

IVENS HENRIQUE HÜBERT

**CONTRIBUIÇÃO A UM ESTUDO PRINCIPIOLÓGICO DO DIREITO:
APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor
de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná**

**Orientadora: Prof.^a Dr.^a Angela Cassia
Costaldello**

CURITIBA

2001

TERMO DE APROVAÇÃO

IVENS HENRIQUE HÜBERT

CONTRIBUIÇÃO A UM ESTUDO PRINCÍPIOLÓGICO DO DIREITO: APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela Banca de Exame Formada pelos seguintes professores:

Orientador: Prof.^a Dr.^a Angela Cassia Costaldello

Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Prof. Dra. Regina Maria Macedo Neri Ferrari

Curitiba, 23 de outubro de 2001

AGRADECIMENTOS

Aos amigos da turma 1997-2001, e aos do grupo PET-Direito;

Aos Professores Angela Cassia Costaldello, Celso Luis Ludwig e Maria de Lourdes S. P. da Silva;

que tanto motivaram-me, desde o ingresso na Universidade Federal do Paraná, à realização da pesquisa científica na graduação;

Aos colegas da diretoria do CAHS, gestão 2000-2001, pelo apoio nos momentos em que necessitei ausentar-me;

SUMÁRIO

RESUMO	iv
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I- OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS	4
1.1. OS PRINCÍPIOS COMO COMPONENTES DE UM SISTEMA NORMATIVO.....	4
1.2. PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: ANÁLISE EVOLUTIVA A PARTIR DO DESENVOLVIMENTO CONSTITUCIONAL NO ESTADO MODERNO.....	8
1.3. OS PRINCÍPIOS E SEU CONTEÚDO NORMATIVO.....	14
1.4. O PERFIL PRINCIPALISTA DAS MODERNAS CONSTITUIÇÕES.....	24
1.5. A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO QUADRO DA NOVA HERMENÊUTICA.....	29
CAPÍTULO II - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	35
2.1. CONCEITO E ACEPTÕES.....	35
2.2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO.....	43
2.3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO ART. 37.....	47
2.3.1. Princípio da Legalidade.....	49
2.3.2. Princípio da Impessoalidade.....	51
2.3.3. Princípio da Moralidade.....	52
2.3.4. Princípio da Publicidade.....	54
2.3.5. Princípio da Eficiência.....	55
CAPÍTULO III - A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	57
3.1. ESTRUTURA DOS PRINCÍPIOS E APLICABILIDADE.....	57

3.2. A LEITURA DAS REGRAS A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	62
3.3. A CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA A PARTIR DO SISTEMA ABERTO DE NORMAS E PRINCÍPIOS.....	65
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	71

RESUMO

CONTRIBUIÇÃO A UM ESTUDO PRINCÍPIOLÓGICO DO DIREITO: APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O desenvolvimento do Estado Democrático de Direito impõe que as tarefas desempenhadas pelo Estado revistam-se de garantias e sejam pautadas por critérios aptos a possibilitar aos cidadãos, a quem um Estado desta natureza deve servir, o exercício de todo o rol de direitos legalmente estabelecidos. A Administração Pública assume neste sentido importante função de efetivação destas garantias, necessitando contudo instrumentais aptos a impor que sua tarefa se realize de modo satisfatório. Os princípios regentes da Administração, elencados no art. 37 da Constituição Federal vêm neste aspecto assumir fundamental relevância, visto que constituem aparato teórico de grande utilidade para substituir uma concepção formal do Direito, por uma visão que possibilite uma hermenêutica pautada em valores, os quais, como conjunto de preceitos eleitos pelos membros de dada sociedade, revelam a concepção de justiça aceita por aquele grupo social. Neste sentido, impõe-se uma análise do desenvolvimento dos princípios jurídicos e da forma como foram adquirindo sua normatividade, no que é necessário um exame do desenvolvimento dos documentos constitucionais desde o surgimento do Estado Moderno. De igual modo, requer-se uma delimitação precisa dos conceitos de Administração Pública e Regime Jurídico Administrativo, permitindo assim definir com exatidão o campo de incidência dos referidos princípios. Ainda, mister se faz analisar o conteúdo de cada um dos cinco princípios elencados no *caput* do referido dispositivo constitucional, de modo a permitir visualizar a forma como são aplicáveis às situações concretas. Neste sentido, proceder-se-á, por fim, a uma análise de alguns instrumentais que auxiliem nesta aplicação que é proposta, no que se examina brevemente as noções de *filtragem constitucional*, *preeminência normativa da constituição* e o método concretista, de Hesse.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da noção de Estado Democrático de Direito impõe gradualmente que as tarefas desempenhadas pelo Estado revistam-se de garantias e sejam pautados por critérios aptos a possibilitar aos cidadãos, a quem um Estado desta natureza deve servir, o exercício de todo o rol de direitos legalmente estabelecidos.

Neste sentido, importam análises que permitam adequar as atuações do Estado, em especial ao exercer a sua função administrativa, a estas exigências, mormente quando, por razões históricas que extravasam totalmente o conteúdo desta reflexão, tem-se um Estado eivado ainda de resquícios autoritários, não obstante a redemocratização que se processou nas últimas duas décadas.

Esta possibilidade de buscar a atuação, por parte da administração pública, de modo mais favorável aos administrados é, no direito contemporâneo, auxiliando por instrumental de grande utilidade, qual seja, os princípios jurídicos. Longe do tempo em que estes eram apenas considerados recursos de conteúdo político e sem nenhuma juridicidade, os princípios adquiriram, graças a inúmeras contribuições doutrinárias, verdadeiro *status* de normas jurídicas, a determinar condutas e vedar comportamentos contrários a sua efetivação.

Deste modo, também no campo da Administração Pública os princípios vem representar grandes possibilidades de efetivação dos valores constitucionais, se efetivamente aplicados. Isto decorre, sobretudo, do fato de que, para além da natureza inflexível das demais normas, os princípios gozam de estrutura que permita ao intérprete adequá-los ao caso concreto, conforme sejam para o mesmo, as exigências da justiça que determinado grupo social fez consignar no seu Pacto Fundamental.

Calcado nestes pressupostos, o objetivo do presente trabalho é contribuir com aportes teóricos que possibilitem uma ampla aplicabilidade aos princípios constitucionais da Administração Pública, elencados no *caput* do artigo 37, tanto no que se refere à sua atuação direta, diante da ausência de normas a incidirem sobre um dado caso concreto,

seja através do importante papel fundamentador das normas de Direito Administrativo, que os mesmos possuem.

O primeiro capítulo refere-se, nesta ótica, a um exame da estrutura dos princípios jurídicos constitucionais, buscando-se conceituá-los e analisar o seu desenvolvimento, ressaltando nesta evolução a progressiva juridicidade que vieram a adquirir. O exame evolutivo dos princípios implica também o estudo do desenvolvimento das constituições rígidas do direito de matriz européia continental, visto que é neste espaço que os princípios foram progressivamente adquirindo sua relevância como normas do sistema, transformando-se, de princípios gerais do direito, em princípios constitucionais. Para que tais considerações possam, contudo, ser levadas a efeito, é mister que se estabeleça um determinado conceito de sistema para o ordenamento jurídico, bem como o papel que viriam a desempenhar os princípios em um tal sistema.

A partir destas premissas, é possível destacar o perfil principialista que passaram a adquirir as modernas Constituições nas últimas décadas, de modo que se pôde vislumbrar, a partir deste marco, o surgimento de uma nova hermenêutica, apoiada nas modernas teorias da linguagem, nas quais os princípios jurídicos adquirem extrema relevância.

Neste sentido, ressalte-se ainda que o desenvolvimento traçado na presente investigação possui como pressuposto a consideração do paradigma da linguagem e suas conseqüências na ciência do direito, conforme será tratado também no primeiro capítulo desta monografia.

No segundo capítulo, busca-se traçar uma configuração legal da Administração Pública, tal como estruturada pelo sistema jurídico vigente. Cogita-se, neste aspecto, dos entes que compõem o que se designa por Administração Pública, indagando-se em especial sobre a inclusão neste conceito de empresas estatais que atuem sob regime de direito privado, bem como da consideração tocante a receberem as concessionárias e permissionárias igualmente o influxo dos princípios regentes da Administração Pública.

Ainda, visa-se, apoiado na noção de regime jurídico administrativo, enquanto categoria apta a conduzir os diversos institutos de Direito Administrativo a um mesmo

denominador, analisar a forma como os princípios do art. 37 da Constituição Federal fundam a disciplina jurídica administrativa constitucional e infra-constitucional, de modo que tais dispositivos devam sempre ser lidos à luz daqueles princípios.

Também se efetua uma breve análise do conteúdo de cada um dos princípios objeto deste trabalho. Ressalta-se, contudo, que ainda que a análise de cada um destes seja relevante para os escopos perseguidos, não é este o objetivo em si do presente trabalho, vez que se intenta não uma análise dos mencionados princípios, de resto já efetuada a contento em diversos manuais, mas sim um estudo sobre a forma e possibilidades de aplicação dos mesmos às situações concretas.

E é em função disto que, por derradeiro, intenta-se verificar no terceiro capítulo as formas como atuam os princípios do art. 37, buscando-se traçar alguns critérios de solução de conflitos destes princípios com regras jurídicas, bem como entre si mesmos. Apoiado nestas considerações, vai-se analisar alguns contributos que permitam proceder a leitura das regras jurídicas a partir destes princípios constitucionais, nomeadamente as noções de preeminência normativa da Constituição e Filtragem Constitucional. Do mesmo modo, finalizar-se-á a análise do capítulo com o exame da aplicabilidade do método concretista de interpretação, como instrumento apto a dar efetividade às possibilidades antes analisadas.

CAPÍTULO I

OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS

1.1. OS PRINCÍPIOS COMO COMPONENTES DE UM SISTEMA NORMATIVO

A expressão Princípios Gerais do Direito é bastante antiga na chamada Ciência do Direito¹. Segundo Diez Picazo, remonta à linguagem da geometria, “onde designa as verdades primeiras, sendo as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geometrico*”². No âmbito do direito, utiliza-se do conceito desde, pelo menos, o direito romano, na forma de brocardos, muitos dos quais mantêm-se ainda hoje. Não obstante, a utilização deste conceito tem sofrido uma reelaboração nas últimas décadas, por conta, principalmente, das teorias que buscaram atribuir aos princípios, para além de sua importância retórico-argumentativa, também um conteúdo normativo, dotando-os de força apta a dar-lhes aplicabilidade tal como as demais normas do sistema.³

Neste sentido, impõe-se a necessidade de proceder a uma investigação que leve em conta a evolução dos princípios, e mais precisamente, de sua progressiva inclusão na disciplina constitucional, análise esta que se buscará levar a cabo mais adiante. Por hora,

¹ Foge ao âmbito do presente estudo a discussão a respeito de ser ou não o direito uma ciência. Muitas são as vezes que tal caráter é negado, buscando-se caracterizá-lo como *prudência*, ou quaisquer outras denominações. Contudo, qualquer que seja a finalidade, a caracterização do direito como ciência serve ao menos para ressaltar a sua natureza de empreendimento metodologicamente orientado, assente em meios racionais. Para os efeitos aqui pretendidos, pode-se, de qualquer modo, seguir a orientações de Binder, citado por Canaris (BINDER, *Philosophie des Rechts*, 1925, p.837 *apud* CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, p. 71): “assim como KANT não perguntou se existe uma ciência da Natureza, mas antes o *pressupôs*, tendo procurado compreendê-lo, também se deve, primeiro, partir de “que existe uma Ciência do Direito e, então, perguntar qual é o seu sentido e o que fundamenta sua pretensão de cientificidade”. De qualquer sorte, a polêmica se cria não pela impossibilidade de adequação do Direito como ciência em si, mas com determinado conceito de ciência, próprio do pensamento positivista, que busca uma similitude de métodos das ciências humanas com as ciências naturais.

² Diez Picazo *apud* BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 11^a ed., Malheiros, São Paulo, 2001, p. 228-229.

³ Cf. , para tanto, HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1991; ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios

importa precisar o conceito de princípio no seio de um sistema⁴ jurídico, tal como se configura, para os efeitos do presente trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro. Antes ainda, faz-se imperioso esclarecer sobre as concepções de sistema aqui adotadas.

Utiliza-se como principal referencial para a definição de sistema⁵ jurídico os aportes teóricos introduzidos por Canaris⁶, o qual busca estruturar a noção de sistema em duas idéias ou elementos caracterizadores, quais sejam, a unidade e a adequação valorativa. Esta última estaria atrelada à consideração de uma ordem axiológica ou teleológica, ou seja, orientada com vistas à valores, a partir da derivação destes da regra de justiça. Não se trata, como o citado autor ressalta⁷, de teleologia estritamente como pura conexão de meios e fins, mas antes de sua utilização em um sentido mais lato de realização de escopos e de valores. O direito seria, portanto, um complexo valorativo, cujos elementos compõem um sistema na medida em que estão axiologicamente interligados, a partir de um valor central, a justiça.

Já a noção de unidade, por outro lado, dirige-se mais à característica da existência de princípios gerais, a formar uma estrutura composta de “standarts”⁸ valorativos aptos a

Constitucionales, Madrid, 1993; e DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Editora Ariel, Barcelona, 1995.

⁴ Interessa neste aspecto, contudo, perguntar-se sobre a conveniência de se considerar a ordem jurídica como constituindo um sistema, e ainda, se respondermos afirmativamente, sobre o que vem exatamente a compor este sistema no direito. Esta pergunta está de certo modo relacionada à questão da consideração do direito como sendo ciência, mas depende igualmente de cogitar-se qual o escopo de uma ordem normativa em uma sociedade moderna. Em outras palavras, para além de um sistema positivista, tal como proposto por Kelsen, dentre outros, os quais procuram estruturá-lo com base em premissas axiomático-dedutivas, reduzindo-o a um complexo normativo de estrutura lógico-formal, existe alguma vantagem em tratar a ordem jurídica como sistema? Tomando esta vantagem como pressuposto, questiona-se também acerca dos elementos formadores de um tal sistema. Estas são discussões para as quais buscar-se-á oferecer algumas contribuições, a partir das considerações que seguem.

⁵ Como conceito prévio, valemo-nos da definição oferecida por Tércio Sampaio Ferraz Jr., citado por DINIZ: “sistema é um conjunto de elementos que estão relacionados entre si” (Ferraz Jr. *apud* DINIZ, Maria Helena. *A Ciência Jurídica*, 3ª ed., Saraiva, 1995, p. 128, nota 3).

⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, p. 66 e ss. Cf., também, BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 8ª ed., UNB, Brasília, 1996.

⁷ CANARIS, ob. cit., p.67.

⁸ Para uma melhor definição acerca desta noção de princípios, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, p. 165 e ss., e DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Editora Ariel, Barcelona, 1995, p. 72 e ss.

conformar a orientação e aplicação de todos os elementos do sistema conforme os valores centrais desta mesma ordem.

Ressalte-se que, a partir da consideração da existência de uma ordem teleológica, e da presença de princípios gerais de direito, afasta-se a arbitrária idéia de que a lógica formal representaria o único meio possível para a formação de sistema dotado de racionalidade. Possibilita-se assim que os juristas operem, para além dos horizontes da intuição, através de uma “metódica não lógico formal, mas ainda especificamente racional e jurídica, portanto de uma teleológica formal”⁹. Deve-se afastar, por óbvio, a discussão de ambos os extremos, ou seja, a consideração da existência de princípios aptos a fornecer uma orientação teleológica ao sistema, a par de demonstrar a improdutividade de meras pesquisas lógicas e logísticas, por um lado, não pode remeter-nos à consideração da possibilidade da utilização de uma tópica pura.

Deste modo, os elementos adequação e unidade permitem apresentar uma primeira idéia da importância da consideração da ordem jurídica como sistema, mas ainda pergunta-se a respeito de quais seriam os elementos constitutivos que permitem a visualização desta unidade. Neste sentido, convém, mais uma vez utilizar-se das palavras de Canaris:

“já ficou esclarecido que se deve tratar de valores, ainda que isso não possa constituir a resposta final, pois se mantém a questão mais vasta *de que* valores se trata: todos ou apenas alguns? Se se quisesse optar pelo primeiro sentido, chegar-se-ia a um conceito de sistema que seria muito semelhante ao “sistema de conflitos de decisões” de HECK e perante o qual procederiam as mesmas objeções: ele não poderia tornar perceptível, de modo algum, a unidade. Trata-se, pois, de encontrar elementos que, na multiplicidade dos valores singulares, tornem claras as conexões anteriores, as quais não podem, por isso, ser idênticas à pura soma deles.

Nesta ocasião, deve-se recordar de novo a característica principal da idéia da **unidade, (...): a recondução da multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos.**”¹⁰ (o grifo é nosso)

A característica da unidade possui, neste sentido, a função de, através desta teleologia acima referida, avançar em direção aos valores fundamentais mais profundos,

⁹ CANARIS, ob. cit., p. 69-70, nota 119.

¹⁰ CANARIS, ob. cit., p. 76-77.

representados pelos princípios gerais de uma ordem jurídica, determinando assim, por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio iuris* determinante¹¹. Apesar, portanto, da multiplicidade de elementos existentes no sistema, os princípios, na medida em que representam sucessivos graus de concretização dos mais abstratos valores conformadores de uma dada ordem jurídica, possibilitam a formação de um todo, o qual possui um sentido definido precisamente por estes valores.

Assim sendo, a importância da análise do direito a partir de princípios reside justamente na possibilidade de se dotar a ordem jurídica de um determinado sentido, o que se conseguirá fazer a partir do momento em que os princípios expressem, de modo mais ou menos concreto, os valores conformadores do sistema. Neste sentido, os princípios funcionam também como “válvulas de abertura” do sistema, por onde se permite a entrada de novos valores, ou pelo menos, de novas conformações destes. Tal característica decorre em larga medida do fato de os princípios, antes de simplesmente estarem presentes como normas no sistema, comporem o seu fundamento, na medida em

¹¹ *Ratio iuris* determinante não deverá, ressalte-se, significar a busca de uma interpretação correta, ou mesmo de uma solução melhor relativamente a outras, para um determinado caso. Reitera-se, por isso, a incorporação de postulados próprios ao paradigma da linguagem e sua aplicação no direito, a partir das considerações de Heidegger e Gadamer, expostas em STRECK (Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 2ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000). Rejeita-se, em função disto, uma análise baseada na filosofia da consciência, onde se instaura uma drástica distinção entre sujeito cognoscente e objeto a ser conhecido, possuindo a linguagem apenas a função de “uma terceira coisa que situa-se entre o sujeito e o objeto” (ob. cit., p. 185). Tal concepção, que no direito assume a forma estabelecida basicamente pelo pensamento bettiano (ob. cit., p.94 e ss.) não é mais aplicável, devendo-se orientar a leitura do mesmo a partir da relação sujeito-sujeito como constituinte do método, conferindo-se à linguagem função da maior relevância, na medida em que o objeto é apropriável apenas linguisticamente (ou, como diz Gadamer: “ser que pode ser compreendido é linguagem”, in *Verdade e Método*, apud STRECK, ob. cit., p. 188). Como decorrência disto, o resultado da construção da norma para o caso concreto, operado pelo intérprete, não poderá obedecer a imperativos previamente impostos, a vincular o operador do direito. Ao contrário, o direito não será um dado, decorrente de algum órgão com especiais poderes para ditá-lo, renegando ao intérprete o mero dever de reproduzir o sentido previamente determinado, mas ao contrário, deverá ser a cada momento reconstruído. Nesta ótica, assumem especial relevância conceitos como o exposto por Häberle, propugnando pelo pluralismo interpretativo, insito ao próprio conceito de hermenêutica constitucional (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1997).

que guardam relação com a própria idéia de direito¹², “cuja concretização histórica eles largamente representam, (...); a partir deles, e através de um processo de concretização inteiramente material e muito complicado, desenvolvem-se proposições jurídicas de conteúdo claro e de alto poder convincente”¹³.

Estes são, portanto, os princípios jurídicos, os quais, conforme se verificará, foram, após longos debates teóricos e doutrinários, progressivamente adquirindo relevância, não podendo se lhes recusar, hodiernamente, a existência e função que desempenham no ordenamento jurídico, seja efetivamente como normas, seja na condição de componentes da estrutura do sistema, em contraposição ao repertório de normas¹⁴.

1.2. PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: ANÁLISE EVOLUTIVA A PARTIR DO DESENVOLVIMENTO CONSTITUCIONAL NO ESTADO MODERNO

A partir da consideração da importância do ordenamento jurídico enquanto sistema, e do papel desempenhado pelos princípios no interior daquele, mister se faz analisar exatamente de que forma estes operam, traçando-se, concomitantemente, uma análise evolutiva que permita visualizar sua presença e desenvolvimento no interior das Constituições dos Estados Modernos. Deste modo, permitir-se-á verificar o modo pelo qual foram os princípios gradualmente alterando sua configuração para tornar-se, enfim, princípios constitucionais.

Do modo como foram concebidos desde a formação do Estado Moderno, daí decorrendo o advento do positivismo jurídico, concretizado desde o século XIX com o surgimento de inúmeras escolas, desde a exegética, resultante da literal interpretação do

¹² Sobre a relação dos princípios com a idéia de direito, cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1978, p. 443 e ss., e também CANARIS, ob. cit., p. 120.

¹³ CANARIS, ob. cit., p. 120-121.

¹⁴ Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 2ª ed., Atlas, São Paulo, 1994..

Código Civil Napoleônico de 1804, até as concepções juspositivistas mais avançadas, como as emanadas do Círculo de Viena¹⁵, já no séc. XX, os princípios gerais do direito foram vislumbrados sem que se lhes fosse atribuída maior importância normativa. Ao contrário, ocupou-se esta postura filosófica, em sua inserção no direito, de afastar a possibilidade da existência de princípios de direito natural, que estivessem de algum modo acima do ordenamento jurídico positivo, por considerar tal metafísica como despicienda e incompatível com a razão então instaurada sob as vestes do iluminismo.

Os Princípios Gerais de Direito passaram, assim, a integrar os códigos modernos, na condição de fontes do direito, mas de caráter subsidiário em relação às leis ou ao costume. Possuiriam, deste modo, na expressão de Gordillo Cañas, citado por Bonavides, a função de “válvulas de segurança, não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos “para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo”¹⁶. Daí que, por muito tempo, vislumbrou-se nos princípios jurídicos acima de tudo a sua função integrativa, ou seja, de suprir as lacunas existentes no sistema, na medida em que é pressuposto do positivismo a completude do ordenamento jurídico¹⁷, tal como preceitua, entre nós, o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Concomitantemente a esta visão dos princípios, própria das concepções juspositivistas, a própria noção de Constituição então vigente deve ser analisada, porquanto guarde relação com tais concepções. Afinal, é a partir do desenvolvimento das

¹⁵ Hans Kelsen é o principal referencial deste neopositivismo, bastante importante no desenvolvimento do direito do séc. XX. Inspirado em Kant, Kelsen concebe a norma jurídica como o conjunto da hipótese normativa e a consequência jurídica, submetendo o ordenamento jurídico a um conjunto hierarquizado de normas, logicamente dedutíveis. Deste modo, equipara o direito à norma, mas não se vislumbra, em sua construção, algum espaço para a existência de princípios de direito dotados de teor normativo. Em suas obras de teoria geral do direito mais relevantes (*Teoria Pura do Direito*, Armênio Amado, Coimbra, 1979, e *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1988), não se vislumbra uma análise mais delongada sobre suas funções. De outra parte, Kelsen procede a uma rígida distinção entre direito e moral e, neste sentido, parece relegar a existência de princípios orientadores de conduta e de outras normas a este sistema não jurídico (cf. KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*, Martins Fontes, São Paulo, 1993).

¹⁶ Gordillo Cañas, *apud* BONAVIDES, ob. cit., p. 235.

¹⁷ Cf. BOBBIO, ob. cit., p. 115 e ss.

Leis Fundamentais, sobretudo as européias, que passam de corpos sintéticos para transformar-se em Constituições analíticas, a albergar um conjunto gradativamente maior de matérias, além daquelas tradicionalmente abarcadas, que os princípios vão gradativamente adquirir sua importância.

Neste sentido, o primeiro momento de uma assim denominada evolução constitucional diz respeito aos documentos constitucionais de índole liberal produzidos predominantemente no séc. XIX, dentre os quais destaca-se, pela importância que possui até os dias atuais, a Constituição Americana de 1789. Configurando textos constitucionais reduzidos, ressalta Bonavides que “a brevidade das Constituições Liberais derivava sem dúvida de sua inteira indiferença ao conteúdo e substância das relações sociais. A Constituição, que não podia evitar o Estado, ladeava, contudo, a Sociedade, para conservá-la por esfera imune ou universo inviolável de iniciativas privatistas: era uma Sociedade de indivíduos e não de grupos, embebida toda uma consciência antioletivista.”¹⁸

Com efeito, o Estado Liberal novecentista opera ainda no dualismo Estado-Sociedade, através do qual o modelo constitucional então vigente objetiva apenas *constituir* o Estado, disciplinando o poder estatal - através da separação de poderes e atribuição de distintas competências a cada um destes entes - e os direitos individuais (civis e políticos). Configurando democracias representativas, todo o restante da ordem jurídica poderia ficar a cargo do legislador ordinário, sem que fosse necessário o tratamento de outros temas jurídicos. Quando o Estado Burguês se consolida, a Constituição Liberal é vislumbrada como uma lei ou conjunto de leis, dispensando-se então o caráter meramente político que a princípio lhe fora reputado, em momento em que as Declarações de Direitos e Constituições Revolucionárias do final do séc. XVIII tiveram a necessidade de declarar guerra às instituições absolutistas do passado. Estes primeiros documentos constitucionais possuíam, ao contrário, forte conteúdo ideológico, expresso sobretudo em seus preâmbulos.

¹⁸ BONAVIDES, ob. cit., p. 203-204

Figura com destaque neste contexto o exemplo da constituição belga de 1832, a qual surge num momento onde o Estado Liberal privatista já encontrava-se consolidado. Não apenas por “resumir a plenitude jurídica de instituições que entraram na História debaixo de designação de Estado de Direito”, como também por “engendrar direitos públicos subjetivos tornando possível transformar os direitos da liberdade em direitos positivos e acionáveis”¹⁹, conferindo presença definitiva aos princípios constitucionais. Não que estes já possuíssem uma *força normativa*, a qual somente veio a suceder no século seguinte, mas as Cartas de então já albergavam, em seu texto, princípios gerais do direito, ainda que dotados mormente de força retórico-argumentativa.

Tal pânorama mantém-se, deste modo, inafetado, até, pelo menos, os primeiros anos do séc. XX. Não obstante, as transformações sociais e históricas que, na concepção sociológica de Lassale²⁰, servem de substrato à constituição escrita, já haviam há muito se alterado. Durante o séc. XIX, uma série de teorias socialistas e anarquistas já haviam contribuído para o surgimento de movimentos sindicais, associações de operários e grupos interessados em alterar o Estado Burguês então vigente. A revolução bolchevique de outubro de 1917 é, neste sentido, apenas um exemplo da movimentação operária que precedeu, nos países europeus, o Estado Social, e que vai, no plano legal, redundar em um novo tipo constitucional.

Surge, a partir daí, um modelo de Constituição que buscará promover a reconciliação entre Estado e Sociedade, abarcando disciplinas jurídicas que até então não compunham o corpo das antigas constituições. Não obstante, tal como no primeiro momento do estabelecimento do Estado Liberal, também agora as Constituições possuirão muito pouco de conteúdo normativo. Diferentemente do Estado novecentista, contudo, onde os dispositivos constitucionais eram frutos, até certo ponto, de um consenso, entre os representantes dos “fatores reais de poder”, as constituições sociais são, por sua vez, a solução de compromisso entre interesses diametralmente opostos, dificultando a

¹⁹ BONAVIDES, ob. cit., p. 205

²⁰ LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*, 3ª ed., Liber Juris, Rio de Janeiro, 1995.

normativização de suas normas. Ou então, nas palavras, mais uma vez, do célebre publicista brasileiro:

“As contradições dialéticas, o furor e antagonismo das posições ideológicas presidem, por conseguinte, à elaboração das novas Declarações, fazem-lhe polêmico o conteúdo, embargam, dificultam ou retardam sua “normativização”. Tornam-se elas assim obscuras, equívocas, contraditórias. A incongruência, a heterogeneidade, a hibridez são traços que nessa fase as caracterizam. Expressam, de princípio, um estado de indefinição, transitoriedade e compromisso. O consenso em consentir na divergência talvez seja a única virtude dessas Declarações, mas não será nunca alicerce para um começo de construção.

(...) A *instabilidade* e o *compromisso* marcam, (...), o constitucionalismo social, desde o seu advento, fazendo frágeis os alicerces das Constituições que, a partir do primeiro pós-guerra deste século, buscam formas de equilíbrio e transação na ideologia do Estado social. A trégua constitucional em meio ao conflito ideológico se fez unicamente em razão das fórmulas introduzidas nos textos das Constituições, sendo paradigma maior desta criação a Constituição de Weimar”²¹.

Concomitantemente ao surgimento do Estado Social, inicia-se a crise do conceito jurídico de Constituição, surgida a partir da noção de programaticidade, a qual surge neste momento desprovida da positividade que adiante se buscará proporcionar-lhe.

O Estado passa, a partir do período entre-guerras, a assumir tarefas que antes não lhe cabiam, no intuito de proporcionar à totalidade de seus cidadãos a possibilidade de desenvolver-se plenamente, em condições saudáveis, e atendidas as exigências mínimas de dignidade humana. As diversas áreas abarcadas a partir de então pelas Leis Fundamentais, bem como os direitos sociais, ou de 2º geração, então surgidos, criam a problemática de se passar da enunciação de princípios à disciplina de direitos acionáveis, em uma ordem concreta de normas.

O aparelhamento teórico para lidar com todo este novo arsenal criado pelo legislador constituinte não havia sido ainda desenvolvido, resultando na queda de juridicidade destas Cartas, impregnando-as de um conteúdo político em desproporção ao jurídico. O conceito jurídico de constituição, ardorosamente edificado mediante secular trabalho da doutrina constitucional, deixa então de ser aplicável. Busca-se um novo conceito de constituição, o qual, qualquer que seja, concluirá sempre pela

²¹ BONAVIDES, ob. cit., p. 206.

heterogeneidade das normas constitucionais²², daí resultando as diversas tentativas de classificá-las quanto à sua aplicabilidade.

Ainda que a discussão quanto à problemática da programaticidade, ou seja, de saber-se se as normas de conteúdo programático são ou não dotadas de normatividade, mantenha-se até os dias atuais, é necessário dizer que, a partir do segundo pós-guerra vai gradativamente se resolvendo, para pacificar-se a idéia de que qualquer disposição presente na Constituição é norma, não sendo cabível qualquer distinção entre normas jurídicas e princípios políticos. Neste sentido, ressalta-se o progresso resultante do desenvolvimento das constituições sociais, e, em especial, do surgimento da Constituição alemã de 1949. Não somente por seus dispositivos, os quais expressam a definitiva ascensão do constitucionalismo social, mas sobretudo em função da atuação do *Bundesverfassungsgericht*, ou o Tribunal Constitucional Federal, e dos trabalhos doutrinários que lhe acompanharam, a Lei Fundamental alemã é um marco inicial²³ de uma terceira fase do desenvolvimento constitucional, no qual, para além das normas programáticas surgidas no período entre-guerras, e cuja normatividade consolida-se agora, adquirem também fundamental relevância os princípios constitucionais.

Deste modo, é com base neste constitucionalismo do pós-guerra que se poderá vislumbrar de modo mais nítido e incontroverso o importante papel desempenhado pelos princípios, que deixam gradativamente de ser princípios gerais do direito, para assumir a feição de princípios constitucionais.

²² Cf. , no que pertine a esta heterogeneidade inafastável, a obra de José Afonso da Silva: *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2ª ed., Malheiros, São Paulo, 1982, p.37 e ss.

²³ A ela se reúnem outras constituições rígidas da Europa Ocidental, tais como as Cartas Francesas de 1946, 1958 e 1962, a Constituição Italiana de 1947 e as Leis Fundamentais da Espanha (1976) e de Portugal (1978). Apenas lhe é conferida preeminência dada a relevância da produção jurisprudencial e doutrinária que a acompanhou, conforme mencionado.

1.3. OS PRINCÍPIOS E SEU CONTEÚDO NORMATIVO

É num momento posterior à derrocada dos regimes fascistas autoritários na Europa Ocidental, no qual consolidam-se democracias constitucionais, fundadas na noção de Estado de Direito, que se instaura ambiente apropriado para que surja uma concepção substancialista e não formal do direito, com base no conteúdo normativo dos princípios constitucionais. Neste momento, as Constituições “ ‘incorporam uma ordem objetiva de valores’, qual acontece, (...) , desde que a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade entram a figurar como esteios da ordem política e paz social”²⁴. Ocorre aí uma centralização dos princípios gerais do direito no corpo constitucional, de modo que, a partir da migração daqueles para o texto constitucional, não há que se falar mais em princípios gerais do direito que não sejam constitucionais, ao menos no que toca à sua principal função, qual seja, informativa ou fundamentadora²⁵.

É nas Constituições, portanto, que os princípios deixarão de configurar mera fonte supletiva do direito, para efetivamente adquirirem a condição de normas primeiras do sistema, das quais deriva todo o complexo de regras (constitucional e infra-constitucional). Interessa, contudo, analisar de que forma os princípios atuam normativamente, na medida em que sua atual importância foi sendo construída por autores do séc. XX.

²⁴ Gordillo Cañas, *apud* BONAVIDES, ob. cit., p. 261.

²⁵ Esta é, ao menos, a posição de Paulo Bonavides, implicitamente corroborada por outros autores, tais como Eros Grau (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 1988) e Canotilho (*Direito Constitucional*, 6ª ed., Almedina, Coimbra). Em contrário, ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte, Del Rey, 1994, p.28 (*apud* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*, São Paulo, Max Limonad, 1998, p.141), que adverte: “Os princípios Constitucionais não são princípios gerais de Direito, mas princípios fundamentais do Estado de Direito, único no qual o Direito Constitucional Democrático pode se positivar e se aplicar visando o ideal de justiça buscado pela sociedade”. O confronto entre tais posições poderia, contudo, resultar numa posição intermediária, mas satisfatória, de admitir a existência de princípios externos ao corpo constitucional, restritos, contudo, à determinada área do ordenamento jurídico, sem contudo servir de fundamento para o sistema como um todo.

Conforme visto no item I, já Canaris atribuía grande relevância aos princípios, uma vez que a unidade do sistema era obtida através deles, porquanto o seu fundamento residisse na própria idéia de Direito. Esta noção de proximidade à idéia de direito advém da concepção de Larenz, o qual, conquanto, assim como o próprio Canaris, não atribua aos princípios força normativa, reconhece neles a corporificação da *ratio ius*, inerente ao sistema, na medida em que admita um desenvolvimento, na aplicação do direito ao caso concreto, para além do plano da lei (desenvolvimento do Direito superior da lei)²⁶. Assim, segundo ele,

“tal desenvolvimento já não se orienta somente à *ratio legis*, à própria teleologia imanente à lei, mas, além disso, a uma idéia jurídica que lhe é transcendente. Compreende-se que também um tal desenvolvimento do Direito tem que permanecer em consonância com os princípios gerais da ordem jurídica e com a “ordem de valores” conforme à Constituição. (...) Trata-se, portanto, de um desenvolvimento do Direito certamente *extra legem*, à margem da regulação legal, mas *intra jus*, dentro do quadro da ordem jurídica global, e dos princípios que lhe servem de base”²⁷.

A explicação de Canaris a respeito do modo e forma pelo qual os princípios atuam em sua função sistematizadora torna, ademais, de difícil aceitação sua natureza não

²⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1978, p. 502.

²⁷ Ressalte-se, a partir de Bonavides, ao criticar as posições tanto de Larenz quanto de Grabitz, que não deixa de ser incoerente tal concepção, vez que se afirma que princípios integram o direito atual vigente, mas não se aceita-os enquanto normas. Pergunta o renomado publicista brasileiro: “É possível Direito que não seja norma ou desprovido de normatividade, ou o que é o mesmo, Direito sem juridicidade?” (BONAVIDES, ob. cit., p.242). Tércio Sampaio Ferraz Jr. parece oferecer uma resposta adequada a este questionamento: o ordenamento jurídico, como sistema, seria composto por um *repertório*, formado por elementos normativos (as normas) e elementos não normativos (definições, critérios classificatórios, preâmbulos, etc.), e por uma *estrutura*, que conteria regras acerca da subordinação e coordenação entre os elementos do repertório, sendo este portanto responsável pela configuração do Direito enquanto sistema. Os princípios, segundo este autor, comporiam a estrutura do sistema, e não o seu repertório, não sendo portanto, normas. Parece-nos, contudo, a despeito da originalidade e coerência do pensamento deste autor, não ser interessante atribuir natureza não normativa aos princípios. Ademais, talvez fosse possível refutar tal construção a partir da demonstração de que definições, critérios classificatórios (enfim, elementos ditos não normativos), de um lado, e regras de coordenação e subordinação (elementos da estrutura), constituem sim normas jurídicas. Para tanto, dever-se-ia buscar visualizar onde se manifesta seu conteúdo deontológico, o que logicamente demanda maiores análises, impossíveis de serem aqui realizadas. De qualquer forma, o paradigma da cientificidade do direito, conquanto já permita admitir não ser o objeto da ciência jurídica o puro estudo de normas jurídicas, ainda não se afastou destas, podendo-se no máximo

normativa. Segundo este autor, quatro características os evidenciam: eles não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição; eles não têm a pretensão de exclusividade; ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; e, finalmente, precisam, para sua realização, de uma concretização através de subprincípios e valores singulares, com conteúdo material próprio²⁸. Dispensa-se aqui uma análise mais depurada destas características, eis que, ao verificar-se as propriedades dos princípios, com base em autores mais contemporâneos, estes atributos serão melhor identificados.

É somente a partir dos estudos de Jean Boulanger, contudo, que os princípios jurídicos adquirem uma feição que permita-lhes possuir um conteúdo dotado de positividade. Já é possível encontrar, na obra deste insigne professor francês, uma nítida distinção entre princípio e regra, em relação a qual “não há somente uma disparidade de importância, mas uma diferença de natureza. Uma vez mais o vocabulário é a fonte de confusão: a generalidade da regra jurídica não se deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio”. E acrescenta, procedendo a distinção de extrema relevância: “uma regra jurídica é geral se for estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, mas sob certo aspecto ela é especial na medida em que *rege tão somente atos ou fatos*, ou seja, é editada contemplando uma situação jurídica determinada. (...) O princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma *série indefinida de aplicações*.”²⁹

Ainda, no que toca à superioridade dos princípios, Boulanger recorre à filosofia: “Chamam-se princípios, dizem os filósofos, o conjunto de proposições diretivas às quais todo o desenvolvimento ulterior se subordina. É o que se verifica tanto no Direito como na Filosofia: existem no Direito proposições às quais séries de soluções positivas se subordinam. Essas proposições devem ser consideradas princípios. (...) São eles um

afirmar, na linha de Carlos Cossio, que a Ciência Jurídica “conhece mediante normas”, ou através de normas, ao invés de se dizer que o objeto são as normas (*apud* DINIZ, Maria Helena, ob. cit., p. 122).

²⁸ CANARIS, ob. cit., p. 88.

²⁹ Boulanger, *apud* BONAVIDES, ob. cit., p. 240.

indispensável elemento de fecundação da ordem jurídica. Contêm em estado de virtualidade grande número de soluções que a prática exige.”³⁰

A consolidação do papel dos princípios no sistema jurídico somente irá efetivar-se a partir das contribuições de Robert Alexy e Ronald Dworkin, este último no contexto do direito anglo-americano, mas ainda assim de grande importância para a dogmática do direito continental.

Dworkin, trabalhando com a questão da justificação e legitimação do direito, concebe este como *“fuente peculiar de la que emanan ciertos derechos, deberes, poderes y relaciones interpersonales”*³¹, e procura atacar as concepções positivistas, nomeadamente de Hart, no tocante ao *“Common Law”*. Abordando o tema das normas jurídicas, o autor observa que os operadores do direito fazem uso muitas vezes não de regras, mas de pautas (*standtarts*), que não funcionam como regras, mas operam de modo diverso, como princípios, diretrizes (*policies*) ou outra espécie de pauta.

A separação entre princípios e diretrizes também é por ele realizada, considerando que estas seriam *“un tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de una comunidad”*. Já os primeiros, em sentido estrito, seriam um *“estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”*³². Eros Grau ressalta, neste contexto a proximidade entre esta concepção de diretrizes e as normas-objetivo³³, ainda que, assim como o próprio Dworkin, reconheça ser na prática muitas vezes difícil tal separação, pois muitas vezes os princípios estabelecem um objetivo social (como, por exemplo, entre nós, o princípio da erradicação da pobreza, e até mesmo o princípio da dignidade da pessoa

³⁰ Boulanger, *apud* BONAVIDES, ob. cit., p. 240.

³¹ VIGO, Rodolfo Luis. *Perspectivas Iusfilosóficas Contemporaneas : Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 168.

³² DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Editora Ariel, Barcelona, 1995, p. 72.

³³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 1988, p. 84.

humana), de modo que seja possível, principalmente em função de nosso direito positivo, fazer equivaler tais expressões como princípios.

Portanto, a distinção que realmente interessa é a existente, segundo Dworkin, entre princípios e regras. Neste sentido, estas operam tão somente no âmbito do binômio válido-inválido, sendo portanto aplicáveis por completo, ou não, de modo absoluto. Nos termos de Dworkin, seria o “*in all-or-nothing fashion*”, ou seja, a idéia do tudo ou nada, que denota uma convivência antinômica. Se um determinado modelo deontico de uma regra expressa “se x, então deve ocorrer a consequência y”, não é possível a aplicação simultânea de uma outra regra “se x, então não-y”. Assim, “*la decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas³⁴ mismas³⁵*”. De outra parte, os princípios suscitam problemas de validade e peso, de modo que quem deve resolver o conflito terá que ter em conta o peso relativo de cada um. Assim, “mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação não se manifestam”³⁶, precisamente porque haverá a incidência, neste caso, de um outro princípio que, nesta situação específica, terá prevalência. Ressalte-se que prevalência não quer significar utilização de um e afastamento do outro, mas sim, através da ponderação e balanceamento entre eles.

Neste sentido, nem sequer a textura aberta de uma determinada regra – isto é, com a enumeração no seu texto das próprias exceções que comporta, ou então, através da inserção de vocábulos indeterminados, tais como “injusto”, “negligente”, “razoável”, “importante”, cujo conteúdo deve ser preenchido pelo intérprete, utilizando-se, para tanto,

³⁴ Leia-se regras; trata-se de tradução ao idioma espanhol, que traduziu o termo “*rules*”, por normas. Contudo, quando os juristas de língua castelhana trabalham com as obras de Alexy, que também opera esta distinção, mencionam “*reglas*” e não normas. Cf. SANCHÍS, Luis Prieto. *Sobre principios y normas : Problemas del Razonamiento Jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992. De igual modo, na tradução da obra de Dworkin para o idioma alemão, adotou-se o termo “*Regeln*” e não “*Normen*” (DWORKIN, Ronald. *Bürgerrechte ernstgenommen*, Suhrkamp Taschenbuch, Frankfurt am Main, 1990, p. 62)

³⁵ DWORKIN, ob. cit., p. 78.

³⁶ GRAU, ob. cit., p. 80.

não raro, de princípios – compromete a distinção aqui advogada, já que a regra continua a operar segundo a validade, e sem haver espaço para o balanceamento com outras, devendo-se apenas preencher aquele conteúdo aberto.

Deste modo, pode-se afirmar, com Canotilho, que “os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; consequentemente, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica’ do tudo ou nada), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes”³⁷.

Diferenciam-se das regras, ademais, segundo o eminente professor português, pelo *grau de abstração*, que é relativamente elevado, em contraposição àquelas; pelo *grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto, ou seja, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras; pelo *caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes do direito, isto é, possuem papel fundamental devido à sua posição hierárquica ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico; pela *proximidade da idéia de direito*, pela qual os princípios estão radicados nas exigências de justiça ou na idéia de direito; e finalmente, pela sua *natureza normogénética*, ou seja, são fundamentos de regras, isto é, constituem a *ratio* de regras jurídicas.³⁸

Os princípios, portanto, não possuem a pretensão de estabelecer uma consequência jurídica determinada, uma vez ocorrendo a hipótese legal, o *Tatbestand*. Ao contrário, apenas indicam uma determinada direção, compatível com os ideais que regem o ordenamento, possibilitando assim, ao intérprete, orientar-se segundo parâmetros que dizem respeito também à exigências morais, e não somente em função de regras lógicas.

³⁷ CANOTILHO, ob. cit., p. 167 e 168.

³⁸ CANOTILHO, ob. cit., p. 166- 167.

Neste sentido, poder-se-ia dizer que “*ellos se dirigen a los órganos encargados de la adjudicación de derecho*”³⁹.

Apenas para que não parem dúvidas acerca da distinção aqui utilizada, até o momento de forma implícita, impõe-se afirmar, a partir de Alexy, e outros autores, como Dworkin, Sanchís, Bonavides, Bandeira de Mello e Grau, que tanto regras como princípios consubstanciam normas, eis que ambas afirmam o que *deve ser*; ambos são formulados a partir da deontologia da ordem.⁴⁰ Norma seria, deste modo, o gênero, da qual são espécies as regras e os princípios.

Neste sentido, observa Jorge Miranda:

“Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do direito (ou do próprio direito positivo); também eles- numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão somente aos princípios; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições”⁴¹ (*entenda-se estas como normas-regras*).

Não obstante, indagando acerca ainda da distinção entre regras e princípios, Alexy questiona se haveria entre eles apenas uma diferença de grau, ou se há, de algum modo, também diferença(s) qualitativa(s). Na primeira hipótese, ter-se-ia como consequência a existência de um espaço intermediário entre regras pouco concretas e princípios mais densos, no qual seria impossível afirmar-se com precisão se determinada norma constituiu-se como princípio ou como regra.

Com base nos mais diversos critérios apresentados pela doutrina, muitos dos quais aqui já referidos, Alexy elenca três teses acerca desta distinção. A primeira, apoiada em Wittgenstein, fundamenta-se no ceticismo da crença na impossibilidade de que alguns destes critérios possam orientar tal distinção, de modo que se torna impossível dividir as normas em duas classes, sendo antes necessário a análise das diversas homogeneidades e

³⁹ VIGO, ob. cit., p. 172. Esta questão será, contudo, discutida mais adiante, visto que não é pacífica.

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 82-87.

⁴¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, v. I, 3ª ed., Coimbra, 1978, p. 198.

heterogeneidades, semelhanças e dessemelhanças entre cada critério específico. A segunda tese baseia-se justamente naquela distinção gradual, propugnada pelos autores que concebem a generalidade como critério decisivo de distinção. Por último, a terceira tese, a qual Alexy subscreve, consiste em afirmar que entre princípios e regras há, para além da distinção de grau, também uma distinção qualitativa. De resto, as considerações aqui anteriormente expostas evidenciam esta afirmação, na medida em que enquanto as regras colocam questões apenas de validade, os princípios operam também com a dimensão peso, permitindo o balanceamento de valores e a ponderação, ou harmonização entre si.

Cumpra ainda aprofundar a discussão relativa aos princípios no tocante a um aspecto que ainda é por vezes questionado: enquanto não restem dúvidas a respeito da juridicidade dos princípios positivos do direito, ou seja, daqueles expressamente consignados nos textos legais, sobretudo, constitucionais, há que se indagar o mesmo também daqueles princípios implícitos, ou seja, proposições que, a despeito de não estarem positivados no sistema, ninguém duvida de que efetivamente integrem o mesmo.⁴² Tal questão, aliás, está relacionada a um outro questionamento de importância fundamental, qual seja, a de saber de onde originam-se os princípios, ou seja, mediante qual autoridade os princípios adentram o sistema e ali permanecem?

Eros Grau, ao indagar-se sobre este mesmo aspecto, pondera que a resposta deverá necessariamente apontar uma destas alternativas: “(a) a ‘positivação’ deles importa seu resgate do universo do direito natural; (b) essa ‘positivação’ é conseqüente ao seu descobrimento [do princípio] no interior do ‘direito positivo’”⁴³.

⁴² Ainda que o escopo do presente trabalho seja examinar tão somente princípios positivados no ordenamento brasileiro (os presentes no *caput* do art. 37 da Constituição Federal), parece-nos relevante, de qualquer modo, elucidar a questão colocada, haja vista que ela também diga respeito à normatividade de *todo e qualquer princípio*, já que, conquanto os princípios aqui cogitados foram positivados pelo legislador constituinte, não se duvida de que os mesmos existiam anteriormente, talvez sob roupagens um pouco distintas, mas ainda assim mantendo a mesma racionalidade. De modo que, mesmo no tocante a estes princípios, a pergunta se mantém: de onde surgiram? Do próprio ordenamento ou de alguma esfera moral superior?

⁴³ GRAU, ob. cit., p. 89.

Não há dúvidas que, apesar da superação do positivismo de cunho formal-legalista, baseado num esquema lógico-formal e axiomático-dedutivo, não se operou, em função disto, um retorno ao jusnaturalismo de cunho metafísico. Os princípios que atualmente permitem a operacionalização de valores em determinada ordem jurídica não decorrem de nenhuma concepção transcendental de justiça a vincular o direito positivo. Ao contrário, quando, por exemplo, Dworkin se refere à adequação dos princípios às exigências de justiça, não está de modo algum fundamentando a validade da ordem jurídica em alguma ordenamento moral transcendental, mas está apenas afirmando que através dos princípios, os quais permitirão ao intérprete visualizar determinada direção ou rumo a seguir, se poderá “abrir” o sistema (de direito positivo) para o ponderação de valores, neste já implícita ou explicitamente recepcionados.

Do mesmo modo, não são eles mera criação jurisprudencial, na medida em que a “autoridade judicial, ao tomá-los de modo decisivo para a definição de determinada solução normativa, simplesmente comprova a sua existência no bojo do ordenamento jurídico, do direito que aplica, declarando-os. (...) São, assim, *descobertos* no interior de determinado ordenamento. E o são justamente porque neste mesmo ordenamento – isto é, no interior dele – já se encontravam, em estado de latência”⁴⁴.

Dworkin secunda semelhante assertiva: “*Los principios no se basan en una decisión de ningún tribunal o órgano legislativo, sino en un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla com el tiempo*”⁴⁵. Destaca, neste sentido, a peculiaridade de que não são fruto de um ato de criação ou invenção, mas implicam uma trabalhosa tarefa de descobrimento.

É bem verdade que Larenz⁴⁶ conteste esta áurea de existência ainda não descoberta no interior da ordem jurídica. Contudo, mesmo diante de sua afirmação, de que os princípios não passariam de formulações, e não de “descobertas”, não se pode negar que tal construção advém de algum fundamento já presente no ordenamento. Deste modo, não

⁴⁴ GRAU, ob. cit., p. 114-115.

⁴⁵ DWORKIN, ob. cit., p. 95.

se trata, sob qualquer aspecto, de uma discricionariedade do juiz, mas sim de uma fundamentação retirada do sistema de direito positivo.

O estudo do Direito através dos princípios tem contribuído, deste modo,

“para a formação de uma terceira posição doutrinária verdadeiramente propedêutica, que intenta estorvar no campo constitucional as ressurreições jusnaturalistas e, ao mesmo passo, suprimir o acanhamento, a estreiteza e as insuficiências do positivismo legal ou estadualista, deixando à retaguarda velhas correntes do pensamento jurídico, impotentes para dilucidar a positividade do Direito em todas as suas dimensões de valor e em todos os seus graus de eficácia.”⁴⁷

Trata-se de uma “Jurisprudência dos Princípios”, ou “Jurisprudência dos Valores”, calcada num pós-positivismo que não abandona a positividade, mas que “conduz o pensamento jurídico ocidental a uma concepção substancialista e não formal do Direito”⁴⁸, dominando o constitucionalismo contemporâneo, juntamente com a “jurisprudência dos problemas”, calcada na tópica de Viehweg.

Deste modo, retorna-se ao problema dos princípios implícitos no sistema jurídico, os quais, por consequência são descobertos no sistema de direito, a partir, fundamentalmente das disposições constitucionais. Trata-se ainda assim de princípios positivados que incidem tal como os princípios explícitos, conforme será objeto de análise mais em outro capítulo.

Assim, em cada ordenamento, subjazem determinados princípios, contemplados, mas em estado de latência, e distintos em relação aos princípios de outros ordenamentos, já que não derivam de um mesmo ordenamento supra-positivo, mas sim decorrem da própria orientação axiológica daquele dado sistema. Santi Romano distingue, neste sentido entre duas espécies de princípios implícitos, estando uns implícitos na própria existência do Estado, na sua estrutura e nas suas atitudes concretas, e os outros que, através de processo de *analogia legis* ou *iuris*, são deduzidos de uma ou mais normas escritas que regulam casos ou matérias semelhantes, ou mesmo do conjunto de normas

⁴⁶ LARENZ, ob. cit., p. 512.

⁴⁷ BONAVIDES, ob. cit., p. 256.

⁴⁸ García de Enterría, *apud* BONAVIDES, ob. cit., p. 257.

escritas, consideradas em seu sistema.⁴⁹ Trata-se, de qualquer forma, de duas espécies de princípios implícitos, dedutíveis de modo semelhante.

Portanto, tais princípios, ainda que, mediante sua dedução se alcance um enunciado em forma descritiva, configuram de igual modo norma jurídica, até porque não diferem dos princípios positivados sequer quanto ao grau de concretização. Eros Grau brinda-nos com o exemplo do princípio da *motivação do ato administrativo*, implícito, mas dedutível a partir de uma análise conjunta dos arts. 5º, XXXIII, 37, § 3º, II e 93, IX, entre outros, da Constituição Federal, o qual é “normativamente tão denso quanto os da impessoalidade e da publicidade dos atos de Administração, inscritos em seu art. 37, *caput*, e mais denso do que o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado nos seus arts. 1º, III e 170, *caput*.”⁵⁰

1.4. O PERFIL PRINCIPALISTA DAS MODERNAS CONSTITUIÇÕES

A exposição até aqui efetuada assinala ao menos um indício do perfil das modernas constituições, rígidas e analíticas, as quais puderam, através de sucessivas contribuições doutrinárias e jurisprudenciais, afastar-se de um legalismo estrito e de cunho formal, que via nas normas programáticas total ausência de positividade, e nos princípios apenas manifestações de natureza ideológica política, resquícios dos debates prévios à promulgação das Cartas Magnas, e igualmente desprovidos de normatividade. Ao contrário, as Leis Fundamentais assumem, gradativamente, para além de sua superioridade hierárquica que impõe, a todos os demais atos normativos, buscarem seu fundamento de validade na norma maior, uma posição central em todo o processo de interpretação e aplicação do direito.

Neste sentido, a posição dos princípios constitucionais é da maior relevância, visto que passam a assumir uma função fundamentadora de todas as demais normas jurídicas, a

⁴⁹ GRAU, ob. cit., p. 105.

⁵⁰ GRAU, ob. cit., p. 111

qual adiante se fará referência. Antes contudo, parece oportuno registrar a classificação dos princípios constitucionais, efetuada por J. J. Gomes Canotilho, a qual oferece subsídios para a compreensão do modo pelos quais eles atuam.

A tipologia inicia-se com a consideração dos *princípios jurídicos fundamentais*, os quais são, na definição do mestre português, “os princípios historicamente positivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram recepção expressa ou implícita no texto constitucional”⁵¹. Possuem tanto uma função positiva, informando os atos dos poderes públicos, quanto uma negativa, em relação aos casos limites, de abuso de poder ou excesso em qualquer ato administrativo, por exemplo. Tais princípios fornecem sempre diretivas materiais para a interpretação de normas, discutindo-se atualmente até sobre a possibilidade de que sejam autonomamente acionáveis, quando não observados.

Neste rol, encontramos os princípios do Estado Democrático de Direito, bem como da inafastabilidade do Poder Judiciário, da proibição do excesso, e ainda os princípios estabelecidos no *caput* do art. 37, os quais interessam para efeitos desta investigação.

Na seqüência, destacam-se os *princípios políticos constitucionalmente conformadores* que revelam a decisão política em torno das linhas básicas da estrutura estatal, suas valorações fundamentais. Reflete-se neles a ideologia da constituição, definindo a forma de Estado, expressando-se, em nosso ordenamento, pelos princípios democrático, da soberania popular, federativo, republicano, da separação dos poderes, da livre iniciativa, da valorização do trabalho, da função social da propriedade e dos atos negociais e da proteção da entidade familiar, entre outros. Possuem estes valores igualmente uma função tanto positiva, quanto negativa, em casos extremos.

Seguem os *princípios constitucionais impositivos*, os quais impõem ao Estado, e ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas, sendo portanto prospectivamente orientados. Tais proposições definem os fins do Estado, consubstanciando efetivas normas programáticas, as quais vincularão o legislador, na sua tarefa de realizá-los, e

⁵¹ CANOTILHO, ob. cit., p. 171.

atuando negativamente, na medida em que se atue em sentido contrário à sua concretização. Pode-se exemplificar tal categoria com os princípios inscritos no art. 3º da Carta Magna (cujo *caput* já expressa tratarem-se de objetivos a serem perseguidos pela República Federativa do Brasil), além do princípio da dignidade humana, na forma que lhe confere o art. 170, como política a ser implementada.

Por fim, destacam-se os *princípios-garantia*, que visam reconhecer direta e imediatamente garantias aos cidadãos, os quais possuem, geralmente, densidade maior, sendo portanto mais facilmente juridicamente acionáveis, tanto que muitos deles possuem igualmente remédios jurídicos para a sua perseguição em juízo. Tais princípios são contudo igualmente oponíveis ao legislador, quando desempenhando a função legislativa. São exemplos boa parte dos incisos do art. 5º, bem como o seu próprio *caput*.

Ressalte-se, quanto a esta divisão, o fato de que muitas vezes a inserção de determinado princípio em uma ou outra categoria não resulta fácil. Isto porque os próprios conteúdos destas categorias muitas vezes se interpenetram, bem como pelo fato de que os princípios são muitas vezes formulados de modos diversos, possuindo, em torno de uma mesma designação, contornos sensivelmente distintos. Ademais, destaque-se que, segundo o próprio Canotilho, tais princípios dividir-se-ão em uma outra classificação, consoante a essencialidade que desempenhem no sistema. Tratar-se-ia então de *princípios jurídicos estruturantes*, *princípios constitucionais gerais* e *princípios constitucionais especiais*.

De qualquer forma, tais classificações não comprometem de modo algum a juridicidade de qualquer princípio, o qual independentemente de sua posição na classificação demonstrada, constitui norma jurídica e, como tal, pode ser utilizado, independentemente de divergências quanto às suas eficácias positiva e negativa.

Ainda, advirta-se que a classificação antes operada, conquanto somente contenha exemplos de princípios positivos do direito, alberga igualmente os princípios implicitamente considerados no sistema constitucional. Afinal, os princípios citados são meramente exemplificativos, tendo-se por comodidade selecionado princípios explícitos.

Deste modo, prevalece nos dias atuais a base principialista, fruto de diversas contribuições teóricas que buscaram fortalecer a Constituição enquanto alicerce fundamental do sistema jurídico, não obstante se mantenha o conteúdo carregadamente ideológico dos documentos constitucionais⁵², resultado de um tempo em que o constitucionalismo social apenas buscava consolidar-se.

Dentre estes contributos teóricos, merece destaque a noção trazida por Hesse, a respeito da *força normativa da Constituição*, dada a sua relevância no sentido de reiterar a eficácia de toda e qualquer norma constitucional. Hesse “esforça-se por demonstrar que o desfecho do embate entre os fatores reais de poder e a Constituição não há de verificar-se, necessariamente, em desfavor desta.”⁵³ O autor procura contestar, assim, a tese sustentada quase um século antes por Ferdinand Lassale, em conferência denominada “A Essência da Constituição”, na qual este sustentava que as questões constitucionais seriam questões predominantemente políticas e não jurídicas. O texto constitucional seria assim dominado pelos chamados fatores reais de poder, os quais constituiriam o conjunto de forças dominantes numa dada sociedade, na medida de poder que cada um destes fatores possuísse. A Constituição escrita, por sua vez, deveria refletir exatamente estes fatores reais de poder que regem a nação, sendo aquela “nada mais que um pedaço de “folha de papel” onde esses fatores são documentados, impressos, tornando-se verdadeiro direito.”⁵⁴ Neste sentido, a Constituição Jurídica será apenas vinculante quando corresponde à *Constituição Real*.

Semelhante concepção era coerente com determinado momento histórico, no qual, conforme já analisado, as Constituições não careciam de maior eficácia normativa, salvo

⁵² Loewenstein exemplifica com inúmeras Constituições do séc. XX, as quais conservam não apenas a ideologia social ou social-democrata que as orientou, como também outras bandeiras políticas, como a mentalidade católica, a predominar nas Constituições portuguesa (1933), austríaca (1934) e da Irlanda (1937), ou o ideal federalista, presente nas Cartas alemã (1949) e italiana (1947). Cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1976, p. 200.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira, em apresentação à obra de HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1991, p. 5.

⁵⁴ SCHIER, Paulo. *Filragem Constitucional- Construindo uma nova dogmática jurídica*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1999, p. 68.

para estabelecer a estrutura básica do Estado, a qual seria, por assim dizer, consensualmente “acertada” pelo conjunto de fatores reais de poder (rei, nobreza, grande burguesia, banqueiros, e em segundo plano, pequena burguesia e classe operária).⁵⁵

Konrad Hesse, no entanto, buscará uma nova leitura da relação entre constituição formal e constituição material, principalmente porque considera que aceitar aquela posição, ou seja, “a de um efeito determinante exclusivo da Constituição Real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição Jurídica”, estando o Direito Constitucional em “contradição com a própria essência da Constituição”⁵⁶. Desta forma, procurará investigar se, para adiante da força oriunda destes componentes sociais, haveria também uma força determinante *do* Direito Constitucional.

Desenvolvendo a partir daí suas proposições, o referido autor vai salientar a existência de um espaço relacional, onde atua, de um lado, a *pretensão de eficácia* da Constituição, de sua realização sobre o real, como dado jurídico, e as *condições de realização*, como dado real, a criar uma tensão que condiciona reciprocamente estes dados.

Há contudo condições necessárias para que a Constituição possa atuar de um tal modo. Requer-se que ela encontre o *germe material de sua força vital*, ou seja, a norma constitucional somente logrará atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente, vinculando-se às forças espontâneas e tendências dominantes do seu tempo⁵⁷. Somente assim poderá ela impor tarefas, que serão realizadas desde que haja a vontade de realizá-las, circunstância a qual o autor denomina de *vontade de constituição*. Esta vontade, que assemelha-se ao conceito de *sentimento constitucional*, referido por Loewenstein⁵⁸, origina-se a) a partir da compreensão da necessidade e do valor de uma

⁵⁵ Destaque-se apenas ainda a observação de Schier: “não se faz necessário repetir que espécies de concepções como esta rechearam os discursos das teorias críticas no Brasil, acarretando, como se falou, num conseqüente esvaziamento da dignidade normativa do Direito, uma vez que toda vinculatividade e toda força normativa encontravam-se na sociedade, nos fatores reais de poder, e não na ordem jurídico-formal”(SCHIER, ob. cit., 71).

⁵⁶ HESSE, ob. cit., p. 11.

⁵⁷ HESSE, ob. cit., p. 18.

⁵⁸ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1976, p. 200.

ordem jurídica inquebrantável, a proteger o Estado contra o arbítrio; b) pela compreensão de que esta ordem precisa estar em constante processo de legitimação; e c) a compreensão de que esta ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana, que a manterá por atos volitivos⁵⁹.

Quanto aos pressupostos de eficácia da Constituição, Hesse afirma que quanto mais a Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, mais ela desenvolverá sua força normativa. Este desenvolvimento depende também da *praxis* constitucional, por todos os partícipes da vida constitucional⁶⁰, através, principalmente de um respeito e preservação dos *princípios constitucionais*, a todo custo, mesmo que isto revele contrário a algum interesse particular momentâneo.

A partir da obra de Hesse, deve-se, portanto, concluir, dada a vinculatividade existente na Constituição em sentido jurídico, pela necessidade de substituir-se as noções de Constituição em sentido formal e material, pela idéia de *sistema constitucional*⁶¹. A importância de semelhante noção reside precisamente no fato de que ela abarca concomitantemente o texto normativo escrito, fonte das normas constitucionais, e a realidade subjacente, que inelutavelmente atua na própria juridicidade das normas. Deste modo, o sistema constitucional configuraria um sub-sistema do sistema jurídico como um todo, mas ainda assim de importância fundamental, já que traz em si normas, todas elas imperativas, que fundamentam e informam todas as demais existentes num dado ordenamento jurídico.

1.5. A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO QUADRO DA NOVA HERMENÊUTICA

A exposição efetuada até este momento permite visualizar de modo claro as diversas funções desempenhadas pelos princípios no sistema jurídico. Conforme já

⁵⁹ HESSE, ob. cit., p. 19-20.

⁶⁰ Quanto a este aspecto, mencione-se também a contribuição de Häberle, que, em momento posterior, irá buscar ampliar o rol de partícipes constitucionais, lançando as bases para um pluralismo na interpretação constitucional.

mencionado, vai longe o tempo em que estes, com base na redação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, tinham como principal escopo a supressão das lacunas existentes. Não que esta função lhes haja sido suprimida; existem, contudo, inúmeras outras que se desenvolveram, as quais, levando-se em conta a exposição já efetuada, vai-se apenas enumerar, sem maiores delongas.

Assim, com base nas lições de Bobbio e Trabucchi, citadas por Bonavides⁶², pode-se conferir aos princípios cinco funções distintas, a saber: primeiramente, a *integrativa*, mais antiga e tradicional, decorrente de um momento onde o pensamento jurídico não os considerava como normas, mas de algum modo como entes qualitativamente distintos destas. Neste sentido, possuíam eles simplesmente a função de suprir eventuais insuficiências da Lei e do Costume, haja vista que o ordenamento jurídico deveria, por um imperativo lógico, ser completo.

Ainda que não se trate da mais importante função que os mesmos exerçam, não se pode renegá-la, uma vez que, em caso de lacunas, os princípios devem, mais do que nunca assumir a função de permitir ao intérprete criar a norma individualizada. Em outras palavras, uma vez aceito o pressuposto de que eles constituam normas que formam a estrutura básica do sistema, é dizer, suas orientações e direções deonticas mais profundas, a falta de regra que venha a regular uma dada situação não vai de modo algum obstaculizar a aplicação direta de um princípio ao caso concreto, a orientar a construção da norma concreta.⁶³ Neste caso, portanto, o princípio seria diretamente aplicável, sem que necessitássemos da interposição de uma regra. Não obstante, a necessidade de uma

⁶¹ SCHIER, ob. cit., p. 76.

⁶² BONAVIDES, ob. cit., p. 254.

⁶³ A despeito de toda a distinção efetuada até aqui, no sentido de mencionar normas como sendo o gênero, do qual fariam parte as regras e os princípios, vem-se agora mencionar a existência de normas concretas. É que cumpre, neste momento, diferenciar normas abstratas, a regular condutas para um número indefinido de sujeitos e situações, no qual inserem-se justamente os princípios e as regras, de normas já “aplicadas” a um determinado caso em especial. Tal perspectiva construtivista da norma jurídica está presente na linha adotada por este trabalho e busca, acima de tudo, ressaltar, o viés criativo, e não reprodutivo, que devem possuir os operadores do direito em sua atividade (vide nota 11, quanto a estes pressupostos). Cf., ademais, Capítulo III, item 3.3.

mediação concretizadora ainda assim far-se-ia necessária, neste caso pela atividade do juiz ou outro operador do direito.

Pode-se dizer, portanto, a partir desta concepção principialista do direito aqui exposta, que a própria aplicação da analogia, prevista no citado artigo da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como da equidade, prevista, dentre outros dispositivos de nosso ordenamento, no art. 1456 do Código Civil, nada mais são do que aplicações de princípios jurídicos aos casos concretos. Em primeiro lugar, a analogia nada mais é do que a busca de um princípio reitor semelhante entre uma determinada regra e a matéria a qual busca-se regular. Em outras palavras, sabendo-se da existência de uma regra a qual poderia, mediante analogia, ser aplicada àquele caso, a condição para que efetivamente tal aplicação ocorra é precisamente que ambos tenham sua orientação determinada por um princípio comum, a indicar a orientação teleológica dos mesmos. Deste modo, quando se diz estar aplicando analogicamente uma outra regra, nada mais se faz que buscar nesta outra o seu princípio fundamentador, e verificar se este é também aplicável ao caso que necessita de uma regulação, utilizando-o se possível.

Com relação à equidade, parece-nos que esta nada mais é do que o próprio ideal de justiça estabelecido por uma determinada comunidade⁶⁴, estando, portanto, presente em todos os princípios do ordenamento jurídico, que nada mais são do que concretizações daquela, tornando-a mais densa. Deste modo, ao aplicar a equidade, que de resto sempre deve orientar o juiz, o mesmo fatalmente se utilizará de princípios, porquanto sejam estes menos abstratos, e portanto, mais próximos à concretude do caso, do que o extremamente vago ideal da justiça.

Ademais, os princípios exercem, no dizer de Bobbio, funções *diretivas* e *limitativas*, é dizer, atuam influenciando a tarefa do legislador, seja positiva, seja negativamente. A função diretiva é própria da programaticidade existente em alguns princípios constitucionais, os quais portanto estabelecem deveres ao legislador ordinário,

o qual deverá, em sua labor, buscar efetivá-los através da criação de instrumentos e políticas públicas adequadas. Trata-se, por óbvio, de exigência de difícil realização, haja vista a dificuldade existente, verificável na prática da política pátria, de se exigir atitudes positivas do Poder Legislativo. Afinal, a política é, por excelência, atividade em que a conveniência e a oportunidade imperam, sendo difícil, destarte, obrigar-se o legislador a legislar em determinado momento.

Uma quarta função a ser assumida pelos princípios seria a *interpretativa*, ou seja, a orientação no trabalho interpretativo. Parece-nos que esta função é decorrência de uma quinta, que seria precisamente o intuito *fundamentador* dos princípios, e portanto nela está inserida. Significa dizer que, por constituírem-se de valores fundamentais presentes numa dada ordem jurídica, otimizando-os e densificando-os, os princípios gerais fundamentam todas as regras e demais princípios inferiores existentes. Neste sentido reside também a importância de se situar os princípios gerais de direito no âmbito da Constituição tornando-os princípios constitucionais. Afinal, Paulo Schier lembra da lição de Canotilho, ao dizer que “toda ordem jurídica deva ser *lida à luz* dela, de modo a eliminar as normas que não se conformem com ela.”⁶⁵ Assim sendo, resulta evidente a necessidade de se tomar a axiologia constitucional como elemento vinculante para a leitura de qualquer dispositivo legal. Esta, por sua vez, somente existe na medida da existência de princípios, a permitirem a entrada no sistema de valores e de suas diversas configurações ao longo do tempo.

Destarte, a função fundamentadora é pressuposto da função interpretativa, através da qual qualquer dispositivo existente na ordem jurídica deve ser lido a partir dos princípios aplicáveis. Do mesmo modo, um eventual conflito entre duas regras aplicáveis ao caso pode ser resolvido pela visualização dos princípios que incidem sobre cada uma

⁶⁴ Sobre a equidade, cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1989; e ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: Introdução e Teoria Geral- Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, 1ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 1994.

⁶⁵ SCHIER, ob. cit., p. 102.

destas regras, buscando-se então confrontá-los e extrair deste embate a melhor solução possível, ou seja, a regra a ser aplicada ao caso concreto⁶⁶.

É esta função fundamentadora que permitirá, ademais, estruturar conceitos como os de *preeminência normativa da constituição e filtragem constitucional*, a serem tratados no Capítulo três deste trabalho.

Por hora, apenas ressalta-se as diversas funções nas quais são os princípios atualmente aplicáveis, destacando-se principalmente as últimas aqui mencionadas, por constituírem inovação aos critérios estabelecidos pela hermenêutica tradicional, entendendo-se esta como a oriunda de um positivismo assentado em pressupostos lógico-formais, a qual por decorrência não permitia a introdução no sistema de modelos mais abertos à cogitação sobre valores, como são os princípios na formulação que a eles é conferida atualmente.⁶⁷

Neste sentido é que se refere a uma Nova Hermenêutica, termo extraído de Bonavides, mas presente igualmente em diversos outros autores⁶⁸, e que retrata a compatibilização de um método hermenêutico com as contribuições pós-positivistas (em especial, a conexidade entre direito e moral, de Dworkin), da teoria material da Constituição e do método concretista de interpretação constitucional.⁶⁹ Tal hermenêutica

⁶⁶ Não se pretende aqui entrar na discussão acerca dos diversos critérios de solução de antinomias, nem mesmo afirmar que a ponderação entre princípios substituiria a tradicional aplicação dos critérios cronológico, hierárquico ou da especialidade, principalmente porque estes também configuram em si mesmos princípios. Apenas se cogita, na certeza de que esta questão demanda estudos mais aprofundados, da solução de conflitos entre regras a partir do balanceamento entre os princípios que os informam. A propósito, cf. Bobbio (Teoria do Ordenamento Jurídico, 8ª ed., UNB, Brasília, 1996.)

⁶⁷ Bonavides (ob. cit., p. 242) refere-se a esta como a Velha Hermenêutica, “toda guiada ainda por uma metodologia de inspiração positivista na linha dos clássicos da Ciência Jurídica do séc. XIX e princípios deste século”. Não cabe aqui uma abordagem mais detalhada das diversas escolas que integram tal conceito, devendo-se apenas ressaltar a variedade de correntes e concepções divergentes que estariam reunidas sobre este mesmo rótulo.

⁶⁸ Cf. AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1989, STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 2ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000; e SCHIER, Paulo. *Filtragem Constitucional- Construindo uma nova dogmática jurídica*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1999, p. 68.

⁶⁹ Foge ao âmbito desta pesquisa a extensa análise destes conceitos, os quais são aqui apenas citados, sem que sejam necessários maiores comentários, a despeito de alguns deles já terem o seu conteúdo

permitiria, não somente no Direito Constitucional, mas igualmente nos demais ramos do direito, principalmente àqueles que, tal como o Direito Administrativo, tem sua disciplina jurídica expressamente fundada na Constituição Federal, uma abordagem que possibilite um mais amplo acesso à tríade formada por regras, princípios e valores, a conformar uma disciplina mais próxima da realidade axiológica subjacente aos textos legais.

CAPÍTULO II

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1. CONCEITO E ACEPÇÕES

A disciplina jurídica da Administração Pública instaura-se na própria Constituição Federal, a qual, por razões de predominância hierárquica em relação aos demais dispositivos legais, precede em termos lógicos a estes. Neste sentido, sua regulação básica integra o Título III da Magna Carta, que trata da organização do Estado. Busca-se aí estruturar o regime federativo, já estabelecido enquanto princípio fundamental do Estado nos arts. 1º, 3º e 60, § 4º, discriminando as competências e bens da União, dos Estados e do Distrito Federal, dos Municípios, além de regular a eventual existência de territórios federais. Como último capítulo a regular este título encontra-se a Administração Pública, donde se extrai que o termo refere-se a cada um dos entes federativos separadamente, é dizer, cada um possuindo sua própria administração.

Tal distinção é secundada pela própria redação do art. 37, o qual estabelece as regras básicas a que qualquer uma destas administrações deve sujeitar-se, referindo-se, neste sentido, aos diversos entes federativos (excluídos logicamente os territórios, por não constituírem pessoas políticas da federação), bem como aos Poderes que integram quaisquer deles.

Cretella Junior elabora crítica ferrenha à tal disposição de matérias, afirmando que a Constituição de 1988

“incidiu, primeiro, no erro de colocá-la antes da Organização dos Poderes, fazendo-a preceder o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário, incidindo, depois, num segundo lapso, quando no art. 37 se referiu à Administração “direta” e “indireta”, “em qualquer dos Poderes”, cometendo ainda um terceiro engano técnico, quando mencionou a Administração

“indireta ou fundacional”, pois como se sabe, a “fundação pública” nada mais é do que espécie do gênero “autarquia” e esta, por sua vez, é subdivisão da “Administração Indireta”⁷⁰.

Parece-nos, contudo, que o objetivo de ressaltar a autonomias entre as Administrações Públicas dos diversos entes federativos justifica sua inclusão no título que trata da divisão federativa, prevendo, ademais, sua presença “em qualquer dos poderes”, não para significar que o Poder Judiciário e o Legislativo também pudessem criar uma estrutura de administração indireta, com suas próprias autarquias ou fundações, mas apenas para conferir à disciplina de princípios e regras que então é enumerada neste mesmo art. 37 uma idéia de completude, de modo que as referidas disposições apliquem-se a todas as administrações existentes. Quanto ao mencionado erro de se referir à Administração “fundacional”, o mesmo já foi eliminado com a emenda 19/98, a qual elimina o termo antes atacado.

Impõe-se, a partir desta disciplina constitucional a definição do que seja Administração Pública e do que exatamente ela vem abarcar. Neste sentido, é mister ponderar que não há na doutrina um absoluto consenso sobre definição e extensão deste termo. Não obstante, a partir das diversas considerações analisadas, é possível estabelecer uma aproximação com os objetivos que o texto constitucional quer implementar.

O vocábulo administração traz, seja no direito privado, seja no direito público, uma conotação que evidencia a indisponibilidade daquele que administra com relação ao que é administrado. Tanto em um quanto em outro, “ os atos de administração limitam-se aos de guarda, conservação e percepção dos frutos dos bens administrados; não incluem os de alienação. (...) Há uma atividade dependente da **vontade externa**, individual ou coletiva, vinculada ao princípio da finalidade; vale dizer que toda a atividade de administração deve ser útil ao interesse que o administrador deve satisfazer”.⁷¹ Nas palavras do mestre

⁷⁰ CRETELA JUNIOR, José, *Curso de Direito Administrativo*, 14^a ed., Forense, Rio de Janeiro, 1995, p. 18. As mesmas críticas são efetuadas por Hely Lopes Meireles (*Direito Administrativo Brasileiro*, 18^a ed., Malheiros, São Paulo, 1993, p. 59).

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 12^a ed., Atlas, São Paulo, 1999, p.53.

Rui Cirne Lima, “a Administração é atividade de quem não é senhor absoluto.”⁷² A Administração Pública, por sua vez, atua em função de uma finalidade cogente, não estabelecida por ela própria, mas por órgãos encarregados da função política no Estado.

De um modo geral, o conceito de Administração Pública é trabalhado segundo um viés subjetivo ou formal e outro objetivo ou material. Consoante o primeiro sentido, seria o “conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo”⁷³, ou então, o “complexo de órgãos aos quais se confiam funções administrativas, a soma das ações e manifestações da vontade do Estado, submetidas à direção do chefe do Estado”⁷⁴. O sentido objetivo, por outro lado, é dado pela “atividade concreta do Estado dirigida à consecução das necessidades coletivas de modo direto e imediato”⁷⁵.

Segundo o sentido propiciado por este viés objetivo, a Administração Pública seria a própria função administrativa, que compete, predominantemente, ao Poder Executivo. Convém, portanto, distingui-la das demais funções exercidas pelo Estado, a saber, as funções política, legislativa e jurisdicional. Com relação às duas últimas, não há qualquer problema, pois basta a análise dos atos emanados por cada um dos órgãos competentes, a fim de visualizar-se as diferenças.

Assim, a legislação “é ato de produção **primário**, porque fundado única e diretamente no poder soberano, do qual constitui exercício direto e primário; mediante a lei, o Estado regula relações, permanecendo acima e à margem das mesmas.”⁷⁶ Já a jurisdição atua praticando atos de produção jurídica **subsidiários**, que se exerce apenas quando os interessados não cumprem a lei espontaneamente, enquanto a administração é emanção de atos **complementares**, atuando independentemente de provocação da parte interessada para que a vontade contida no comando legal seja cumprida e alcançados os fins estatais.

⁷² LIMA, Ruy Cirne. *Princípios do Direito Administrativo Brasileiro*, 3ª ed., Sulina, Porto Alegre, 1954.

⁷³ MEIRELES, ob. cit., p. 60.

⁷⁴ CRETELA JUNIOR, ob. cit., p. 15.

⁷⁵ CRETELA JUNIOR, ob. cit., p. 15.

⁷⁶ DI PIETRO, ob. cit., p. 55.

Esta função de emanar atos complementares é indicativa de uma concepção de função administrativa em sentido amplo, ou seja, compreendendo também uma função política ou de governo, “que implica uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins da ação do Estado, a assinalar as diretrizes para as outras funções, buscando a unidade da soberania estatal.”⁷⁷

Tal função de governo não integra o conceito de Administração Pública⁷⁸, em seu sentido estrito, cumprindo portanto, distingui-la da função administrativa propriamente dita. Impõe-se aqui também o estabelecimento de um conceito objetivo de Governo, referindo-se à sua expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado, onde a discricionariedade alcança patamares sensivelmente superiores aos geralmente encontrados na função administrativa. Subjetivamente, tal função é repartida, no direito brasileiro, entre executivo e legislativo, com acentuada predominância do primeiro. Não convém porém determinar *a priori* os órgãos aos quais incumbe realizar esta função, uma vez que a tênue distinção entre função administrativa e política gera, muitas vezes, uma dualidade de funções que são praticadas por um mesmo órgão.

Ressalte-se ainda que, conquanto a função administrativa seja, no âmbito dos diversos entes federativos, exercida preponderantemente pelo Poder Executivo, ela é também realizada pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo, haja vista que sua autonomia implica necessariamente que exerçam tarefas administrativas. Afinal, não há uma absoluta separação de poderes, mas sim distribuição de funções estatais entre órgãos independentes e harmônicos entre si. Hely Lopes Meirelles aduz ainda que o termo “separação de poderes”, como se estes fossem estanques e incomunicáveis, não é próprio da teoria de Montesquieu, tendo o pensador francês se utilizado preferentemente da expressão “equilíbrio entre os poderes”.

⁷⁷ Alessi, *apud* DI PIETRO, ob. cit., p. 56.

⁷⁸ Em sentido amplo, ao contrário, Administração Pública estaria composta tanto pela função administrativa, quanto pela função política.

Efetuada estas distinções prévias, é possível cogitar-se de um conceito objetivo de Administração Pública⁷⁹, valendo-se para tanto, num primeiro momento, dos ensinamentos de Marcelo Caetano, para quem a Administração Pública

“é o conjunto de decisões e operações, mediante as quais o Estado e outras entidades públicas procuram, dentro das orientações gerais traçadas pela Política, diretamente ou mediante estímulo, coordenação e orientação das atividades privadas, assegurar a satisfação regular das necessidades coletivas de segurança e de bem-estar dos indivíduos, obtendo e empregando racionalmente para esse efeito os recursos adequados.”^{80 81}

Trata-se, portanto, de um conjunto de atividades destinadas a atender concretamente as necessidades coletivas, seja por meio de normas de caráter geral e abstrato (vinculadas contudo à legalidade), seja através de atos concretos. Neste sentido, a atividade administrativa abrange o fomento (aí incluída a intervenção) a polícia administrativa e o serviço público.

O fomento congrega a atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de utilidade pública, através de subvenções, financiamento, favores fiscais ou desapropriações. Em sua modalidade de intervenção, compreende a regulamentação e fiscalização da atividade econômica de natureza privada, bem como a atuação direta do Estado no domínio econômico. A polícia administrativa compreende toda atividade de execução das chamadas limitações administrativas, que são restrições impostas por lei ao exercício de direitos individuais em benefício do interesse público. Por fim, o Serviço

⁷⁹ Ainda no tocante à submissão da Administração Pública às funções políticas do Estado, Debbasch, citado por Wolgran Ferreira, aduz que “*L’administration publique...- est constituée par l’ensemble de services publics dont la bonne marche permet la réalisation des objectifs définis par le pouvoir politique; constitue l’instrument de réalisation de choix politiques. Sa fonction est comparable à celle d’un intermédiaire: elle assure, paralelement au processus représentatif, le contact entre le gouvernements e les citoyes. A cette fin, elle informe, elle prépare, elle prévoit, elle exécute*” (apud FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Princípios da Administração Pública*, Edipro, Bauru, 1995).

⁸⁰ CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*, Forense, 1970, p. 5.

⁸¹ De um modo geral, os autores têm seguido esta linha eclética de buscar unir os aspectos formal e material. É o que se percebe pelo relato de Giannini (GIANNINI, Massimo Severo, *Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, p.77), ao referir-se aos conceitos de Santi-Romano e Zanobini.

Público é toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público⁸².

Conjugando este sentido material, o qual faz equivaler a Administração Pública com a função administrativa, com outro formal, a estabelecer um determinado número de sujeitos que a integram, pode-se obter uma visão ampla da Administração Pública. Afinal, como diz Cretella Júnior, “uma posição radical, excluindo as demais, é passível de censura, porque a posição adotada por um autor, resultando da convergência de ponderada meditação a respeito da realidade objetiva, reflete o ângulo ou os ângulos em que o observador se situa”⁸³.

Neste sentido, a Administração Pública corresponde ao “conjunto de órgãos e pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do estado”⁸⁴. Neste sentido, ela é formada por uma administração direta, ou centralizada, composta pelo conjunto de órgãos pertencentes à própria pessoa política, ou seja, o ente federativo, e por uma administração indireta, ou descentralizada, composta pelas pessoas jurídicas criadas ou autorizadas pelo ente federativo, a fim de especializar a execução de alguns serviços.

No que diz respeito à administração direta, será esta composta, em cada um dos entes da estrutura federativa, de órgãos e agentes, com competências e atribuições legalmente definidas, mas todas subordinadas ao Poder Executivo de cada uma das esferas governamentais autônomas.

A enumeração legal das pessoas que compõem a Administração Pública Indireta em âmbito federal foi instituída pelo Decreto-lei 200, de 25/02/67, o qual, em seu art. 4º (cuja redação é dada pela lei nº 7.596/87), determina que a administração indireta é formada pelas seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas. Não é o escopo desta pesquisa investigar mais profundamente cada uma destas

⁸² DI PIETRO, ob. cit., p. 59-60.

⁸³ CRETELA JUNIOR, ob. cit., p. 15.

figuras, devendo-se apenas analisar uma questão que nos parece relevante. As entidades paraestatais, ou seja, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, cujo regime é predominantemente de direito privado, integram a Administração Pública?⁸⁵

Cogita-se desta questão visto que estas entidades atuam geralmente na exploração de atividade econômica, seja em regime de monopólio, seja mediante competição, e a sua inclusão no conjunto de entes que compõem a Administração redundaria no respeito aos dispositivos constitucionais que regem esta, ou pelo menos, aos princípios enunciados no *caput* do art., 37, visto que as demais regras presentes naquela disciplina já trazem em si elementos que possibilitam a exclusão dos entes paraestatais de sua incidência (por exemplo, toda a disciplina dos servidores públicos, constante dos arts. 37 e seguintes, que logicamente àqueles não se aplica).

Tal dúvida diz respeito justamente a qual dos sentidos a Administração Pública será tomada preponderantemente, se no sentido subjetivo ou no sentido objetivo. É que se a opção é feita pelo sentido objetivo, impõe-se uma análise das atividades que são realizadas pelas empresas estatais⁸⁶, a fim de se verificar sua inclusão ou não neste rol.

Conforme já aventado, o Estado efetua as atividades de serviço público e intervenção, sendo esta uma modalidade de fomento. As empresas estatais podem, portanto, atuar em qualquer destas atividades.

Eros Grau, por sua vez, analisando os dispositivos constitucionais atinentes à Ordem Econômica, estabelece importante distinção entre Atividade Econômica em sentido amplo, a constituir o gênero, do qual são espécies a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público. Em sentido amplo, o termo Atividade Econômica constaria do *caput* do art. 170 e no art. 174 da Lei Fundamental. Em sentido estrito,

⁸⁴ DI PIETRO, ob. cit., p. 62.

⁸⁵ Semelhante questionamento desdobra-se em um outro importante viés, no momento em que tais entidades, a par desta indagação, sofrem ainda, a partir da década de 90, com o processo da privatização ou desestatização. Com o surgimento deste fenômeno, é de se cogitar até que momento estariam tais entidades sujeitas, de um modo geral, à publicidade ou à impessoalidade, por exemplo. Evidentemente, respostas satisfatórias a semelhantes questões demandariam pesquisas bem mais extensas.

⁸⁶ Utiliza-se deste termo doravante para incluir as empresas públicas, as sociedades de economias mistas e, segundo alguns, as demais empresas estatais que não se amoldam a nenhum destes dois modelos legais.

abarcando portanto um tipo de atividade de intervenção do Estado, qual seja, a intervenção por absorção (regime de monopólio) e a intervenção por participação (competição), constaria a redação do art. 173, e de seu § 1º⁸⁷.

Tal distinção é relevante porque, para alguns autores, este tipo de intervenção, qual seja, por absorção (art.177) ou participação (art.173), perceptíveis por uma atuação direta do Estado no domínio econômico, não constitui função administrativa, e portanto, não integra a Administração Pública. Tal atividade não seria “assumida pelo Estado como atividade pública”, mas sim exercida “conservando a sua condição de natureza privada, submetendo-se, por isso mesmo, às normas de direito privado que não forem expressamente derogadas pela Constituição”⁸⁸.

Deste modo, haveria que se distinguir entre empresas estatais que prestam serviço público, integrando estas sem qualquer dúvida a Administração Pública, e outras que exercem atividade econômica em sentido estrito, as quais neste caso, estariam excluídas de tal conceito.

Não obstante, quer nos parecer que, por meio dos dispositivos existentes no decreto-lei 200/67, o legislador brasileiro deu prioridade ao sentido subjetivo de conceituação da Administração Pública, buscando enumerar as categorias de entidades da Administração Indireta. Ainda que tal dispositivo se aplique, em princípio, apenas à União, não há dúvida de que ele serviu de indicativo para os demais entes federativos, os quais aproveitaram-se, nas suas atuações legislativas, das categorias ali consagradas.

Deste modo, tendo em vista a noção de totalidade que o art. 37 quer abarcar, referindo-se a *todos* os Poderes de *quaisquer* dos entes federativos, na Administração

⁸⁷ GRAU, ob. cit., p. 132 e ss. Não se olvida aqui que o referido autor analisa a questão sob diversos outros matizes, incluindo também uma diferenciação entre aspecto estrutural e aspectos funcionais, interno e externo, a fim de verificar, em cada um destes, qual seria o regime dominante, bem como da divisão entre serviços públicos privativos e não privativos (a partir de distinção efetuada por Celso Antônio Bandeira de Mello), no escopo de definir em que espécie de serviços entraria a atuação dos concessionários e permissionários de serviço público, os quais sujeitar-se-iam, no que lhes é pertinente, às regras da Administração Pública e aos seus princípios. Para o objetivo aqui visado, contudo, abre-se mão destas extensas distinções, posto que relevantes.

⁸⁸ DI PIETRO, ob. cit., p. 60.

direta ou *indireta*, as regras enumeradas neste dispositivo aplicam-se, em princípio, a quaisquer empresas estatais, ressalvando-se, por óbvio, aqueles que, por sua própria natureza, não lhes são aplicáveis. Com relação aos princípios expostos no *caput* do art. 37, estes se aplicam, por conseguinte, a todas as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, efetuadas as necessárias ponderações àquelas que exercem atividade econômica em sentido estrito, principalmente quando atuam em competição com empresas particulares. Exemplificando, o princípio da publicidade lhes é aplicável, embora mitigado em função da necessidade de resguardo de informações cuja transferência poderia acarretar desigualdades em relação a suas competidoras privadas.

Por fim, ressalte-se apenas que mesmo empresas particulares, quando atuando como concessionárias ou permissionárias de serviço público privativo, recebem o influxo da disciplina concernente à Administração Pública, sujeitando-se igualmente aos princípios constitucionais que a regem.

2.2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

Os diversos problemas com que se deparou na seção anterior revelam a dificuldade de buscar reunir os diversos regimes jurídicos distintos, sejam de direito privado (e aí se imporá uma análise caso a caso de cada uma das empresas estatais, concessionárias e permissionárias existentes, já que as leis que autorizam suas existências estabelecem, para cada uma, um regime distinto quanto a alguns aspectos), sejam de direito público (e neste caso também haverá distinções quanto aos regimes de cada autarquia e fundação pública). Por esta razão, a doutrina do Direito Administrativo tem buscado construir uma categoria que pudesse centralizar as normas de direito administrativo. Em outras palavras, tem-se buscado conceitos ou valores centrais que permitissem ao Direito Administrativo uma autonomia científica e didática, através da construção, em torno daqueles, de um sistema, ou melhor, de um subsistema, porquanto as normas de Direito Administrativo, integram, como de resto todas as demais, o sistema jurídico. Este, por sua vez, tem como subsistema

fundamental o sistema constitucional, do qual é possível extrair regras e princípios que informarão os demais subsistemas.

É neste sentido que os autores tem buscado em diversos conceitos a elaboração daquela categoria central, que estaria, segundo a doutrina francesa do início do séc., XX, na noção de *serviço público*, conforme lição de Duguit, para quem esta noção estaria inclusive além da lei, ou seja, se impondo esta. Jêze, neste sentido, busca transformar esta noção sociológica em jurídica, na medida em que pretende localizá-lo na “intenção dos governantes”⁸⁹. Do mesmo modo, outras noções surgiram com este intuito de buscar um conceito central que atraísse para si todas as normas de Direito Administrativo. Apenas exemplificativamente, cita-se aqui as teorias legalista, do Poder Executivo, orgânico-formal, das relações jurídicas e dos fins do Estado⁹⁰, sem pretender aqui analisá-las.

No Brasil, Cirne Lima já mencionava a relação jurídica administrativa como critério para a elaboração científica desta disciplina, a qual se estruturaria “ao influxo de uma finalidade cogente”, permitindo assim distinguir-se os atos de administração dos atos de propriedade, a partir do dever e da finalidade naquela presentes.⁹¹

É a noção de regime jurídico administrativo, contudo, que tem permitido, mais recentemente, a construção sistemática desta disciplina. Tal construção possui, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, o escopo de “conhecer o direito administrativo como um sistema coerente e lógico, investigando liminarmente as noções que instrumentam sua compreensão sob uma perspectiva unitária”. Tal sistema “designamos regime jurídico administrativo”. Acrescenta ainda o eminente jurista:

“Feitas estas considerações preliminares, importa indicar quais são, em nosso entender, as “pedras de toque” do regime jurídico administrativo. Partindo do universal para o particular, diríamos que o direito administrativo, entroncado que está no direito público, reproduz, no geral,

⁸⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 8ª ed., Malheiros, São Paulo, 1996, p. 25.

⁹⁰ Citadas por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, v. 1, Forense, Rio de Janeiro, 1969, p. 127-197)

⁹¹ LIMA, ob. cit., p. 51-52.

as características do regime de direito público, acrescidas aquelas que o especificam dentro dele.”⁹²

A partir desta caracterização, poderia-se buscar as normas pertinentes a um regime *especificamente* administrativo. Este repousaria, segundo o referido autor, na consideração de dois princípios basilares, cuja mútua oposição estaria a informar os ideais básicos de um determinado sistema administrativo positivo. Tais princípios repousariam no binômio “prerrogativas da administração- direito dos administrados”⁹³, cuja “compostura irá variar de um para outro sistema jurídico positivo, retratando uma feição mais autoritária ou, opostamente, um caráter mais obsequioso aos valores democráticos.”⁹⁴

Não se quer, contudo, com esta afirmação, atribuir-lhes um valor absoluto, situando-os acima do direito positivo de determinado Estado, mas realçá-los em suas repercussões no ordenamento jurídico em geral.

“Por isso, tem importância, sem dúvida, suas justificações teóricas, mas, para o jurista, o que interessa mais, como dado fundamental, é a tradução deles no sistema. (...)Atribui-se-lhes a importância de pontos fundamentais do direito administrativo, não porque possuam em si mesmos a virtude de se imporem como fontes necessárias do regime, mas porque, investigando o ordenamento jurídico-administrativo, acredita-se que eles hajam sido encampados por ele e nesta condição validados como fonte matriz do sistema.”⁹⁵

Assim, o binômio antes referido poderia ser traduzido, através de princípios, pelas idéias da “supremacia do interesse público sobre o privado”, ou segundo outros, pela finalidade, por um lado, e por outro, da “indisponibilidade, pela administração dos interesses públicos”, ou legalidade. A conjunção destas duas noções permitiria, portanto, situar o direito administrativo numa órbita onde coexistam prerrogativas e deveres por parte da Administração Pública, as quais iniciariam a ser destrinchadas a partir do exame de princípios conexos a estas noções.

⁹² BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p.24.

⁹³ Garrido Falla, *apud* BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p.26.

⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p.26.

⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p.25.

Deste modo, este conjunto de princípios, extraídos do ordenamento jurídico e entre si vinculados pela noção de Regime Jurídico Administrativo, irá informar a atividade exercida pelo corpo de órgãos não personalizados que compõe a Administração em sentido orgânico, predominantemente no Poder Executivo, mas, como já mencionado, também existente nos demais poderes, bem como as pessoas de direito público da Administração Direta (autarquias e fundações), além daquelas entidades com personalidade de direito privado, mas também pertencentes à Administração Pública. Com relação a estas, como já referido, os princípios atuarão apenas parcialmente, ou seja, mediante as devidas ponderações, vez que incidem sobre elas, em muitos aspectos, também normas de direito privado.

Tais princípios peculiares, cuja análise se procederá na próxima seção, propiciam portanto formar a unidade sistemática que é o regime administrativo, a determinar que normas referentes à (e provenientes da) Administração Pública são analisáveis sobre aquela mesma sistemática, integrando portanto o Direito Administrativo. “São estes princípios que compõem o equilíbrio do sistema e determinam a unidade e racionalidade interna do regime administrativo.”⁹⁶

Forma-se assim uma cadeia de princípios, conceitos e categorias até os níveis mais específicos, dando origem a uma unidade constituída de elementos gerais, incidindo sobre o todo, e especiais, a informar apenas determinados institutos. Tais princípios não absolutos nem eternos, mas derivados da construção efetuada pelo legislador, e até mesmo, do trabalho de interpretação daí decorrente, sendo portanto mutáveis, e oriundos dos valores vigorantes na sociedade em questão.

Destarte, a existência de um regime jurídico próprio a reconhecer um determinado instituto como de direito administrativo, permitirá ao intérprete apenas a observação dos aspectos em que este se difere, agregando-lhes “as peculiaridades, o sentido, a direção e a intensidade que a aplicação dos princípios genéricos tem em cada caso, assim como eventuais derrogações provocadas pelos subprincípios ligados à natureza particular do

⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p.46.

instituto examinado”⁹⁷, já que aquele já conhece os princípios que informam a regra geral do direito administrativo. Afinal, todos estes princípios, ressalte-se, vigoram segundo determinadas condições e limites, conforme a legislação do instituto a que se apliquem, admitindo variantes, temperamentos e qualificações particulares. Desempenham, sem embargo, “o papel de guia; norte que orienta a compreensão desta disciplina e radical que lhe unifica e lhe dá organicidade e coesão”⁹⁸.

2.3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO ART. 37

A análise até o momento efetuada permite visualizar de modo incontroverso que, no atual estágio da ciência jurídica, o Direito deve ser apreendido pelo jurista enquanto sistema de normas, no qual figuram, a formar a sua estrutura básica, princípios, traçando as linhas mestras do sistema.

Assim também é no que pertine a cada um dos subsistemas ali encrustrados, eis que estes são informados por princípios jurídicos gerais, amoldadas às suas exigências específicas, bem como princípios que lhe são próprios, e que as vezes atuam até mesmo excetuando aqueles primeiros em determinados casos. Não há dúvida, ademais, de que o direito administrativo configura, dada sua natureza que lhe confere autonomia, um subsistema, mormente se tomamos como referência a noção de regime jurídico administrativo, a qual permite atrair para sua órbita os princípios básicos que informam tal (sub)sistema⁹⁹.

⁹⁷ BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p.48.

⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p.51.

⁹⁹ A expressão subsistema é aqui simplesmente utilizada de modo a guardar coerência com todo o disposto no primeiro capítulo desta monografia, em que se vislumbrou o ordenamento jurídico como um todo enquanto sistema. Considerando que nenhum ramo do Direito é absolutamente independente dos demais, mas que ainda assim cada um guarda uma certa especificidade, visível nos princípios que o informam, utiliza-se a expressão subsistema, a fim de denotar precisamente esta autonomia, científica e didática, mas que não o afasta da necessidade de uma análise geral do fenômeno jurídico.

Ademais, dada a importância que as normas constitucionais assumem contemporaneamente, não se negando atualmente a sua juridicidade, conforme já referido no primeiro capítulo, tais normas adquirem um caráter de fundamentalidade no sistema jurídico. É dizer, as regras e princípios ali consignados atuarão como fundadores de toda a disciplina de cada um dos subsistemas existentes, devendo-se assim partir do todo das normas constitucionais, ou seja, do sistema constitucional¹⁰⁰, de modo geral, e das normas constitucionais referentes a cada disciplina, em particular, para poder se estruturar os pilares de cada seara do conhecimento jurídico.

Assim sendo, a estrutura do conjunto de instituições submetidas ao regime jurídico administrativo, formando o direito administrativo, começa a ser formulada a partir da disciplina constitucional referente à Administração Pública. Além destas, há certamente outras normas constitucionais a informá-lo, como por exemplo, a disciplina referente aos serviços públicos (art. 173). Nada obstante, a estrutura conformadora do regime administrativo será esculpida predominantemente a partir dos dispositivos constantes nos art. 37 e seguintes da Magna Carta.

Deste modo, há que se buscar ali as noções radicais que o informam, e isto dar-se-á a partir do exame dos princípios explícitos e implícitos existentes. Entretanto, deve-se considerar que, ao iniciar o capítulo concernente à Administração Pública com a enunciação de cinco (originalmente quatro) princípios, o constituinte de 88 pretendeu dar a estes um caráter de fundamentalidade no sistema. Em outras palavras, a construção da disciplina jurídica da Administração Pública deve ser dar, antes de tudo, pelos conteúdos normativos de cada um destes princípios. Não que estes possuam superioridade hierárquica em relação a quaisquer outros princípios constitucionais, sejam eles expressos ou “descobertos”, vez que não é possível estabelecer qualquer hierarquia entre as normas constitucionais. Contudo, deve-se reconhecer a eles um caráter de preeminência no sistema, isto é, a partir deles estabelecem-se as noções e valores primeiros do sistema, o

¹⁰⁰ Sistema Constitucional que se refere tanto a constituição formal, quanto à constituição material, conforme mencionado no capítulo I.

que não se confunde com superioridade hierárquica, pois já se referiu aqui à possibilidade de subprincípios constituírem exceções à aplicação de princípios.

Deste modo, o legislador constitucional elencou como princípios fundamentais da Administração Pública a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, cuja análise se procederá agora.

2.3.1. Princípio da Legalidade

A legalidade, ou então juridicidade¹⁰¹, na expressão advinda da obra de Dupuis, Guédon e Chrétien¹⁰², nasce com o Estado de Direito e é fundamento deste. Trata-se contudo, aqui, da legalidade administrativa, especial em relação ao princípio elencado no art. 5º, II, da Constituição Federal. Portanto, é seu pressuposto a submissão dos órgãos administrativos ao Poder encarregado de elaborar normas gerais ou abstratas, ou seja, o Legislativo. Contudo, é oportuno denominá-lo juridicidade, já que aquela idéia original é atualmente ampliada, para abranger uma série de outros atos normativos, bem como inúmeras outras imposições realizadas ao poder público, concretizadas em princípios decorrentes daqueles, tais como a razoabilidade, a proporcionalidade, a motivação, a ampla responsabilidade do Estado, a obrigatoriedade e a continuidade no desempenho da atividade pública.

A legalidade administrativa, portanto vai além da denominada *negative Bindung* (vinculação negativa), para consagrar também a *positive Bindung*, ou seja, “a

¹⁰¹ Dupuis, Guédon e Chrétien, *apud* COSTALDELLO, Angela Cassia. *A invalidade dos atos administrativos: Uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé*. Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, 1998.

¹⁰² O mesmo termo é também utilizado por Cármen Lúcia Antunes Rocha, a qual justifica tal designação, aduzindo que não se trata de mera alteração de nome, mas sim de significado e de conteúdo, com as seguintes afirmações: “é que, ainda que se entenda esta [a legalidade] em sua generalidade (e não especificidade da lei formal), não se tem a inteireza do Direito e a grandeza da Democracia em seu conteúdo. A juridicidade vai muito além da legalidade, pois afirma-se em sua autoridade pela legitimidade do seu comportamento, que não se contém apenas na formalidade das normas jurídicas ainda que consideradas na integralidade do ordenamento de Direito”.(ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte, Del Rey, 1994, p. 70).

Administração não pode atuar neste ou naquele sentido senão quando a lei expressamente a tanto a autorize”¹⁰³. Afinal, não há na Administração nenhum princípio de liberdade a se confrontar com a legalidade, relativizando-a. É ela criada pela Constituição e pelas leis como mero instrumento de atuação e aplicação do ordenamento jurídico”¹⁰⁴.

A juridicidade não comporta apenas o respeito à lei em sentido formal, mas abarca outras formas legais, tais como os próprios regulamentos administrativos dela decorrentes (decretos, portarias, instruções normativas) e os tratados e convenções internacionais, desde que validamente ratificados pelo Congresso Nacional. É evidente, do mesmo modo, que ao se falar em legalidade, está se abrangendo tanto as regras desta extraíveis quanto os princípios jurídicos nela contidos. Deste modo, o administrador, em toda ação que realize visando um determinado fim (legalmente estabelecido), pautará sua conduta com respeito a todos os princípios envolvidos nesta mesma ação.

Conforme já referido, a legalidade traz também em si inerente a finalidade, ou seja, não pode o administrador, ao aplicar a norma concretamente, desviar-se da finalidade nesta contida, como tampouco da finalidade última da própria administração, isto é, o próprio ser humano, enquanto cidadão de um Estado Democrático de Direito. Desnecessário mencionar que esta finalidade, bem como a razoabilidade e a proporcionalidade dos atos administrativos são igualmente passíveis de controle pelo Poder Judiciário, em atenção ao princípios inscrito no art. 5º, XXXV.

No que toca aos atos discricionários, deve-se referir à inconveniência de tentar-se opor legalidade à oportunidade. A lei sempre vincula o administrador, não obstante estabeleça a ele um espaço de atuação, porquanto não possa ela prever antecipadamente a melhor solução para todas as situações. É atuando neste espaço que o aplicador da lei obedecerá à legalidade; ao extrapolar-lhe os limites, é passível o controle judicial, por ilegalidade.

¹⁰³ GRAU, ob. cit., p. 141.

¹⁰⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*, Saraiva, São Paulo, 1994, p. 25.

A Constituição Federal formula ainda três hipóteses de aparente exceção ao princípio da legalidade. Seriam eles as Medidas Provisórias (art. 62), o Estado de Defesa e o Estado de Sítio (arts. 136 e ss.). Tratam-se, contudo de medidas adotáveis em circunstâncias excepcionais, e ainda assim, passíveis de posterior controle, seja pelo Legislativo, seja pelo Judiciário, conforme as necessidades do momento em que foram decretadas. Ressalte-se que, com relação às primeiras, vislumbra-se agora esperança de que passem a ser utilizadas conforme sua excepcionalidade, na medida em que o Congresso Nacional estabeleça regulamentação sobre seu uso.

2.3.2. Princípio da Impessoalidade

Segundo Hely Lopes Meirelles, o “o princípio da *impessoalidade*, (...) nada mais é que o clássico princípio da *finalidade*, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fim legal*. E o *fim legal* é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, *de forma impessoal*”¹⁰⁵.

Parece-nos, *data venia*, que tais princípios não se confundem. Conforme referido, a finalidade é corolária à legalidade, ou seja, o exame deste pressupõe a verificação dos fins impostos pela lei e dos fins gerais da administração pública. Evidentemente, tais princípios guardam certa relação, eis que o ato administrativo visando interesse puramente particular fere tanto a um quanto a outro princípio, mas nem por isto se confundem.

Neste sentido, considera-se que a impessoalidade possui uma dupla interpretação, a saber: a Administração não pode atuar com visando prejudicar ou favorecer determinados destinatários, já que é o interesse público que orienta seu comportamento. Assemelha-se aí sim à finalidade, e encontra aplicação por exemplo, no art. 100 da Constituição Federal, que estabelece a ordem cronológica como único critério para o pagamento de precatórios judiciais. Por outro lado, entende-se a impessoalidade, na acepção dada por José Afonso

¹⁰⁵ MEIRELES, ob. cit., p. 85.

da Silva, com o significado de 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”¹⁰⁶. Do contrário, “a personalização do funcionário pode ser recomendável, quando este não atue como expressão da vontade do Estado, mas como expressão de veleidade capricho ou arbitrariedade pessoal”¹⁰⁷

Neste sentido, o próprio art. 37, em seu par. 1º, proíbe que conste nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos na publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos.

2.3.3. Princípio da Moralidade

Ainda que não expressamente consignado nos sistemas constitucionais anteriores, o princípio da moralidade sempre existiu e já fora objeto de discussão. Já referia-se a ele Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, ao salientar, em importante obra sobre o referido tema:

“O ato administrativo, ainda que inatacável do ponto de vista da legalidade, envolve nos seus propósitos a natureza moral do Estado que é de todos e é dever da Administração no plano das relações comuns. O problema, em análise, consiste nisto: o interesse público, onde quer que se imponha, não é só da Administração, mas sobretudo do administrado”¹⁰⁸.

Não obstante, continua tal preceito a causar espécie a alguns, visto que durante quase dois séculos, a ciência jurídica foi construída na medida em que se buscou romper todos os laços que ligassem o Direito à Moral. Desde Kant, passando por inúmeras escolas positivistas, a culminar em Kelsen, procurou-se estabelecer distinções entre aqueles ordenamentos, a afirmar a gratuidade de um, contra o interesse em cumprir os preceitos, no outro, ou então o foro de intimidade da pessoa, contraposto à exterioridade da legislação jurídica.

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*, 16ª ed., Malheiros, São Paulo, 1999, p. 647.

¹⁰⁷ SILVA, ob. cit., p. 648.

A Lei Fundamental, neste sentido, consagra a indissociabilidade absoluta entre estes campos, o que, mais, é confirmado pela afirmação de Vernengo: “Toda norma de direito positivo, para pretender validade e legitimidade suficientes, tem que poder justificar-se na consciência moral dos indivíduos”¹⁰⁹. Destarte, para Hauriou, a moralidade administrativa seria

“o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração; implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há a moral administrativa, que é imposta de dentro e que vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário.”¹¹⁰

Cumprido, porém, buscar localizar um espaço próprio à moralidade, que não coincida com a impessoalidade ou com a finalidade. É bem verdade que ela abarca certamente uma ilegalidade quanto aos fins, caracterizada no desvio de poder, mas não se confunde com esta, razão pela qual o Constituinte refere-se a ela em diversos momentos, além da previsão geral do *caput* do art. 37 (art. 5º, LXXIII: ação popular contra ato lesivo à moralidade administrativa; art. 14, § 9º, com redação da Emenda de Revisão nº 4/94: proteção à probidade administrativa e à moralidade para exercício de mandato, *considerada a vida pregressa do candidato*; art. 37, § 4º: conseqüências da improbidade administrativa; e art. 85, V: improbidade administrativa como crime de responsabilidade do Presidente da República).

De grande valia, portanto, são as pertinentes palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha: “A moralidade administrativa é o princípio segundo o qual o Estado define o desempenho da função administrativa segundo uma ordem ética acordada com os valores sociais prevalentes e voltada à realização de seus fins. Esta moral institucional, consoante aos parâmetros sociais, submete o administrador público.” E, mais adiante, especifica:

¹⁰⁸ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O Controle da Moralidade Administrativa*, Saraiva, São Paulo, 1974, p. 69.

¹⁰⁹ Vernengo, *apud* BASTOS, ob. cit., p. 36.

“Na Administração Pública não pode prosperar a idéia – e pior ainda- a prática de que todos os meios são bons e juridicamente aceitáveis quando de seu emprego sobrevier a concretização de determinada finalidade ou a obtenção de determinada utilidade para o público. A perigosa e perversa expressão do ‘rouba, mas faz’ é absolutamente contrária ao Direito, por romper o princípio da moralidade administrativa e não se permitir, assim, que prevaleça no sistema jurídico como comportamento aceito e válido.”¹¹¹ (grifo no original)

É este, portanto, o conteúdo básico deste princípio, cuja inserção, pelo Constituinte, no *caput* do art. 37, tornando-o princípio fundante da Administração Pública, vem apenas evidenciar a importância que adquiriu na últimas décadas, face aos diversos acontecimentos nacionais de triste lembrança à população brasileira.

2.3.4. Princípio da Publicidade

A exigência de moralidade dos atos administrativos exige, igualmente, que estes não se realizem “às escuras”, ou seja, é mister que haja ampla divulgação dos mesmos, de modo a possibilitar o controle, por cada cidadão, da ação administrativa. Não basta contudo a mera publicidade de atos administrativos, “exigindo-se também a transparência de e acesso a todas as informações relativas ao comportamento e desempenho do Estado, no exercício de suas funções, inclusive a administrativa”¹¹².

A publicidade não é elemento formativo do ato, mas confere-lhe eficácia. Por isso mesmo, não há convalidação de atos irregulares com sua publicação nem se a dispensa quanto aos regulares, para sua exequibilidade¹¹³. A própria Constituição ressalva, contudo esta regra, quando assim determinarem interesses maiores (art. 5º, XXXIII, referindo-se à segurança da sociedade e do Estado).

O Princípio da Publicidade, consagrado como dever da administração público é corolário do *direito à informação* sobre os assuntos públicos, “quer pelo cidadão, pelo só

¹¹⁰ Hauriou, *apud* DI PIETRO, ob. cit., p. 78.

¹¹¹ ANTUNES ROCHA, ob. cit., p. 193.

¹¹² ANTUNES ROCHA, ob. cit., p. 240.

¹¹³ MEIRELES, ob. cit., p. 86.

fato de sê-lo, quer por alguém que seja pessoalmente interessado”¹¹⁴. Tal direito é assegurado no art. 5º, XXXIII, e XXXIV, b (obtenção de certidões para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal), e por meio de instrumentos processuais, como o *habeas data* (art. 5º, LXXII), ou mesmo através do Mandado de Segurança (art. 5º, LXIX e LXX), nos casos não abarcados pelo primeiro.

2.3.5. Princípio da Eficiência

A Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, inseriu o princípio da eficiência, como norma fundamental da Administração Pública. Desde então, esta mesma norma já foi acolhida pela lei que regula o Processo Administrativo em âmbito federal (lei nº 9.784/99). A doutrina já referia-se a ele, contudo, anteriormente, vez que o mesmo já se encontrava no ordenamento, ainda que não expresso, principalmente mediante disposições do decreto-lei 200/67, que se referia a *controle de resultado* (arts. 13 e 25, V), *sistema de mérito* (art. 25, VIII), *supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa* (art. 26, III) e a *demissão ou dispensa de servidor ineficiente ou desidioso* (art. 100)¹¹⁵.

Tal noção estrutura-se tanto com relação ao modo de atuação do agente público, no desempenho de suas funções, como também quanto à forma de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, visando alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. Trata-se de idéia muito presente na chamada Reforma do Estado, a qual visa, através desta noção, juntamente com o advento de outras inovações, tais como contratos de gestão, agências reguladoras e organizações sociais, “permitir que o mesmo [o Estado] tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil”¹¹⁶.

Trata-se, portanto, de conceito não propriamente jurídico, mas oriundo das Ciências Econômicas e da Administração, nas quais se entende eficiência como “uma medida normativa da utilização dos recursos”, “uma relação técnica entre entradas e

¹¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 68.

¹¹⁵ MEIRELES, ob. cit., p. 90.

saídas”, “uma relação entre custos e saídas”, “representa a relação entre os recursos aplicados e o produto final obtido: é a razão entre o esforço e o resultado, entre a despesa e a receita, entre o custo e o benefício resultante”. “A eficiência não se preocupa com os fins, mas simplesmente com os meios. O alcance dos objetivos visados não entra na esfera de competência da *eficiência*; é um assunto ligado à *eficácia*”.¹¹⁷

Ainda, no dizer de José Afonso da Silva, o referido princípio

“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 menor benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meio e resultados.

A dificuldade está em transpor para a atividade administrativa uma noção típica da atividade econômica, que leva em conta a relação *input/output* (insumo/produto), o que, no mais das vezes, não é possível aferir na prestação do serviço público, onde nem sempre há um *output* (produto) identificável, nem existe *input* no sentido econômico.

(...) Isto quer dizer, em suma, que a *eficiência administrativa* se obtém pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para melhor satisfazer às necessidades coletivas num regime de igualdade de usuários”¹¹⁸.

Decorrentes deste princípio, e originados igualmente pela Emenda 19/98, são os princípios da participação do usuário e da autonomia gerencial (contratos de gestão), positivados no art. 37, § 3º e 8º, respectivamente.

¹¹⁶ DI PIETRO, ob. cit., p. 84.

¹¹⁷ CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à Teoria Geral da Administração*, 4ª ed., Makron Books, 1993, p. 237-238.

¹¹⁸ SILVA, ob. cit., p. 651.

CAPÍTULO III

A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1. ESTRUTURA DOS PRINCÍPIOS E APLICABILIDADE

As características inerentes aos princípios, conforme já verificadas no primeiro capítulo deste trabalho serão de grande valia para uma análise do modo como os princípios são aplicados pelo intérprete, na construção da norma jurídica concreta, ou da “mediação concretizadora” efetuada por aquele. Nunca é demais, neste sentido, retornar às incomparáveis considerações de Alexy, a fim de obter o melhor conceito que permita sua atualização:

“los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.”¹¹⁹

Deste modo, qualquer análise quanto à aplicação do conteúdo de princípios deverá sempre considerar este âmbito de possibilidades existentes. Em outras palavras, a maleabilidade dos princípios atua na medida em que exige que o intérprete considere as restrições à aplicação dos mesmos, sejam estas reais, ou seja, impostas pela natureza própria dos fatos submetidos ao direito, ou então jurídicas, caracterizáveis pela existência de regras ou outros princípios que com eles conflitem.

A visualização de oposições jurídicas é, sem dúvida, mais fácil, haja vista que o exame não extravasa o sistema normativo, bastando-se, de um modo geral, atender às exigências de coerência impostas pelo ordenamento. Dever-se-ia cogitar, assim, do

confronto de qualquer dos princípios constitucionais descritos no capítulo anterior, com uma determinada regra constitucional ou mesmo infra-constitucional¹²⁰. À guisa de exemplo, mesmo sabendo dos inconvenientes de se buscar uma explicação geral em um caso particular, pode-se tomar o princípio da publicidade, do art. 37, e confrontá-lo com a regra constitucional que estabelece o sigilo de correspondência, consignado no art. 5º, XII, que estabelece a inviolabilidade do sigilo de correspondência, a qual, numa interpretação sistemática, somente pode ser excepcionada mediante decreto presidencial que institua Estado de Defesa, restringindo expressamente referido direito (art. 136, § 1º), ou então na vigência de Estado de Sítio, em virtude de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante Estado de Defesa (art. 139,III, c/c art.137,I).

Fora destes casos, o direito ao sigilo prevalece. Imagine-se, contudo, uma situação em que, havendo sido celebrado determinado contrato administrativo de um Estado-Membro com uma empresa estrangeira, tratando sobre medidas de fomento (concessão de benefícios) para construção de subsidiária daquela no referido estado, há uma sucessiva troca de correspondências versando sobre a concretização das medidas ajustadas contratualmente. O contrato é mantido em segredo, a despeito de inúmeras ações judiciais em trâmite, exigindo a revelação de seu conteúdo. Ocorre que uma daquelas correspondências, cujo conteúdo contém os termos contratuais ajustados, acaba, por engano dos serviços postais, vindo parar em residência de cidadão ávido por conhecer o seu conteúdo. Sem hesitar, infringe as disposições penais a respeito (art. 151, do Código Penal) e viola o sigilo de correspondência, no que é flagrado por policiais que já haviam detectado o desvio da correspondência e foram enviados para rastreá-la. Em processo

¹¹⁹ ALEXY, ob. cit., p. 86. O próprio autor ressalta, quanto a esta caracterização, de que, conquanto aproxime-se daquela efetuado por Dworkin, dela diferencia-se num ponto essencial, qual seja, na caracterização dos princípios como exigências de otimização.

¹²⁰ Sendo os princípios exigências de otimização, não é certo que os mesmos prevaleçam necessariamente, mesmo consignados na Constituição, em face de regra proveniente de lei ordinária, por exemplo. É somente o caso concreto, conforme as circunstâncias reais, o qual permitirá afirmar se determinada regra é ou não válida, mesmo em confronto com algum princípio.

penal, originado mediante representação do Estado, atingido pela publicidade que gerou o caso, visto que o conteúdo do contrato sido divulgado por diversos meios de comunicação, é possível que o juiz, não obstante reconhecer o dolo, visto que o agente *quis* praticar a conduta, com o fito de desvendar as informações sigilosas, sendo a conduta portanto típica, negue a sua antijuridicidade, em homenagem ao princípio da publicidade dos atos administrativos. Deste modo, o princípio estaria a prevalecer, em uma dada circunstância, pela consideração de que a publicidade, no caso em tela, prepondera sobre os princípios que fundamentam a inviolabilidade de correspondência, a saber, o princípio da liberdade de expressão e do direito à comunicação, derogando assim a aplicação da regra¹²¹.

Naturalmente, trata-se apenas de exemplo, o qual, feitas todas as ressalvas quanto a suas restrições, e levando-se em consideração também a multiplicidade de outros aspectos que em tal caso estariam envolvidos, e que não poderiam ser aqui abordados, serve o mesmo para elucidar minimamente o conflito e as possibilidades de solução possíveis, as quais cabem, em última análise, ao intérprete legalmente autorizado para resolver o caso, ou seja, os órgãos judiciários competentes¹²².

¹²¹ Alexy procura em termos lógicos, estruturar seu pensamento a respeito do confronto entre regras e princípios do seguinte modo: *“en la limitación de la realización o cumplimiento de principios a través de reglas, hay que distinguir dos casos: (1) La regla R que restringe el principio P vale estrictamente. Esto significa que vale una regla de validez R' que dice que R precede a P, sin que importe cuán importante sea el cumplimiento de P y cuán poco importante sea el cumplimiento de R. Puede suponerse que en los ordenamientos jurídicos modernos, en todo caso, no todas las reglas se encuentren bajo una regla de validez de este tipo. (2) R no vale estrictamente. Esto significa que vale un principio de validez P' que, bajo determinadas circunstancias, permite que P desplace o restrinja a R. Estas condiciones no pueden ya estar satisfechas cuando en el caso concreto la satisfacción de P es más importante que la del principio Pr que, concretamente apoya a R, pues entonces P' no jugaría ningún papel. Se trataría sólo de saber cuál es la relación entre P y Pr. P' juega un papel cuando para la precedencia de P se exige no sólo que P preceda al principio Pr que apoya materialmente a R sino que P es más fuerte que Pr conjuntamente con el principio P', que exige el cumplimiento de las reglas y, en este sentido, apoya formalmente a R.”* (ob. cit., p. 86). Ou seja, é preciso que o próprio sistema contenha norma de validade (do modelo que HART denominava norma secundária), permitindo que tal consideração, de princípios terem força para afastar eventualmente a incidência de regras, seja possível.

¹²² Não obstante o relevante papel desempenhado pelos demais atores da interpretação constitucional, remetemo-nos mais uma vez à problemática examinada por Häberle (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1997).

A colisão de princípios, por sua vez, diferentemente de um eventual conflito entre regras exige que um dos princípios ceda ao outro. Contudo, não se trata de declarar a invalidade ao princípio negado, nem que neste se deva introduzir uma cláusula de exceção¹²³. Ocorre apenas que, sob determinadas circunstâncias um princípio cede ao outro, sendo que sob circunstâncias diversas, poderá ocorrer uma inversão, ou seja, o segundo cede ao primeiro. Por isto, afirma Alexy: “*en los casos concretos los principios tienen diferente peso*”, assim “*prima el principio con mayor peso*”¹²⁴.

É desta maneira que se irá confrontar os princípios da Administração Pública entre si e com os demais. Com relação especificamente aos cinco princípios aqui analisados, há certamente um conflito que, dadas a natureza dos princípios que aí se colidem, ocorre certamente com maior frequência. Trata-se do confronto entre a *eficiência*, de um lado, e a legalidade e/ou a moralidade administrativa, de outro.

Conforme examinado, o exame da moralidade, e até mesmo o da legalidade, passa por uma análise da adequação entre meios e fins, ou seja, há que se vislumbrar no caso em exame se há uma proporcionalidade entre a forma, o procedimento ou os recursos escolhidos para efetuar determinada atividade administrativa, em relação aos resultados concretos a que se chegou ou quis chegar. O exame neste caso irá verificar, primeiramente, se houve uma adequação aos imperativos da norma legal, controlando se o agente não se desviou das prescrições estabelecidas por esta. De outra parte, incumbe analisar se tal relação (meio e fins) guardou uma adequação com os padrões morais exigíveis, é dizer, se esteve conforme às diretrizes de justiça encontráveis para além do plano estritamente legal.

Por outro lado, a eficiência passa pela diretriz de conseguir os melhores resultados com o menor custo possível. Isto significa implantar uma “organização racional dos

¹²³ A expressão cláusula de exceção é utilizada por Alexy (ob. cit., p. 88) para designar a expressa menção, no próprio texto que estabelece a regra, ou em outros, que se refiram à mesma hipótese, a uma exceção à aplicação geral e irrestrita da regra. No caso dos princípios, obviamente tal não ocorre, passando o intérprete a dever analisar os casos em que o mesmo é aplicável ou não.

¹²⁴ ALEXY, ob. cit., p. 89.

meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade em condições econômicas de qualidade de consumidores”¹²⁵.

Esta busca, por parte do legislador, da obtenção do melhor resultado, pode eventualmente fazê-lo alcançar os tênues limites que separam a legalidade da ilegalidade, ou extrapolar as fronteiras da moralidade, em determinado ato. No intuito de resolver este conflito, mister se faz aqui uma consideração sobre a natureza dos preceitos aqui em confronto.

O princípio da legalidade goza, sem dúvida nenhuma, de maior concreção entre os **princípios da administração pública. Afinal, a legalidade estrita é aferível tão somente** verificando-se a compatibilidade destes com os preceitos legais, ou ainda, com o Direito como um todo. Ainda que tal tarefa possa eventualmente acarretar dificuldades um pouco maiores, mormente se a análise se dá quanto ao respeito ou não dos limites discricionários impostos para aquele dado ato, ainda assim, a densidade de tal princípio é incontestável em relação a outros, como a eficiência, onde saber até que ponto o agente foi ou deixou de ser eficaz resulta bastante complicado, quando não impossível. Do mesmo modo, a moralidade, posto que de menor concretude em relação à legalidade, é ainda de mais fácil averiguação quanto ao seu cumprimento do que a eficiência.

Por esta pura razão, ou seja, por que esta maior densidade os torna quase que absolutos frente à eficiência, os princípios da legalidade e da moralidade tendem a prevalecer sobre aquele. Esclarecedoras, neste sentido, as palavras de Jesus Leguina Villa, citado por Maria Sylvia Zanella di Pietro, em comentário sobre a Constituição Espanhola, que contém preceito semelhante: “o princípio da legalidade deve ficar resguardado porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último, que haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua obstáculo para a gestão eficaz dos interesses gerais, porém nunca poderá se justificar a atuação

¹²⁵ SILVA, ob. cit., p. 652.

administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de pura eficiência”¹²⁶.

Outros conflitos poderão surgir também entre os princípios da Administração Pública, tais como o da impessoalidade com o da legalidade, em caso da edição de uma lei (que somente possua esta natureza formalmente, porquanto devam as mesmas serem gerais e abstratas), que obrigue a determinado agente praticar determinados atos com vistas a favorecer determinadas empresas, em detrimento de outras. Mesmo que a razão para tanto seja plausível, poderá eventualmente o agente negar-se a cumpri-la, alegando ofensa ao princípio da impessoalidade, motivo pelo qual aquela mesma lei poderá até mesmo vir a ser declarada inconstitucional.

Por fim, os princípios encontram também óbices à sua realização em função de fatores não propriamente jurídicos, mas decorrentes da própria realidade. Tais obstáculos decorrem sempre que surgem obstáculos fáticos à sua realização, tal como no caso da eficiência, a qual não pode ser efetivada em virtude das deficiências próprias dos meios existentes para buscar treinamento de pessoal ou melhoria da qualidade de materiais em uma dada região nos confins deste país.

3.2. A LEITURA DAS REGRAS A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

No item anterior, abordou-se, ainda que sucintamente, de eventual conflito de princípios com regras, na qual eventualmente pode vir a prevalecer um princípio em face de uma regra. Esta eficácia negativa, ou seja, a capacidade de excluir a incidência de determinada regra em consideração a valores aceitos e incorporados pela ordem jurídica, não é contudo a única eficácia própria dos princípios. Possuem os mesmos também uma eficácia positiva, a qual reside justamente naquela função fundamentadora dantes analisada, e que faz com que qualquer dispositivo legal deve ser lido à luz deles, ajustando-se a aplicação do texto legal à conformidade com a orientação principialista.

¹²⁶ Jesus Lenguina Villa, *apud* DI PIETRO, ob. cit., p. 84

Afinal, a noção de sistema no direito impõe aos princípios um papel de grande relevância: “*si el Derecho es um sistema o si puede presentarse bajo esa imagen no es porque tenga normas, sino porque tiene principios, o sea, porque algunas de sus normas, lógicamente las más generales, cumplen una función unificadora o de consistencia, orientando hacia objetivos y valores comunes al conjunto de las demás normas*”¹²⁷.

Destarte, os princípios *constitucionais* - porquanto a Lei Fundamental desempenha, no sistema, um papel de centro de todo o universo de normas, decorrendo que qualquer tarefa com pretensão sistematizadora deve necessariamente partir dela- possibilitarão, em sentido positivo, que “a normatividade Constitucional imponha-se de maneira positiva, exigindo que se faça uma leitura (ou releitura) da ordem infra-constitucional através daquela. Em outras palavras, os valores constitucionais primeiramente devem buscar realização, impondo-se mediante a ordem infra-constitucional.”¹²⁸

Ressalte-se que, ao referir-se à imposição da normatividade constitucional sobre o direito infra-constitucional, esta far-se-á preponderantemente através de princípios, vez que estes, dotados de maior generalidade, vão informar um número bem maior de dispositivos infra-constitucionais, ainda que as regras constitucionais exerçam também esta função.

É a partir destas noções de prevalência positiva da normatividade constitucional que se pode falar em noções como a *preeminência normativa da Constituição* ou *filtragem constitucional*.

Sem pretender estabelecer aqui uma maior diferenciação entre ambas¹²⁹, cumpre apenas referir que a primeira é noção construída na dogmática portuguesa, a partir de Canotilho e Vital Moreira, e se delinea a partir de três idéias centrais: “(a) todas as normas infra-constitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a Constituição (princípio da *interpretação conforme à Constituição*); (b) as normas de direito ordinário desconformes com a Constituição são *inválidas*, não podendo ser

¹²⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. *Sobre principios y normas : Problemas del Razonamiento Jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 184.

¹²⁸ SCHIER, ob. cit., p. 103.

¹²⁹ Cf. para tanto, SCHIER, ob. cit., p. 101 e ss.

aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional; (c) salvo quando não exeqüíveis por si mesmas, as normas constitucionais *aplicam-se directamente*, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela”¹³⁰.

Tomados estes pressupostos, deve-se considerar que a primazia deve ser dada à primeira tentativa, ou seja, deve-se, tanto quanto possível, buscar uma interpretação conforme à Constituição, haja vista a presunção de legitimidade e de constitucionalidade da lei, que vige em nosso direito tanto quanto no Americano, onde se originou primeiramente tal noção. Deste modo, estaria se assegurando uma continuidade na ordem jurídica, não originando tantas rupturas em função de normas declaradas inconstitucionais.

De outra parte, a filtragem constitucional¹³¹ toma a preeminência normativa da Constituição como pressuposto, mas vai mais além:

“Projetá-la-á [a preeminência normativa da Constituição] não para qualquer concepção sistemática da Constituição mas, sim, para uma específica concepção: a da Constituição enquanto *sistema aberto de regras e princípios*, que permitirá pensar o Direito Constitucional em sua perspectiva jurídico-normativa em diálogo com as realidades social, política e econômica. Então, com a filtragem constitucional fala-se da preeminência normativa da Constituição pressupondo uma teoria da norma constitucional que compreenda a sua dimensão normativo-lingüística e também material.”¹³²

Não se pretende aqui analisar minuciosamente cada um dos métodos ou mecanismos pelos quais ambas as noções se concretizam. Basta, para os efeitos deste trabalho, mencionar a relevância de se proceder a um exame de toda a textualidade normativa à luz dos valores constitucionais, que se encontram albergados nos princípios da Lei Fundamental, bem como- e isto far-se-á em seguida- contribuir na discussão respeitante ao *modus* que um tal sistema aqui mencionado atuará no caso concreto.

¹³⁰ Canotilho, *apud*, SCHIER, ob. cit., p. 102.

¹³¹ A expressão é, segundo Paulo Schier, tomada das considerações do prof. Clèmerson Merlin Clève.

¹³² SCHIER, ob. cit., p. 106.

3.3. A CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA A PARTIR DO SISTEMA ABERTO DE NORMAS E PRINCÍPIOS

As considerações até o momento formuladas tornam evidentes a opção aqui efetuada, tocante à consideração do ordenamento jurídico enquanto sistema. No sistema jurídico, afigura-se com fundamental importância, porquanto referencial para todos os demais sub-sistemas, o sistema constitucional. Neste, a visualização de seus elementos formadores, a saber, regras e princípios, é relevante para verificar a forma como aquele conformará a atualização (realização) de todas as normas do ordenamento jurídico. E mais, mister se faz a verificação de sua textura aberta. Esta abertura das normas constitucionais caracteriza-se pelo caráter geral e indeterminado de muitas de suas normas, que se “abrem” por isto à mediação concretizadora, seja esta de que espécie for (legal, judicial, etc.)¹³³. Deste modo, é possível caracterizar o sistema constitucional, e por consequência o ordenamento jurídico (a partir da Constituição como ponto essencial desta abertura), como um *sistema aberto de regras e princípios*. Ainda que, pela definição antes estabelecida, oriunda principalmente das considerações de Canotilho, a abertura do sistema ocorra pela indeterminabilidade tanto de regras como de princípios, é evidente que estes, por possuírem uma carga de densidade inferior àquelas, são por excelência as normas que possibilitam esta abertura no sistema jurídico.

É esta abertura, de outra parte, que possibilitará introduzir na análise outros componentes essenciais na compreensão da concretização da norma jurídica, ou seja, elementos que conformam a aplicação dos dispositivos legais aos casos concretos. Neste sentido, convém examinar o método concretista, desenvolvido principalmente a partir das formulações teóricas de Konrad Hesse, para passar a definir a norma jurídica como um

¹³³ Canotilho denomina este tipo de abertura como *abertura vertical* ou *abertura das normas constitucionais*, em contraposição à *abertura horizontal* ou *abertura da Constituição*, a designar “ a incompletude e o caráter fragmentário e não codificador de um texto constitucional” (CANOTILHO, ob. cit., p. 188).

produto obtido pelo intérprete, confrontando o texto normativo, com o contexto oriundo do caso concreto, a partir do horizonte de sua *pré-compreensão*¹³⁴.

Trata-se, assim, de compreender, juntamente com o componente semântico dos textos normativos, também o componente fático. Segundo Schier, a interpretação, neste sentido, “é também atividade construtiva; uma construção que se dá a partir da realidade, no sentido que é na análise desta que se complementa o comando negativo”¹³⁵.

O estrutura concretista, calcada em premissas oriundas das teorias da linguagem, “arranca da idéia de que a leitura de um texto normativo se inicia pela *pré-compreensão* do seu sentido através do intérprete”¹³⁶. É a partir de suas vivências, concepções e ordenações de valores que o intérprete irá buscar *atribuir um sentido* ao texto legal (enunciado). Este não possui qualquer sentido previamente estabelecido (contrariamente ao que se defende quando se busca uma determinada *mens legis* ou *mens legislatoris*), o qual sempre deverá ser alcançado pelos intérpretes ao buscar “atuar” a norma ao caso concreto em questão.

Nesta ótica, percebe-se o papel de grande relevância adquirido por componentes de ordem fática, buscando deste modo aproximar a aplicação dos dispositivos às particularidades de cada caso. Tal consideração é perceptível pelas etapas da tarefa interpretativa, nas teorias concretistas, assim representada: “(1) existência e averiguação semântica do *texto*; (2) interpretação do *texto* com a respectiva atribuição de sentido; (3) existência e averiguação da componente fática, real, empírica (o problema posto a resolver); (4) interpretação desta realidade fática e, finalmente; (5) contextualização das componentes fáticas e textuais”¹³⁷ Os dois primeiros momentos (o texto e sua

¹³⁴ A teoria aqui brevemente exposta guarda relação com as teorias da linguagem, as quais, conforme já mencionado (vide nota 11, capítulo I), conferem relevância, no âmbito jurídico, às perspectivas do intérprete, cuja experiência pessoal, vivência e modo de pensar será relevante para o próprio resultado hermenêutico a que chegue, principalmente porque não se visualiza o Direito como um dado, que deve automaticamente ser aplicado ao caso concreto, mas como construído, no qual os operadores do Direito adquirem maior relevância.

¹³⁵ SCHIER, ob. cit., p. 114.

¹³⁶ CANOTILHO, ob. cit., p. 220.

¹³⁷ SCHIER, ob. cit., p. 119.

interpretação) referem-se àquilo que se costumou designar *programa normativo*; o terceiro e o quarto compõem o chamado *domínio ou setor normativo*, no qual se examina (atribui-se um sentido) à questão fática objeto da incidência legal. Com a *contextualização* destas duas componentes, obtém-se finalmente a *norma*. Esta seria, portanto, o produto final da interpretação, o que de imediato nos leva a não confundir-la com as disposições textuais (ou enunciados), as quais não são ainda, nesta ótica, normas, eis que aguardam a atribuição de um sentido que, em última análise, somente pode ser totalmente fornecido quando em confronto com uma situação real e particular¹³⁸. Ao aproximar o componente fático e a compreensão do intérprete das disposições legais, o método concretista permite, acima de tudo, operar no caso concreto, os valores que constituem, de um modo mais ou menos consensual, as vigas fundamentais de uma sociedade. Em outras palavras, a atuação dos intérpretes orientar-se-á pelos valores sociais (enunciados no Pacto Fundamental), dimensionados conforme as vivências daqueles, oferecendo assim a possibilidade da construção da realidade, jurídica e social, a partir da atividade hermenêutica¹³⁹. Ademais, esta ampliação de horizontes permitirá a gradual alteração na conformação dos valores máximos a dirigirem determinado grupo social, sem que imediatamente se façam necessárias alterações legislativas. Afinal, o texto legal oferece assim apenas a moldura, o limite, cujo conteúdo será preenchido pela particularidade do caso concreto e pelo balanceamento dos princípios (representando valores), cujo resultado será variável também pelo aspecto temporal.

Precisamente por estarem assentados em valores, passando a constituir uma *reserva de justiça* (definida esta não por valores metafísicos, mas por uma decisão racional de um grupo em determinado momento histórico), os princípios constitucionais assumem especial relevância nesta tarefa de concretização, ou construção da norma jurídica concreta. Assim, também os princípios da Administração Pública hão de ser

¹³⁸ Abandona-se, ao pressupor esta estrutura concretista, a definição antes proposta, de que normas seriam o gênero, do qual comporiam suas espécies os princípios e as regras. Estes, na dimensão propugnada em especial por Hesse, Müller, e Canotilho, seriam as componentes semânticas enunciadas ou implícitas no texto (programa normativo), constituindo, de outra parte, a norma, o produto final decorrente daqueles.

observados e sopesados no momento desta atividade construtiva. Deste modo, o Administrador irá orientar-se por aqueles *standarts* aqui examinados, bem como outros valores pertinentes à Administração ou ao Direito como um todo. Em cada ato administrativo, haverá de ser observado o conteúdo deontico destas exigências de otimização, influenciando necessariamente no conteúdo daquele.

Assim, precisamente por constituírem os princípios fundantes, reitores de toda a atividade administrativa, a legalidade, a impessoalidade, a publicidade, a moralidade e a eficiência constituirão conteúdos a serem levados em conta e aplicados no momento da norma jurídica concreta.

Ademais, no âmbito da atividade jurisdicional, tais princípios haverão de auxiliar no exame da validade dos atos administrativos, possibilitando ao juiz decidir (construir a norma concreta), com base na máxima efetividade destes princípios, entre si opostos e balanceados.

¹³⁹ SCHIER, ob. cit., p. 122.

CONCLUSÃO

Os temas levantados na presente investigação permitem extrair algumas conclusões, as quais passa-se a elencar.

A consideração do ordenamento jurídico como sistema é fundamental para que os princípios jurídicos adquiram verdadeira relevância. É a partir da estruturação de um sistema possuindo por características a unidade e a adequação valorativa que se cria oportunidades para que os princípios atuem como “válvulas de abertura”, aptos a permitir a entrada de novos valores ou de novas conformações dos mesmos.

Estes princípios jurídicos foram gradativamente adquirindo sua juridicidade, na medida em que o próprio perfil das Constituições dos Estados ocidentais foi se alterando, passando de Constituições sintéticas de cunho liberal a documentos tendentes a abarcarem um rol sensivelmente superior de matérias, nos quais os princípios passam a desempenhar papel de extrema relevância, na medida em que constituem a expressão mais evidente dos valores que informam o sistema jurídico, constituindo verdadeiras *reservas de justiça*.

Neste sentido, revela-se útil a distinção entre princípios e regras, ambos consubstanciando normas, estabelecida por Alexy, e que permitirá traçar as características fundamentais dos princípios no tocante ao modo como os mesmos atuam. Do mesmo modo, importa salientar que estes atributos aplicam-se inclusive aos princípios ditos implícitos, os quais, não obstante necessitarem ser “descobertos” no interior do ordenamento, configuram igualmente princípios jurídicos, decorrentes dos valores do próprio sistema, e portanto possuindo igual normatividade.

Tal posição permitirá vislumbrar efetivamente um noção substancialista e não formal do direito, a ensejar uma concepção que vá além de um positivismo estrito, não mais apto a oferecer respostas satisfatórias às demandas em um Estado Democrático de Direito, especialmente no que toca à Administração Pública.

Esta base principialista que hoje prevalece no sistema jurídico é fruto de alguns aportes teóricos de extrema relevância, tais como a noção de *força normativa da*

Constituição, a qual permitiu criar um espaço de condicionamento recíproco entre a constituição formal e a constituição material, representada pelos fatores reais de poder.

Neste sentido, pode-se visualizar nas funções atualmente atribuídas aos princípios constitucionais, o desenvolvimento de uma hermenêutica apta a ensejar este aspecto mais substancialista e axiologicamente orientado do Direito. Tal hermenêutica possibilitará igualmente o alcance, na seara do Direito Administrativo, de resultados mais satisfatórios, na medida em que impute aos princípios fundantes da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) o papel de orientar a leitura de qualquer dispositivo ou instituto componente do Regime Jurídico Administrativo.

Ressalte-se, neste aspecto, que o Constituinte buscou, ao proceder uma ampla enumeração dos entes sujeitos aos referidos princípios, elastecer ao máximo seu campo de incidência, não podendo-se recusá-los sequer com relação às empresas estatais que operem em regime de direito privado, bem como às empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, salvo quando, por força de exigências fáticas decorrentes de sua própria natureza, a elas não se aplicarem.

A partir destas considerações, pode-se então tratar tais princípios como verdadeiras normas, a serem realizados na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Tal afirmação, contudo, deve ser analisada com o devido cuidado, haja vista ser necessário ao intérprete possuir critérios que permitam-lhe averiguar quais são estas possibilidades existentes de aplicação. Por esta razão, adquire grande importância o estudo de categorias hermenêuticas, tais como as noções de preeminência normativa da Constituição e Filtragem Constitucional, bem como o estudo do método concretizante, no qual se toma a norma não mais como ponto de partida da interpretação, mas como o seu produto, ganhando relevo o horizonte de pré-compreensão do intérprete.

Mediante a utilização destas ferramentas, torna-se possível, portanto, a adequada aplicação dos Princípios Constitucionais da Administração Pública, permitindo-se ampliar os limites possíveis para as soluções adequadas às exigências de justiça, a qual o Direito inevitavelmente encontra-se atado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**, Suhrkamp Taschenbuch, Frankfurt am Main, 1996.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: Introdução e Teoria Geral- Uma Perspectiva Luso-Brasileira**, 1ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 1994.

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica**, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1989.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**, São Paulo, Max Limonad, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**, Saraiva, São Paulo, 1994.

BIELSA, Rafael. **Estudios de Derecho Público**, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 8ª ed., UNB, Brasília, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 11ª ed., Malheiros, São Paulo, 2001.

BONAVIDES, Paulo, **A Constituição Aberta – Temas Políticos e Constitucionais da Atualidade**, Del Rey, Belo Horizonte, 1993.

CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**, Forense, 1970.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 6ª ed., Almedina, Coimbra.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**, 4ª ed., Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**, 4ª ed., Makron Books, 1993.

COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos administrativos: Uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé.** Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, 1998.

CRETELA JUNIOR, José, **Curso de Direito Administrativo**, 14^a ed., Forense, Rio de Janeiro, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 12^a ed., Atlas, São Paulo, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **A Ciência Jurídica**, 3^a ed., Saraiva, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**, 2^a ed., Saraiva, São Paulo, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Bürgerrechte ernstgenommen**, Suhrkamp Taschenbuch, Frankfurt am Main, 1990.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, Editora Ariel, Barcelona, 1995

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**, 2^a ed., Atlas, São Paulo, 1994..

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Princípios da Administração Pública**, Edipro, Bauru, 1995.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O Controle da Moralidade Administrativa**, Saraiva, São Paulo, 1974.

GIANNINI, Massimo Severo, **Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo**, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 4^a ed. Malheiros, São Paulo, 1988.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus, **O conceito de Direito**, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1977.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1991.

KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito**, Armênio Amado, Coimbra, 1979

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**, Martins Fontes, São Paulo, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, 3ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1988.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1978.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**, 3ª ed., Liber Juris, Rio de Janeiro, 1995.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do Direito Administrativo Brasileiro**, 3ª ed., Sulina, Porto Alegre, 1954.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1976.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 18ª ed., Malheiros, São Paulo, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 8ª ed., Malheiros, São Paulo, 1996.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de, **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, v. 1, Forense, Rio de Janeiro, 1969.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, v. I, 3ª ed., Coimbra, 1978.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**, Belo Horizonte, Del Rey, 1994

SANCHÍS, Luis Prieto. **Sobre principios y normas : Problemas del Razonamiento Jurídico**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

SCHIER, Paulo. **Filtragem Constitucional- Construindo uma nova dogmática jurídica**, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**, 16ª ed., Malheiros, São Paulo, 1999.

SLVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucional**, 2ª ed.,-Malheiros, São Paulo, 1982.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, 2ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000.

TAVARES, André Ramos. **A Categoria dos Preceitos Fundamentais na Constituição Brasileira**, Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 34, janeiro-março de 2001.

VIGO, Rodolfo Luis. **Perspectivas Iusfilosóficas Contemporaneas : Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey**, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.