública, diverge-se de tal modelo ao se afirmar que se deve conceder mais autonomia ao administrador público, em detrimento da segurança jurídica, para que este possa deixar de aplicar a lei extremamente injusta.

Isso vai de encontro, em parte, à concepção de que o funcionário burocrático deve agir dentro da estrita legalidade. Isso porque WEBER acredita que esse tipo de atuação presta-se justamente a funcionar como garantia para o cidadão contra abuso de poder e reivindicação de igualdade perante a administração pública. No entanto, como já sustentado, é possível que a lei venha a se revelar extremamente injusta. Nesse caso, há que se conceder uma parcela de liberdade ao

²⁹⁵BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos... *Op. Cit.* p. 28.

administrador público para declarar a invalidade de tal lei no caso concreto, revelando-se uma forma de concretizar as garantias fundamentais do cidadão.

Nesse sentido, questiona BRESSER PEREIRA:

A administração burocrática é racional, nos termos da racionalidade instrumental, na medida em que define rigidamente os objetivos e meios para atingi-los na lei. Ora, em um mundo em plena transformação tecnológica e social, é impossível para o administrador ser racional sem poder adotar decisões, sem usar de seu julgamento discricionário, seguindo cegamente os procedimentos previstos em lei²⁹⁶.

Neste momento histórico, o direito administrativo precisa afirmar-se, então, “menos como aquele ramo que disciplina a Administração executora, mais como o Direito do Estado Democrático e Regulador, em decisivo e inadiável movimento renovador das instituições”²⁹⁷, e para tanto, faz-se indispensável a “valorização das Carreiras de Estado, robustecidas e consolidadas em regime institucional que proporcione estímulos, garantias, eficiência e eficácia”²⁹⁸.

WEBER já afirmava que o burocrata deve aplicar as regras, as quais podem ser regras técnicas ou normas. Só que na aplicação destas, para atingir racionalidade plena, é preciso que o servidor público tenha uma qualificação profissional.

Normalmente, portanto, só estão qualificados à participação no quadro administrativo de uma associação os que podem comprovar especialização profissional, e só estes podem ser aceitos como *funcionários*. Os “funcionários” constituem tipicamente o quadro administrativo de associações racionais, sejam estas políticas, hierocráticas, econômicas (especialmente, capitalistas) ou outras.²⁹⁹ (grifos no original)

Portanto, uma vez estabelecida a necessidade de qualificação profissional do servidor público, é possível e conveniente promover a valorização das Carreiras de Estado “no intuito de assumirem [os servidores públicos] a condição de fiscalizadores das políticas públicas que transcendem o curto período dos mandatos governamentais”³⁰⁰. Há que se revalorizar o “papel do probo, eficiente e eficaz

²⁹⁶ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma do Estado dos anos 90**: Lógica e Mecanismo de Controle. Brasília: Cadernos MARE de Reforma do Estado, 1997. p. 41

²⁹⁷ FREITAS, Juarez. **Carreira de Estado e administração tributária**. FEBRAFITE: Brasília, 2007. p. 11.

²⁹⁸ *Ibidem*. p. 12.

²⁹⁹ WEBER, Max. **Economia e Sociedade...** *Op. Cit.* vol. 1. p. 143.

³⁰⁰ FREITAS, Juarez. **Carreira de Estado...** *Op. Cit.* p. 13.

agente público, notadamente das carreiras de Estado³⁰¹". Isso significa valorizar aquele que "a despeito de incompreensões tremendas, executa, de maneira séria, os deveres administrativos e, concomitantemente, assimilam o controle como guardião benigno das escolhas legítimas"³⁰².

Ressalte-se que "legítima será (...) a liberdade exercida em conformidade com as regras e, acima delas, com os exigentes princípios da Constituição"³⁰³.

Para tanto, FREITAS, assim como WEBER, afirma que a defesa do vínculo institucional qualificado "é uma condição necessária para Carreiras dotadas de independência para realizar o exercício e controle fundamentado dos poderes administrativos"³⁰⁴.

Ademais, esse posicionamento está em consonância com o modelo da administração pública gerencial. BRESSER PEREIRA explica que, a fim de possibilitar o controle de resultados de maneira descentralizada, é preciso políticos e funcionários públicos que mereçam um certo grau de confiança. Ele ressalva que essa confiança deve ser limitada permanentemente e por resultados, mas que isso não deve impedir a liberdade do gestor público de escolher os meios apropriados para cumprir a atribuição que lhe foi prefixada³⁰⁵.

Tal autonomia e liberdade, porém, não deve ser irrestrita. O afastamento da regra será possível somente se no caso concreto revelar-se que sua aplicação gerará uma extrema injustiça. Nesse caso, o controle dessa atuação será realizado por meio da argumentação contida na motivação do ato administrativo, a qual, como se verá em seguida, é obrigatória. Isso só pode ser confiado ao servidor se ele for efetivamente qualificado. Nesse caso, é possível dar a ele mais liberdade de um lado, com maior controle de outro, em razão da argumentação. Essa liberdade será melhor compreendida nos tópicos sobre vinculação e discricionariedade e afastamento da aplicação da lei extremamente injusta.

Esse entendimento coaduna-se com a concepção de justiça como correção apresentada por Robert ALEXY. Nesse esteio, de acordo com o que foi exposto, justo é o que pode ser racionalmente justificado.

³⁰¹ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade...** *Op. Cit.* p. 13.

³⁰² *Ibidem.* p. 13.

³⁰³ *Ibidem.* p. 13.

³⁰⁴ FREITAS, Juarez. **Carreira de Estado...** *Op. Cit.* p. 13.

³⁰⁵ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Gestão do setor público...* *Op. Cit.* p. 30.

5.2.3 Vinculação e discricionariedade: uma questão de intensidade à juridicidade

A fim de concretizar o direito fundamental à boa administração pública, tal qual exposto anteriormente, há que se afastar a clássica concepção de ato administrativo vinculado e discricionário.

Tradicionalmente, entende-se que há uma separação entre atos vinculados e atos discricionários, como explana Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO:

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos “discricionários”, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora de expedição deles*.

A diferença nuclear entre ambos residiria em que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos, a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar.³⁰⁶

No mesmo sentido, Odete MEDAUAR esclarece que a ideia original de discricionariedade como espaço de total liberdade para a Administração Pública foi se atenuando a partir do início do século passado:

A ideia originária de discricionariedade como espaço totalmente livre conferido à Administração, vai se atenuando a partir das primeiras décadas deste século [século XX]. Fixa-se primeiro a exigência de observância de competência; depois, de regras de forma. Posteriormente se elaborou a exigência de nexos entre o ato administrativo e seus antecedentes ou circunstâncias de fato, situando-se no motivo um vínculo a mais no exercício do poder discricionário. Como consequência adveio a possibilidade de controle jurisdicional dos antecedentes de fato e das justificativas jurídicas que levaram à tomada da decisão em determinado sentido, ou seja, o controle do motivo.³⁰⁷

Como já registrado, ao expedir um ato administrativo, o julgador deve apresentar os argumentos que o levaram à conclusão de sua ponderação os quais

³⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito...* Op. Cit. p. 431.

³⁰⁷ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 177.

tem, quanto ao seu conteúdo, o caráter formal. Isso porque a pretensão à correção jurídica, vinculada à decisão, inclui uma pretensão à correção moral que, por sua vez, implica em uma pretensão à fundamentalidade, uma vez que a decisão correta precisa se basear numa moral fundamentável e correta³⁰⁸.

Deve, dessarte, ser refutada a tese da discricionariedade livre, assim como da vinculação cega. Sempre há uma margem de escolha, até mesmo ao se decidir que tal ato é vinculado.

A discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se configurar em um resíduo de legitimidade, o qual deve ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela lei e pela Constituição, a fim de otimizar a decisão administrativa.

As transformações recentes sofridas pelo direito administrativo tornam imperiosa uma revisão da noção de discricionariedade administrativa. Com efeito, pretende-se caracterizar a discricionariedade, como um espaço *carecedor de legitimação*. Isto é, um campo não de escolhas puramente subjetivas, mas de *fundamentação* dos atos e políticas públicas adotadas, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei³⁰⁹.

Conseqüentemente, o que se está a propor é que a vinculação e a discricionariedade dos atos administrativos diferenciam-se em razão da intensidade de aproximação da regra, ou ainda, nos termos de Gustavo BINENBOJM, “abandona-se a tradicional dicotomia entre ato vinculado e discricionário, passando-se a um sistema de graus de vinculação à juridicidade”³¹⁰. Explica-se: os atos discricionários não são englobados de forma tão completa quanto os atos vinculados, ainda que em ambos os casos haja uma esfera de liberdade de escolha. A atuação discricionária, contudo, confere ao administrador público maior margem de liberdade do que a vinculada. Ou seja, a intensidade de atrelamento à norma de modo inversamente proporcional à gama de liberdade conferida ao administrador público é que diferem atos administrativos de vinculados.

A emergência da noção de *juridicidade administrativa*, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos

³⁰⁸ ALEXY, Robert. **Conceito...** *Op. Cit.* p. 92-97.

³⁰⁹ BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização...* *Op. Cit.* p. 518.

³¹⁰ *Ibidem.* p. 508.

discricionários, mas, isto sim, em *diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade*.³¹¹

Toda discricionariedade, para ser exercida de forma legítima, deve estar vinculada aos princípios constitucionais e à justiça, senão o ato administrativo revela-se arbitrário. Discricionariedade não significa liberdade para erro teratológico ou vantagens indevidas e voluntarismos de matizes irracionais. Por outro lado, também não há como sustentar a discricionariedade nula, já que é implausível a tese de que existe “a” única solução correta, pois “irrenunciável, desse modo, sem unilateralismo excludente, a busca da melhor solução historicamente condicionada, desfeita a quimera do dedutivismo formal. Somos o que interpretamos. Absurda qualquer vinculação escrava”³¹². Há, contudo, o dever de escolher bem. Para tanto, a discricionariedade administrativa precisa estar motivadamente vinculada à juridicidade.

A liberdade será legítima se exercida em conformidade com as regras e, acima de tudo, com o Direito, vedando-se decisões extremamente injustas. A discricionariedade tem como escopo consagrar e concretizar o direito fundamental à boa administração pública. Como se vê, a discricionariedade só será legítima se contar com motivação obrigatória, na qual reste clara a vinculação aos princípios e à justiça, uma vez que se entende que a legalidade pode ser afastada em certos casos.

Pode-se, então, conceituar a discricionariedade administrativa legítima como:

a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental da boa administração pública.³¹³

Desse modo, a partir da tese de BINENBOJM citada acima, quanto à vinculação às regras, é implausível que esta prepondere, na medida em que se deve sempre considerar a clivagem hierárquica e funcional entre princípios constitucionais e regras legais. O agir administrativo deve ser pensado em termos de Constituição e

³¹¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria...** *Op. Cit.* p. 39

³¹² FREITAS, Juarez. **Discricionariedade...** *Op. Cit.* p. 08-09.

³¹³ *Ibidem.* p. 22.

de justiça, admitindo a juridicidade em detrimento da legalidade. Afasta-se a crença equivocada de que em circunstâncias normativamente estabelecidas o agente público “operaria como um singelo vassalo da lei, preso à vinculação ‘robotizada’, cuja suposta inevitabilidade o liberaria de qualquer responsabilidade”³¹⁴, pois é certo que diante da complexidade apresentada pela realidade, não há como conceber um sistema administrativo que se autorregule por inteiro.

Os atos administrativos vinculados e discricionários diferenciam-se muito mais pela intensidade de vinculação à determinação normativa prévia do que ao grau de liberdade ou necessidade de motivação, como bem explica Juarez FREITAS:

A distinção sutil entre atos vinculados e discricionários cinge-se à intensidade de vinculação à determinação normativa prévia, não tanto ao grau de liberdade na apreciação muito menos às exigências de justificação. No caso dos atos discricionários, o bom administrador público emite juízos decisórios de valor (no campo da escolha de consequências e na determinação dos conceitos normativos, presentes na hipótese de incidência), no encalço presumível de conferir a máxima concretização à coexistência exitosa dos valores projetados pelo sistema. Já na prática dos atos vinculados (impossível a vinculação inteira e maciça) o bom administrador emite o mínimo de juízo necessário à determinação do conteúdo do comando legal e à subordinação principiológica completa, para além do princípio da legalidade. Ou seja, não foge, impunemente, para o mundo pseudo-seguro das regras³¹⁵. (grifos no original)

A liberdade do administrador é desnudada, podendo ser vista também nos atos vinculados, de acordo com o sistema constitucional. O automatismo do Direito acaba cedendo espaço para a liberdade responsável e o cumprimento dos deveres.

Quanto à intensidade da subordinação à legalidade estrita, sem demasiada rigidez, os atos administrativos podem ser classificados como:

- a) Atos administrativos vinculados propriamente ditos;
- b) Atos administrativos discricionários.

Os atos administrativos discricionários são aqueles em que o agente público deve - não sendo somente uma faculdade - praticar juízos de conveniência ou de oportunidade na busca da melhor alternativa - e não “a única” - sem que aja de maneira indiferente à escolha das consequências no plano concreto. Há que se reconhecer nesses atos a pré-compreensão nas aplicações jurídicas e aceitar a historicidade, o que se revela incompatível com a ideia de solução atemporalmente

³¹⁴ *Ibidem*. p. 11.

³¹⁵ *Ibidem*. p. 34.

única. Por conseguinte, não está o administrador público obrigado a alcançar a única alternativa correta, mas sim, a apresentar motivação coerente para sua escolha, na medida em que se defende a existência de uma melhor escolha, historicamente condicionada e aberta a revisões.

A ponderação de eventuais princípios, nesse caso, deve ser realizada da seguinte forma:

De modo análogo às cortes constitucionais, a Administração Pública deve buscar utilizar-se da ponderação, guiada pelo princípio da proporcionalidade, para superar as regras estáticas de preferência, atuando circunstancial e estrategicamente com vistas à formulação de *standards* de decisão. Tais *standards* permitem a flexibilização das decisões administrativas de acordo com as peculiaridades do caso concreto, mas evitam o mal reverso, que é a acentuada incerteza jurídica provocada por juízos de ponderação produzidos sempre caso a caso³¹⁶. (grifos no original)

Já os vinculados são aqueles de mais intenso condicionamento aos requisitos previamente estabelecidos pelo ordenamento, com escassa e residual liberdade de determinação do conteúdo das disposições normativas. Consequentemente, o administrador público, nesses atos, guarda discricção, pois não age apenas com base na estrita e excludente observância da regra geral. Por isso, o ato vinculado também reclama motivação:

Cumprir operar, pois, em sintonia com as transformações paradigmáticas do Direito Administrativo contemporâneo. Na vida real, o jovem Direito Administrativo precisa passar a ser o Direito da motivação madura, deixar de ser monológico para se tornar dialógico e aberto, menos unilateral e impositivo³¹⁷.

É certo que o ofício administrativo não se reduz à mera aplicação mecanicista da lei. “Em verdade, mesmo a atividade de interpretação da lei, como já dizia Kelsen, comporta sempre uma margem autônoma de criação”³¹⁸, podendo-se dizer que até mesmo os regulamentos de execução expressam conteúdo volitivo da Administração Pública.

Almiro do COUTO E SILVA esclarece que:

No Estado contemporâneo, extremamente complexo, seria impensável que a lei determinasse, até os últimos pormenores, qual deveria ser o

³¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização... *Op. Cit.* p. 511.

³¹⁷ FREITAS, Juarez. **Carreira de Estado...** *Op. Cit.* p. 12-13.

³¹⁸ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização... *Op. Cit.* p. 513.

comportamento e a atuação dos diferentes agentes administrativos. A noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador.³¹⁹

Nessa linha, os requisitos de legitimidade dos atos administrativos, mais que de vigência e validade, sob pena de degradação dos princípios são: a) prática por sujeito investido de competência; b) consecução eficiente e eficaz dos melhores resultados ou finalidades, nos termos da Constituição; c) observância da forma, sem sucumbir a formalismos injustificáveis; d) a devida e suficiente motivação na eleição de premissas do silogismo dialético decisório, com a indicação clara dos motivos (fatos e fundamentos jurídicos); e) o objeto determinável, possível e lícito em sentido amplo.

Além desses requisitos, apresentados por Juarez FREITAS³²⁰, há que se incluir a exigência de que o ato administrativo não seja extremamente injusto. Desse modo, para ter vigência e validade, é preciso que esteja em consonância com o plexo de princípios constitucionais e com a justiça. Apenas de tal maneira é que se pode concretizar o direito fundamental à boa administração pública.

5.2.4 A motivação obrigatória nos atos administrativos: a pretensão à correção

Como visto, a tese da correção pressupõe que a conexão necessária entre Direito e a moral correta é aquela segundo a qual a pretensão à correção implica uma pretensão à fundamentalidade. A justiça assim é vista como correção, ou seja, como uma possibilidade de fundamentação e justificação de uma decisão, por meio de motivos racionalmente encontrados. Isso implica dizer que uma norma é correta somente se for o resultado de um procedimento próprio de um discurso prático racional.

Desse modo, promove-se uma abertura do Direito à racionalidade material, com a vinculação do ato administrativo não só à lei, mas também a valores extrajurídicos, como a justiça, aqui entendida como “correção”.

³¹⁹ COUTO E SILVA. Almiro do. Poder Discricionário no direito administrativo brasileiro. *In Revista de Direito Administrativo* 179/180:53.

³²⁰ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade...* Op. Cit. p. 26.

Nesse sentido, como já mencionado, afirma ALEXY: “*La tesis según la cual la justicia es corrección, por tanto, conduce diretamente a la idea de la justicia como posibilidad de fundamentación, o justificación, mediante razones*”³²¹.

Essa concepção também está relacionada à ideia de legitimação do Direito pela justiça, por meio da ação racional visando fins com relação a valores. Ou seja, busca-se a justiça, mas não se pode esquecer da segurança.

Sustenta-se aqui que, uma vez que há escolha e subjetividade não apenas nos atos discricionários, mas também nos atos vinculados, todos os atos administrativos que gerem efeitos na esfera jurídica do cidadão têm que ser motivados. A motivação, além de revelar a pretensão à correção e a vinculação do ato à juridicidade, também permite segurança e controle do ato administrativo. Tanto é assim que Juarez FREITAS assevera que “o dever de motivação, levado a sério, pode revolucionar práticas e o controle no Direito Administrativo Brasileiro”³²².

Desde logo, no entanto, há que se deixar claro que motivo não se confunde com motivação. Esta integra a formalização do ato administrativo, já o motivo é um elemento do ato, o fato que aconteceu e ensejou a atuação do Administrador Público. A motivação:

É a *exposição* dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra do direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a *enunciação da relação de pertinência lógica* entre os fatos ocorridos e o ato praticado. Não basta, pois, em uma imensa variedade de hipóteses, apenas aludir ao dispositivo legal que o agente tomou como base para editar o ato. Na motivação transparece aquilo que o agente apresenta como “causa” do ato administrativo, noção que será melhor esclarecida a breve trecho.³²³

Há que se ressaltar, ainda, que a motivação, entendida como regra sob a ótica de ALEXY, conforme já exposto, tradicionalmente é concebida como princípio pelos administrativistas brasileiros, uma vez que utilizam outra classificação.

A motivação na administração pública brasileira está insculpida no inciso X do art. 93 da Constituição Federal:

³²¹ A tese segundo a qual a justiça é correção, portanto, conduz diretamente à ideia da justiça como possibilidade de fundamentação ou justificação mediante motivação. (Tradução livre) ALEXY, Robert. **Justicia...** *Op. Cit.* p. 103-113.

³²² FREITAS, Juarez. **O controle...** *Op. Cit.* p. 260.

³²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito...** *Op. Cit.* p. 400.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros³²⁴;

Juarez FREITAS explica que não se deve iludir com a aparente taxatividade do texto, especialmente em razão do princípio da segurança, que implica na motivação na maior parte dos casos. Há que se fazer, portanto, uma leitura sistemática que permite ir além ao que está estritamente consignado.

Ademais, esse artigo deve ser lido em consonância ao artigo 50 da Lei de Processo Administrativo (Lei Federal nº 9784/99), o qual “agasalhou diretrizes axiológicas superiores, estampando, entre outros, o critério da observância de formalidades essenciais à garantia do direito dos ‘administrados’, no intuito de sobrepassar formalismos desconexos”³²⁵. Assim, é possível concluir que o artigo 93 da Constituição da República “veio concretizar, isto é, tornar efetivo o cumprimento do dever constitucional de motivação, introduzindo estratégias que desnudem, ao máximo, o fundamento do agir administrativo”³²⁶.

Além disso, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO explica que o fundamento constitucional da obrigação de motivar está implícito nos artigos 1º, inciso II, (a cidadania é fundamento da República Federativa do Brasil) e parágrafo único (Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição), e no inciso XXXV do artigo 5º (direito fundamental à apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito).

É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas à lei³²⁷.

No entanto, para BANDEIRA DE MELLO, ainda que a motivação implique para “a administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato”, o administrador público deveria expor a correlação

³²⁴ BRASIL. Constituição da República, 1988.

³²⁵ FREITAS, Juarez. **O controle....** Op. Cit. p. 260.

³²⁶ *Ibidem*.

³²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito...** Op. Cit. p. 113.

lógica entre as situações ocorridas e a providência tomada somente “nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo”³²⁸. Ou seja, somente atos discricionários é que deveriam ser motivados.

Odete MEDAUAR coaduna desse entendimento ao afirmar que:

(...) na prática, a inexistência dos fatos, o enquadramento errado dos fatos aos preceitos legais, a inexistência da hipótese legal embasadora, por exemplo, afetam a validade do ato, ainda que não haja obrigatoriedade de motivar.³²⁹ (grifo nosso)

Esse posicionamento, entretanto, não merece prevalecer. Dada a importância da motivação e tendo em vista a tese de que não existe separação estanque entre vinculação e discricionariedade, concorda-se com FREITAS no sentido de que “a boa fundamentação há de embasar todos os atos administrativos pela singeleza de seus pressupostos e aqueles que contam com expressa dispensa constitucional”³³⁰, este último caso pode ser exemplificado como o ato de nomeação do cargo.

Apenas com a motivação é possível se chegar a um modelo de administração pública democrática e essa é a única forma que torna possível o controle social da legitimidade do ato administrativo. Somente por meio dessa regra é crível assegurar a efetividade dos outros princípios e regras do direito administrativo, tais como legalidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade. Mesmo porque, se a motivação prévia fosse desnecessária, quando do controle judicial do ato, a administração pública poderia criá-las *ad hoc*, dificilmente restando possível saber se aqueles motivos realmente existiram, ou se foram considerados à época do ato.

É justamente com a argumentação que se reforça a tese do reconhecimento de intensidades de vinculação à juridicidade, permitindo maior controle, bem como satisfação de direitos fundamentais. Aliás, ALEXY, ao tratar da argumentação, busca esclarecer como aferir a racionalidade da fundamentação, que deve ter por objeto os direitos fundamentais, como bem explica Cláudia TOLEDO:

³²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito...** Op. Cit. p. 112.

³²⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo...** Op. Cit. p. 138-139.

³³⁰ FREITAS, Juarez. **O controle...** Op. Cit. p. 261.

Com o desenvolvimento das bases teóricas da argumentação jusfundamental, Alexy tenta responder à questão de como é possível a *segurança* da fundamentação jusfundamental, isto é, como aferir e controlar a *racionalidade* de uma argumentação cujo conteúdo sejam os *direitos fundamentais*.³³¹

A motivação, por conseguinte, deve ser entendida como dever do administrador público, desde o advento da Constituição, o qual exige razoabilidade, assim como outras exigências do devido processo legal³³².

Para tanto, é necessário que o funcionário público seja especializado e tenha conhecimento suficiente para realizar tais escolhas e motivá-las adequadamente. Isso porque, a partir do momento que é necessário inserir fatos, escolhas, argumentação, abre-se caminho para uma racionalidade perpassada por valores, inclusive com a possibilidade de declarar a invalidade da lei extremamente injusta. Mesmo porque, como já dito, sempre haverá uma possibilidade de escolha do administrador público.

Tais possibilidades interpretativas podem decorrer, por exemplo, (i) da discricionariedade atribuída pela norma ao intérprete, (ii) da pluralidade de significados das palavras ou (iii) da existência de normas contrapostas, exigindo a ponderação de interesses à vista do caso concreto. Daí a constatação inafastável de que a aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento – revelação do sentido de uma norma preexistente, mas também um ato de vontade – escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam³³³.

A motivação, conseqüentemente, está diretamente relacionada à ideia de justiça como correção, uma vez que só é justo aquilo que pode ser devidamente justificado em uma determinada sociedade, em consideração às suas culturas e tradições.

Note-se que essa justificação deve indicar os fundamentos de fato do ato administrativo, assim como apontar o embasamento legal. Como já explicado, a lei deve prevalecer, com exceção daquela extremamente injusta.

³³¹ TOLEDO, Cláudia. A argumentação jusfundamental em Robert Alexy. In MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (org.) **Direito e Legitimidade**: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, por ocasião do seu Decanato como Professor Titular de Teoria Geral e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG. São Paulo: Landy Editora, 2003. p. 233.

³³² No tocante há motivação, cabe mencionar a existência da teoria dos motivos determinantes, que surge a partir da ideia de motivo como elemento do ato administrativo, ao lado da exigência de que o ato seja emanado por agente competente, tenha objeto lícito, moral e possível, forma prescrita ou não vedada em lei, e fim, traduzido como interesse público. Segundo tal teoria, "os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente".

³³³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos... *Op. Cit.* p. 28.

Nesse sentido, a motivação necessariamente deve apresentar os fundamentos de juridicidade de sua escolha:

Cá e lá, a vontade do sistema constitucional (mais que da lei) requer motivação consistente, coerente e proporcional, dado que a discricção conferida é uma competência, mais que faculdade. Uma vez ausentes os bons motivos para exercitá-la ou deixar de exercitá-la, o agente público resta vinculado aos motivos opostos.

De sorte que não se aceita a figura da decisão administrativa completamente insindicável, uma vez que a motivação há de indicar, de modo suficiente, os fundamentos da juridicidade da escolha realizada. Nesse panorama, o *controlador, não esquecendo de ver “a trave no próprio olho”, precisa fazer as vezes de administrador negativo.*³³⁴ (grifos no original)

Quanto à consequência da ausência de motivação, discorda-se de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO que defende que os atos administrativos sem suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário, havendo, portanto, vício de legitimidade e validade:

Assim, atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário toda vez que sua fundamentação tardia, apresentada apenas depois de impugnados em juízo, não possa oferecer segurança e certeza de que os motivos aduzidos efetivamente existiam ou foram aqueles que embasaram a providência contestada.³³⁵

Filia-se, mais uma vez, a Juarez FREITAS que sustenta que a ausência de motivação implica não na invalidade, mas na nulidade do ato. Assim, há o dever da administração pública em decretar essa nulidade, com a ressalva de que este ato de anulação, por si, também deve ser motivado.

Nessa senda exegética, o dever de motivação resulta devidamente orientado, pois a não-fundamentação, apesar da presunção (cada vez mais) relativa de legitimidade dos atos administrativos, traduz-se como suficiente motivo, na maior parte das vezes para o impositivo dever de decretar a nulidade e, em muitas situações, não se deveria hesitar em reconhecer que se trata de causa decisiva para a decretação de nulidade absoluta. Claro que uma decretação de nulidade despida de motivação seria, ela mesma rigorosamente nula³³⁶.

³³⁴ FREITAS, Juarez. **Discricionariade...** *Op. Cit.* p. 22.

³³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito...** *Op. Cit.* p. 113.

³³⁶ FREITAS, Juarez. **O controle...** *Op. Cit.* p. 261.

Essas considerações são implicações de uma leitura do ato administrativo sob o prisma de que o Direito Público, antes de tudo, não pode ser autoritário, devendo ser promotor da concretização da justiça e dos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Nesta dissertação pretendeu-se tratar da recepção da racionalidade material – concretizada no valor justiça e na pretensão à correção – pela administração pública brasileira.

Inicialmente, esclareceu-se que a burocracia é um tipo ideal, e é a forma de dominação típica da ação racional. A burocracia weberiana foi situada numa concepção positivista de Direito, a qual sofreu severas críticas a partir do final da Segunda Guerra Mundial, quando se verificou a possibilidade de o positivismo produzir uma “injustiça legal”, dado que não se preocupava com o conteúdo das regras, afirmando que o Direito estava dissociado da moral. Vêm à tona, então, concepções não positivistas, as quais admitem a inserção de elementos extrajurídicos no Direito, o que ocorre, em regra, por meio de princípios, que se prestam a fazer essa abertura do sistema, que anteriormente era formalmente fechado.

Passou-se à análise da relação entre administração pública e princípios, entendidos como uma abertura do sistema de Direito racional-formal à racionalidade material. Para tanto, foram abordados os temas referentes à teoria dos princípios e das regras, a função principiológica para ALEXY, com a apresentação dos princípios da administração pública no Brasil, seguida por sua releitura, tendo por base o critério classificatório do mencionado jurista. Nessa classificação compreendeu-se que alguns deles, na verdade, são regras. Além disso, a inserção do princípio da eficiência por meio da Emenda Constitucional 20/1998 foi um dos elementos chaves para a implantação da administração pública gerencial no Brasil, na qual, como restou demonstrado, subsistem elementos do modelo burocrático, o qual serve de base para o presente estudo.

A legalidade, então, exemplo típico da racionalidade formal, foi analisada sob a ótica de WEBER e, em seguida, de ALEXY, para, após, ser feito um panorama da sua situação no Brasil. Neste panorama, denota-se que, muito embora na classificação de ALEXY a legalidade possa ser entendida como regra, para a doutrina brasileira, ela é vista tanto como princípio como quanto regra. Apresentou-se na sequência o entendimento da legalidade como juridicidade, dado que a ela não deve mais corresponder a subsunção automática entre o fato e o texto da lei,

mas sim a todo o sistema jurídico, incluindo princípios e a justiça, na medida em que esse valor é institucionalizado pelo Direito.

Essa institucionalização foi defendida neste trabalho, fazendo-se uso da teoria de Talcott PARSONS. Partindo dessa tese e, considerando os ensinamentos de ALEXY, a lei extremamente injusta carece de validade. Ressalte-se que a extrema injustiça restou configurada existente quando há uma supressão dos direitos fundamentais. Nesse esteio, adotou-se o conceito de justiça de ALEXY, segundo o qual a justiça é correção, ou seja, pode ser justificada por meio da argumentação em uma determinada sociedade, considerando-se sua cultura, tradição e valores.

Ao final, de posse dos instrumentais supramencionados, abordou-se a recepção do valor justiça e da pretensão de correção pela administração pública brasileira. Para tanto, apresentaram-se três pressupostos: os valores permeiam a dominação legal-racional, a relação entre as racionalidades weberianas e a função principiológica e, ainda, a aplicação da fórmula de Radbruch na administração pública. Com base nesses pressupostos, apresentaram-se princípios e regras a serem introduzidos nessa administração, concretizando o acolhimento da racionalidade material. Assim, verificou-se a necessidade de internalização do direito fundamental à boa administração pública, tese defendida por Juarez FREITAS, da exigência de concessão de maior autonomia ao servidor público especializado, especialmente para afastar a aplicação da lei extremamente injusta no caso concreto, bem como o entendimento de que a vinculação e a discricionariedade do ato administrativo correspondem a graus de intensidade à juridicidade, o que implica na motivação obrigatória nos atos administrativos que geram efeitos na esfera jurídica do administrado, observando-se a pretensão à correção.

REFERÊNCIAS

- ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. *In* BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.
- ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2009..
- _____. **Justicia como corrección**. trad. Ana Inês Haquín. Título original *Gerechtigkeit als Richtigkeit*, publicado em *Ragion pratica*, 1997/9..
- _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. Una defensa de la fórmula de Radbruch. *In*: Vigo, Rodolfo Luis (Org.). **La injusticia extrema no es derecho**. (De Radbruch a Alexy). La Ley. Buenos Aires. 2004.
- ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Trad. Sergio Bath. Rev. Aureo Pereira de Araújo. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1982.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo) *In* GRAU, Eros Roberto; DA CUNHA, Sérgio Sérvulo (coord.) **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *In* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Número 9 – março/abril/maio Salvador, 2007. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>> Acesso em 08 jan. 2012.
- BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. *In* BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**: Livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____. **Uma teoria do direito administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.
- BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma do Estado dos anos 90**: Lógica e Mecanismo de Controle. Brasília: Cadernos MARE de Reforma do Estado, 1997. p. 41

- _____. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. *In* Revista do Serviço Público, 47(1) janeiro-abril. Brasília, 1996.
- _____. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. *In* BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.
- Carta dos Direitos Fundamentais da União da União Europeia (Carta dos Direitos Fundamentais de Nice) *In* **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf> Acesso em 02 jan. 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 21. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CARVALHO, Alonso Bezerra de. **Max Weber: modernidade, ciência e educação**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2005.
- CASTRO, Ana Maria de; DIAS, Edmundo F. **Introdução ao Pensamento Sociológico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Eldorado, 1976.
- CHALUSNHAK, Ana Luiza. **A legitimidade da Administração Pública** – as propostas de Max Weber e Jürgen Habermas. Dissertação apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, no ano de 2004.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. 3.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- COELHO, Luiz Fernando. **Introdução à Crítica do Direito**. Curitiba: Livros HDV, 1983.
- COHN, Gabriel. **Crítica e Resignação. Max Weber e a teoria social**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- COSTALDELLO, Angela Cassia. **Controle judicial é um dos pilares do Estado Democrático**. Artigo publicado em 07 jul. 2007 na revista *online* Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-jul-07/control_judicial_pilares_estado_democratico> Acesso em 21 jan.2013.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Poder Discricionário no direito administrativo brasileiro. *In* **Revista de Direito Administrativo** 179/180:53.
- DA SILVA, José Afonso. **Comentários Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DA SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. *In* Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003). p. 610-611. Disponível em: <http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf> Acesso em 15 nov. 2012.
- _____, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50. Disponível em: <www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/.../1179>. Acesso em 16 jan. 2013.
- DE BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FARIA, José Eduardo. **Retórica Política e Ideologia Democrática: a legitimação do discurso jurídico liberal**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1988.
- FRANCO SILVA, Denis; SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. **Legalidade como alternativa**: o pós-positivismo como forma de concretização de um Estado democrático de direito. *In* Revista Ética e Filosofia Política, nº 13, vol. 1, jan. 2011. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2011/01/13_1_thais.pdf>. Acesso em 12 jan. 2013.
- FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta**. Petrópolis: Vozes, 1989.
- _____. **Carreira de Estado e administração tributária**. FEBRAFITE: Brasília, 2007.
- _____. **Discricionariedade Administrativa** e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Trad. Luiz Cláudio de Castro e Costa. Rev. Paulo Guimarães do Couto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- GALLIANO, Guilherme A. **Introdução à Sociologia**. São Paulo: Harper & Row do Brasil, 1981.
- GIDDENS, Anthony. **Capitalismo e Moderna Teoria Social**. 4 ed. Lisboa: Editorial Presença, 1994.
- GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. **O Regime Jurídico das Ouvidorias Públicas Brasileiras**: causalidade de sentido e adequação estruturo-funcional. Tese de Doutorado do autor na Universidade Federal de Santa Catarina, defendida em agosto de 2000.
- GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. **Law and Morality**. Harvard University, October 1 and 2, 1986. p. 219. Disponível em: <<http://tannerlectures.utah.edu/lectures/documents/habermas88.pdf>>. Acesso em 16 nov. 2012.
- HAURIOU Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public** (8e édition), Sirey, Paris, 1919, 1099p. Disponível em: <<http://www.hauriou.net/works-of-maurice-hauriou>>. Acesso em 01 fev. 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do direito. Trad. J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. trad. José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. **Direito Administrativo Moderno**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

- MERLIN DE ANDRADE, Melanie. O Caso do Nepotismo: Reflexões sobre a Atuação do Supremo Tribunal Federal. In SAVARIS, José Antonio; STRAPASSON, Carlos Luiz (org.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana**: um diálogo latino-americano. Curitiba: Alteridade, 2012.
- _____; SALDANHA, Eduardo. **Immanuel Kant, Idealismo e a Carta da ONU**. Curitiba: Juruá, 2008.
- MERQUIOR, José Guilherme. **Rousseau e Weber**: estudos sobre a teoria da legitimidade. Trad. Margarida Salomão. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A, 1990.
- MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Administração Pública Gerencial**. Rev. Direito, Rio de Janeiro, v.2, n. 4, jul./dez. 1998
- OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação da administração à juridicidade. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.
- PARSONS, Talcott. **Sociedades**: perspectivas evolutivas e comparadas. trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1969.
- PIERUCCI, Antônio Flávio. **O Desencantamento do Mundo**: todos os passos do conceito de Max Weber. São Paulo: USP – Editora 34, 2003.
- SAINT-PIERRE, Héctor Luis. **Max Weber entre a paixão e a razão**. Campinas: Editora Unicamp, 2004.
- SALDANHA, Nelson. **Filosofia do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. **Legalismo e Ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1977.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública**: O Direito de Reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SELL, Carlos Eduardo. **Sociologia Clássica**: Marx, Durkheim e Weber. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2012.
- SILVA, Ricardo Alexandre. **Sentença condenatória ao pagamento de soma e cumprimento de sentença: reflexos da Lei nº 11.232/2005**. Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de mestre na Universidade Federal do Paraná. 2008.
- TOLEDO, Cláudia. A argumentação jusfundamental em Robert Alexy. In MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (org.) **Direito e Legitimidade**: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, por ocasião do seu Decanato como Professor Titular de Teoria Geral e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG. São Paulo: Landy Editora, 2003.
- WEBER, Max. **Ciência e Política Duas Vocações**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martins Claret, 2004.
- WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. vol. 1. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.
- WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. vol. 2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, 2009 (reimpressão).
- WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. trad. Waltensir Dutra. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A., 1982.
- WEBER, Max. Ordem Jurídica e Ordem Econômica, Direito Estatal e Extra-estatal. In **Sociologia e Direito**: textos básicos para a Disciplina de Sociologia Jurídica. SOUTO, Cláudia; FALCÃO, Joaquim. (org.). São Paulo: Thomson Learning, 2005.