

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” - UNIVEM
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

JOSÉ ANTONIO DE RESENDES

**A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

MARÍLIA
2010

JOSÉ ANTONIO DE RESENDES

A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Trabalho apresentado ao Curso de Mestrado da
Fundação de Ensino Eurípides Soares da
Rocha, mantenedora do Centro Universitário
Eurípides de Marília - UNIVEM, como
requisito parcial para obtenção do Título de
Mestre em Direito. Área de Concentração:
Teoria do Direito e do Estado.

Orientador:
Prof. Dr. NELSON FINOTTI SILVA.

MARÍLIA
2010

Resendes, José Antonio de

A concretização do princípio constitucional da eficiência na Administração Pública no Estado Constitucional brasileiro / José Antonio de Resendes; orientador: Nelson Finotti Silva. Marília, SP: UNIVEM, 2010. 197 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Marília, 2010.

1. Estado Constitucional de Direito 2. Administração Pública 3. Princípios 4. Eficiência 5. Resultados.

CDD: 341.3

JOSÉ ANTONIO DE RESENDES

A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Banca examinadora da Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Resultado:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Nelson Finotti Silva

1º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr.

2º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr.

Marília, _____ de _____ de 2010

À minha doce e adorável mãe, Dolores Drago,
(*in memória*) a quem agradeço por tudo.
Minha eterna gratidão...

À Fátima Cristina, minha esposa, pela
compreensão.

AGRADECIMENTOS

Aos professores Eduardo Henrique Lopes Figueiredo e Nelson Finotti Silva por aceitarem a trabalhosa tarefa de orientar a elaboração desta dissertação;

Aos demais professores do Curso de Mestrado e, em especial, ao professor Lafayette Pozzoli, minha gratidão pelo desprendimento na partilha de conhecimentos;

Aos colegas, pela constante troca de experiências e informações durante o curso de mestrado;

A todos que de uma forma ou de outra contribuíram para a concretização desse estudo.

... a Administração Pública deve organizar-se de modo a possibilitar uma utilização racional dos meios ao seu dispor, simplificando tanto quanto possível as suas operações como o relacionamento com os particulares. É este um princípio que impõe um objetivo difícil de alcançar, e que obriga a uma renovação permanente das estruturas e dos métodos de funcionamento da Administração Pública, a fim de o respeitar.

AMARAL, 2001, p.308.

RESENDES, José Antonio de. **A concretização do princípio constitucional da eficiência na Administração Pública no Estado Constitucional Brasileiro**. 2010, 197 f. Dissertação de Curso de Mestrado em Direito - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha. Orientador: Professor Nelson Finotti Silva. Marília, SP: UNIVEM, 2010.

RESUMO

Esta dissertação versa sobre a concretização do princípio constitucional da eficiência na Administração Pública no Estado Constitucional brasileiro, introduzido por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1999, no curso do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, conforme proposta contida na Declaração de Madri. Para tanto, serão discutidas questões como o Estado Constitucional contemporâneo; o princípio da legalidade no pós-positivismo jurídico e a conseqüente transmutação do princípio da legalidade em princípio da constitucionalidade; a nova dogmática jurídica com a constitucionalização do Direito e a jurisdição constitucional; a supremacia das normas constitucionais e o princípio da dignidade da pessoa humana e a importância da ponderação de normas, bens e valores, consoante o princípio da proporcionalidade; o normativismo constitucional formado por princípios e regras; os dogmas do velho direito administrativo como a discricionariedade administrativa e sua insindicabilidade perante os órgãos contenciosos, os critérios de conveniência e oportunidade e o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular; a diluição da fronteira entre direito público e direito privado; o princípio constitucional da eficiência na Administração Pública no Estado Constitucional e os novos modelos de gerenciamento advindos com o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado como as agências reguladoras, agências executivas, contrato de gestão, organização social e organização da sociedade civil de interesse público, ressaltando a importância do terceiro setor como sinônimo de “organização pública não-estatal”. Assim, por meio da análise da concretização do princípio constitucional da eficiência na Administração Pública no Estado Constitucional brasileiro, a pretensão é ressaltar a eficiência administrativa em uma perspectiva voltada para o resultado, partindo do pressuposto da necessidade de garantir maior autonomia do agente administrativo no gerenciamento dos recursos materiais, financeiros e humanos, tendo como meta a eficiência da máquina administrativa. Para enfatizar os novos modelos de gestão administrativa voltados para o resultado, será adotada como linha de pesquisa, primeiro a apresentação das principais conseqüências do positivismo jurídico e as mudanças e influências dos paradigmas trazidos pelo pós-positivismo jurídico; em seguida será tratado a Administração Pública no Estado Constitucional e sua nova dogmática jurídica, mormente com a inserção de modelos de gestão administrativa gerencial na busca da eficiência por resultado e, por último, a teoria dos poderes neutrais caracterizado por separar a política da Administração, baseado na eficiência e na idéia do mérito e capacidade como valores exclusivos e excludentes de qualquer reflexo político que possa interferir nas atividades administrativas comprometendo a objetividade e imparcialidade.

Palavras-chave: 1. Estado Constitucional 2. Administração Pública 3 Princípios 4. Eficiência 5. Resultados.

RESENDES, José Antonio de. **A concretização do princípio constitucional da eficiência na Administração Pública no Estado Constitucional Brasileiro**. 2010, 197 f. Dissertação de Curso de Mestrado em Direito - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha. Orientador: Professor Nelson Finotti Silva. Marília, SP: UNIVEM, 2010.

ABSTRACT

This dissertation focuses on the implementation of the constitutional principle of efficiency in public administration in the State Constitution of Brazil, introduced by Constitutional Amendment No. 19 of June 04, 1999, in the course of the Master Plan for Reforming the State, as proposed contained in the Declaration of Madrid. For this, we discussed such issues as contemporary constitutional state, the principle of legality in post-legal positivism and the subsequent transmutation of the principle of legality in principle of constitutionality and the new legal dogmatics with the constitutionalization of law and constitutional jurisdiction, the supremacy of the rules and the constitutional principle of human dignity and the importance of weighting rules, and property values, according to the principle of proportionality; normativism formed by constitutional principles and rules; the dogmas of the old administrative law and administrative discretion and its insindicabilidade before the organs litigation, the criteria of convenience and opportunity and the principle of the supremacy of public interest over the particular, the blurring of the distinction between public law and private law, the constitutional principle of efficiency in public administration in the State Constitution and the new management models that come with the Master Plan for Reforming the State and regulatory agencies, executive agencies, contract management, social organization and civil society organization of public interest, stressing the importance of the third sector as a synonym for "public non-state organization." Thus, by analyzing the implementation of the constitutional principle of efficiency in public administration in the State Constitution of Brazil, the intention is to emphasize administrative efficiency in view toward the result, assuming the need to secure greater autonomy in managing the administrative agent material, financial and human resources, targeting the efficiency of administrative machinery. To emphasize the new models of administration toward the outcome, is adopted, as a line of research, the first presentation of the main consequences of legal positivism and the changes and influences brought by the paradigms of post-legal positivism, and then be treated to Public Administration in the Constitutional State and its new legal dogmatics, especially with the inclusion of models of administrative management in pursuit of efficiency and ultimately result in the theory of neutral powers characterized by separating politics from administration, based on efficiency and the idea of merit and ability as unique values and excluding any political reflex that can interfere with administrative activities undermining the objectivity and impartiality.

Key-words: *1. Constitutional State 2. Public Administration 3. Principles 4. Efficiency 5. Results.*

RESENDES, José Antonio de. **A concretização do princípio constitucional da eficiência na Administração Pública no Estado Constitucional Brasileiro**. 2010, 197 f. Dissertação de Mestrado em Direito - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha. Orientador: Nelson Finotti Silva. Marília, SP: UNIVEM, 2010.

RESUMEN

Esta tesis se centra en la aplicación del principio constitucional de eficiencia en la administración pública en la Constitución del Estado de Brasil, introducida por la Enmienda Constitucional N° 19 de 04 de junio 1999, en el marco del Plan Maestro para la Reforma del Estado, tal como se propone figuran en la Declaración de Madrid. Para ello, se discutieron temas tales como el estado constitucional contemporáneo, el principio de legalidad en el positivismo posterior a la legal y la transmutación posterior del principio de legalidad, en principio, de la constitucionalidad y la dogmática jurídica nueva con la constitucionalización del derecho y la jurisdicción constitucional, la supremacía de las normas y el principio constitucional de la dignidad humana y la importancia de las reglas de ponderación, y los valores de la propiedad, de acuerdo con el principio de proporcionalidad; normativismo formada por principios y normas constitucionales, los dogmas de la vieja ley de administración y la discrecionalidad administrativa y su insindicabilidad ante los órganos litigios, los criterios de conveniencia y oportunidad y el principio de la supremacía del interés público sobre el particular, la difuminación de la distinción entre derecho público y derecho privado, el principio constitucional de eficiencia en la administración pública en la Constitución del Estado y los modelos de gestión nuevos que vienen con el Plan Director de Reforma del Estado y las agencias reguladoras, agencias ejecutivas, gestión de contratos, organización social y organización de la sociedad civil de interés público, destacando la importancia del sector terciario como sinónimo de "organización pública no estatal." Así, al analizar la aplicación del principio constitucional de eficiencia en la administración pública en la Constitución del Estado de Brasil, la intención es hacer hincapié en la eficiencia administrativa en la vista hacia el resultado, asumiendo la necesidad de garantizar una mayor autonomía en la gestión del agente administrativo materiales, financieros y de recursos humanos, apuntando a la eficiencia de la maquinaria administrativa. Para destacar los nuevos modelos de gestión hacia los resultados, se aprobó, en su línea de investigación, la primera presentación de las principales consecuencias del positivismo jurídico y los cambios e influencias traídas por los paradigmas del positivismo posterior a la legal, y luego ser tratados para de la Administración Pública en el Estado Constitucional y su dogmática jurídica nueva, especialmente con la inclusión de modelos de gestión administrativa en la búsqueda de la eficiencia y la consecuencia última de la teoría de las potencias neutrales caracteriza por la separación de la política de la administración, basada en la eficiencia y la idea de mérito y capacidad como valores únicos y con exclusión de cualquier reflejo de políticas que pueden interferir con las actividades administrativas socavar la objetividad e imparcialidad.

Palabra-chave: 1. Estado Constitucional 2. Principios 3. Administración Pública 4. Eficacia 5. Resultados.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	010
1 O ESTADO CONSTITUCIONAL.....	013
1.1 A Decadência do Positivismo Jurídico.....	016
1.2 O Pós-Positivismo Jurídico.....	028
1.3 O Estado Constitucional de Direito Contemporâneo.....	034
1.4 Da Legalidade à Legitimidade de Atuação.....	047
2 SISTEMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	050
2.1 A Jurisdição Constitucional.....	052
2.2 A Constituição dos Direitos e a Nova Dogmática Jurídica.....	059
2.3 A Transmutação do Princípio da Legalidade.....	064
2.4 Normativismo Constitucional: Princípios e Regras.....	074
2.4.1 Apresentação de um Conceito Mínimo de Princípios.....	074
2.4.2 Princípios e Regras Constitucionais.....	078
2.4.3 O Princípio da Proporcionalidade e as Normas Constitucionais.....	084
2.4.3.1 Razoabilidade e proporcionalidade e suas diferenças.....	084
2.4.3.2 O princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.....	088
2.4.4 A Supremacia das Normas Constitucionais.....	093
2.4.5 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Supremacia que Justifica a Abordagem em Apartado.....	101
3 OS ESPAÇOS PÚBLICOS: PÚBLICO E PRIVADO.....	113
3.1 A Dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado.....	114
3.2 Definição de Público e Privado no Sistema Jurídico Brasileiro.....	118
4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	133
4.1 O Princípio da Eficiência.....	136
4.1.1 O Princípio da Eficiência no Arcabouço Jurídico Brasileiro.....	136
4.1.2 Princípio da eficiência e a reforma do Estado.....	143
4.2 A Concretização do Princípio da Eficiência na Administração Pública.....	156
4.2.1 Novos modelos de gestão.....	157
4.2.2 O déficit democrático das agências reguladoras.....	166
4.2.3 A teoria dos poderes neutrais.....	169
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	173
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	178

INTRODUÇÃO

O homem, ser gregário por natureza que necessita da associação com outros seres humanos e que de todas as relações mantidas como o grupo familiar e a tribo foi inclinado a fazer parte de uma polis – a cidade que precede a família e até mesmo o próprio indivíduo tendo em vista que responde a um impulso natural – constituindo-se numa sociedade perfeita pelo que se conclui serem políticas todas as relações humanas (Aristóteles – *Ética a Nicômaco*), fez surgir à criação contemporânea de Estado, palavra usada pela primeira vez por Maquiavel ao se referir à organização social estruturada a partir do exercício do poder. O problema que se afigura não é a definição do que seja o Estado, e sim sua finalidade no desenvolvimento da história da humanidade que, como sociedade política, tem um fim geral. O Estado moderno se constitui, conforme Dalmo de Abreu Dallari, “em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares” podendo se concluir “que o fim do Estado é o bem comum” entendido este, como conceituou o Papa João XXIII, como “o conjunto de todas as condições de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana” (DALLARI, 2009, p. 108).

No Brasil, o legislador constituinte de 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito assegurou, já no preâmbulo da Constituição, o exercício dos direitos sociais e individuais como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Esses valores, no Estado de Direito inaugurado a partir de 1988, não devem ser entendidos apenas no sentido meramente formal, isto é, como “governo das leis”, mas, sim, como “ordenação integral e livre da comunidade jurídica”, expressão da concepção de um Estado material de Direito, no qual, além da garantia de determinadas formas e procedimentos inerentes à organização do poder e das competências dos órgãos estatais, se encontram reconhecidos, simultaneamente, como metas, parâmetro e limite da atividade estatal, certos valores, direitos e liberdades fundamentais, chegando-se fatalmente à noção – umbilicalmente ligada à idéia de Estado de Direito – de legitimidade da ordem constitucional e do Estado (SARLET, 2010b, p. 59). Nesse sentido, as ações destinadas à efetivação dos direitos humanos devem ser garantidas pelo Estado a fim de que sejam respeitadas, protegidas e que possam ser realizadas sem nenhuma forma de discriminação porquanto o direito, que desde sua origem é considerado a base da vida em sociedade, deve ser interpretado, principalmente nesse limiar do terceiro milênio, à luz dos direitos humanos e sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana segundo a qual, na visão Kantiana, “o homem, e de uma maneira

geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade” (SARLET, 2010a, p. 37-38).

Corroborando com o sistema de direitos e garantias fundamentais consignados na Constituição de 1988, o legislador constituinte derivado acrescentou o princípio da eficiência na relação dos princípios que informam a administração pública, posto que o Estado utiliza a máquina administrativa como uma das formas de atingir seus objetivos. Entende-se daí que, do princípio constitucional da eficiência, decorre o subprincípio da adequada prestação dos serviços públicos de forma que o Estado deve buscar sempre instrumentos eficientes para atingir seus objetivos e garantir o bem estar social. O presente estudo, portanto, abordará os aspectos relativos à concretização do princípio constitucional da eficiência na Administração Pública no Estado Constitucional brasileiro inserido por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, em consequência do denominado “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, iniciado em meados da década de 1990 com a finalidade de introduzir um novo modelo de gestão para o setor público a partir da redefinição do papel do Estado visando promover a reconstrução e a modernização da forma de administrá-lo.

Como objetivo geral desta pesquisa tem-se a investigação do sentido e alcance da concretização do princípio da eficiência na Administração Pública no Estado constitucional brasileiro, o que implica no relacionamento com o princípio da legalidade inserido em uma nova lógica determinada pela insurgência de uma legalidade finalística voltada para o resultado e não para uma legalidade meramente formal e abstrata. Por conseguinte, além de desenvolver e apresentar a consolidação de reflexões sobre o tema a partir de referências utilizadas por diversos autores, de analisar a mudança de paradigmas de acordo com a nova dogmática jurídica decorrente do pós-positivismo, de investigar a passagem de um modelo de Administração Pública autoritária, unilateral, coercitiva e jurídico-formal, para uma Administração Pública caracterizada pelo pluralismo, pela negociação, voltada para os resultados e de verificar os novos modelos de gestão criados a partir da introdução do Plano de Reforma do Estado, o presente estudo pretende contribuir no campo acadêmico na medida em que serão apresentados diversos institutos em uma perspectiva recente pela concretização da eficiência na Administração Pública no Estado constitucional brasileiro de acordo com os novos paradigmas de um modelo gerencial voltado para as mudanças da forma burocrática-piramidal da Administração flexibilizando a gestão, diminuindo os níveis hierárquicos e, conseqüentemente, aumentando a autonomia de decisão dos gerentes como no modelo das agências reguladoras.

O texto será apresentado em quatro capítulos assim distribuídos: o primeiro abordará o Estado constitucional com as concepções modernas e contemporâneas enfatizando o positivismo jurídico e suas conseqüências relacionadas com o fascismo e o nazismo até sua decadência com o pós-positivismo e a questão da legitimidade de atuação democrática; o capítulo segundo é destinado à apresentação do sistema jurídico-constitucional brasileiro, versando sobre o normativismo constitucional formado por princípios e regras, a jurisdição constitucional, a mudança de paradigmas e a transmutação do princípio da legalidade para o princípio da juridicidade tendo como vértice a Constituição e seus valores, o princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro e a supremacia das normas constitucionais, finalizando-o com uma abordagem em apartado sobre o princípio da dignidade da pessoa humana; o capítulo terceiro, ao seu turno, discutirá a questão dos espaços: público e privado, a dicotomia entre o Direito público e o Direito privado e a conseqüente diluição de suas fronteiras realçando a importância da participação do terceiro setor; e o capítulo quarto, finalizando o trabalho, apresenta o princípio constitucional da eficiência na Administração Pública no Estado Constitucional brasileiro para enfrentar a questão da sua concretização e defender a inserção de novos modelos de gestão administrativa descentralizada, na busca da eficiência pelo resultado, com o necessário apoio das organizações públicas não-estatais e das agências reguladoras em que será destacado o “contrato de gestão” como instrumento que vincula às entidades do terceiro setor ao Estado, como interessante modelo a ser aplicado e que estabelece metas não apenas quantitativas, mas qualitativas em busca de resultados e, conseqüentemente, da eficiência na prestação dos serviços públicos e a teoria dos poderes neutrais caracterizado por separar a política da Administração, baseado na eficiência e na idéia do mérito e da capacidade como valores exclusivos e excludentes de qualquer reflexo político que possa interferir nas atividades administrativas. Ao final são informadas as referências utilizadas na elaboração da presente Dissertação.

CAPÍTULO 1 - O ESTADO CONSTITUCIONAL

O Estado é organizado segundo a Constituição que, no escólio de Jorge Miranda, é a “parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado enquanto comunidade e enquanto poder”, porque consiste no “conjunto de normas que recorta o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situa os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder” e que, ao mesmo tempo, “definem os modos de formação e manifestação da vontade política”. O direito constitucional, também chamado de direito político porque suas normas se reportam, direta ou imediatamente, ao Estado, forma o estatuto jurídico do Estado e exprime um particular enlace das instâncias políticas e jurídicas das relações humanas. Qualquer Estado possui normas com essa função, variando de intensidade, extensão e alcance. O direito constitucional volta-se, portanto, para a regulamentação jurídica, para o estatuto, para a forma de direito que é a Constituição, enfim, ao Estado-comunidade; e o direito político liga-se mais ao objeto da regulamentação, ao direito do Estado-poder (MIRANDA, 2003, p. 11).

A inserção da Constituição no centro do sistema jurídico transforma o Estado Democrático de Direito em Estado Constitucional tendo em vista que a concepção teórica do “Estado de Direito” cumpre a função restrita de limitar o poder político dos governantes, estabelecendo o império do direito, que se traduz na expressão “governo das leis” no lugar do “governo dos homens” (BOBBIO, 1986, p. 151-171). Por sua vez, o conceito teórico de Estado Democrático de Direito acrescenta o elemento “povo” na concepção de Estado de Direito, cujo objetivo é buscar um poder legitimado pelo povo, tanto na sua titularidade quanto no seu exercício: *democracy: government of the people, government by the people, government for the people*, conhecida frase de Abraham Lincoln (1809-1865), proferida no discurso de 19 de novembro de 1863, em Gettysburg, Pensilvânia, traduzida para “democracia: governo do povo, pelo povo e para o povo”, que significa que numa democracia todo governo emana do povo, se fundamente na vontade popular, liberta as pessoas do autoritarismo e garante o máximo de segurança e bem-estar.

O Estado Constitucional renova essas acepções ao estabelecer a dimensão substancial para a democracia deslegitimando qualquer atividade estatal que contrarie não apenas a lei, mas os valores fundamentais positivados pelo direito na forma de princípios. Luigi Ferrajoli afirma que “todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas no âmbito estatal, ao mesmo

tempo em que expressam os fins últimos que norteiam o moderno Estado constitucional de Direito” (FERRAJOLI, 2002, p. 22). Portanto, a Administração Pública, no Estado Constitucional, não se submete apenas à lei, mas ao que os europeus chamam de “bloco de legalidade” que inclui, além da lei, os princípios e regras constitucionais, o direito internacional, o direito comunitário e os princípios gerais, enfim, o conceito de “legalidade” em sentido amplíssimo (PORTOCARRERO, 2002, p. 86-87; 163-164). Nesse sentido:

[...] o princípio da legalidade tem um sentido “mais abrangente”, significando, em bom rigor, um “princípio de juridicidade da Administração Pública”, segundo o qual todo o direito e, desde logo, todas as regras e princípios da ordem jurídico-constitucional devem ser tomados em conta na atividade da Administração Pública (grifos da autora) (ESTORNINHO, 1999, p. 175).

Em síntese, o princípio da legalidade no Estado Constitucional se traduz no entendimento de que a Administração Pública está subordinada à Constituição, à lei e ao direito. Conforme José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira:

[...] suscita problemas a articulação entre o princípio da constitucionalidade e o princípio da legalidade em sentido estrito (subordinação à lei). Surgem aqui duas questões: primeiro, se é admissível a existência de atividade administrativa diretamente vinculada à Constituição, sem passar pela mediação de uma lei; depois, se a Administração Pública pode deixar de cumprir leis por motivo da sua inconstitucionalidade (1993, p. 923).

De qualquer modo, a submissão da atividade administrativa à lei consagra a idéia de que tal acepção, geralmente afirmada expressamente nos textos constitucionais¹, “vai muito além de um entendimento positivista da ordem jurídica, implicando a submissão a princípios gerais de direito, à Constituição, a normas internacionais, a disposições de caráter regulamentar e a atos constitutivos de direitos.” (ESTORNINHO, 1999, p. 175). Assim, o princípio da legalidade deixa de ter uma formulação unicamente negativa, como no período do Estado Liberal, para recepcionar uma formulação positiva no atual Estado Constitucional

¹ “Artigo 37: a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, [...]” (Constituição Federal de 1988). Em Portugal, o princípio da legalidade de incidência na atividade administrativa se traduz no entendimento de que a Administração Pública está subordinada à Constituição da República Portuguesa e à lei: “artigo 266º [...]. 2. os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé.” (Constituição da República Portuguesa).

que constitui o fundamento, o critério e o limite de toda a atuação administrativa (ESTORNINHO, 1999, p. 177). No pensamento contemporâneo de David Duarte:

Enquanto a leitura negativa do princípio da legalidade determinava uma mera relação de compatibilidade, a formulação positiva da legalidade transubstancia essa relação para uma exigência de conformidade. O que significa, como refere Charles Elsenmann, uma relação de concretização entre um objeto (a decisão) e um tipo ideal, geral e abstrato, do qual ele retira a sua natureza (1996, p. 339)².

Pela natureza e finalidade do Estado, não há equívoco em dizer que está vinculado ao direito, contudo, esse “direito” a que se faz referência, não é a lei em si, mas ao sistema jurídico como um todo, tendo no seu ápice as garantias providas da Lei Fundamental, ou seja, da Constituição. Como o modo de atuação do Estado é por intermédio do direito, exige-se que os atos praticados encontrem o seu fundamento justificado numa norma jurídica não podendo contrariar os comandos emitidos pela Constituição. Ressalte-se que uma das características essenciais do Estado Moderno é de se encontrar vinculado ao direito. A esta luz, “a legalidade surge como essência verdadeira e própria do Estado e condição da sua existência” (CORREIA, 2003, p. 17 e 297). Nas palavras de José Manuel Sérvulo Correia:

É, pois, no seu cerne mais depurado, a idéia de que toda a atividade administrativa é uma manifestação no domínio do jurídico, de que toda a Administração Pública atua segundo o direito, de que o direito não é um limite externo à atividade da Administração Pública, mas a única forma possível de manifestação dessa atividade. Esta concepção não se choca, necessariamente, com aquela que reivindica para a Administração Pública contemporânea um encargo geral institucional imanente, fundamento e medida da sua liberdade de conformação social. Basta que, como fizemos, se atente nos espaços de livre criação normativa pela Administração Pública. A função criativa não lhe é negada. Só que, também ela, terá que passar pelo crivo da generalidade e da abstração, que constituem requisito de racionalidade da *res publica* e elemento dissuasor imprescindível dos demônios do arbítrio e da parcialidade (2003, p. 297).

A norma jurídica disciplina a atividade administrativa do Estado e nele perpassa primeiro pela tensão entre os princípios da eficiência e da legalidade principalmente, e depois

² “Charles Elsenmann analisa, no âmbito do conceito de conformidade, dois tipos de relação: a conformidade literal, que consiste na reprodução correspondente de um objecto por outro, e a conformidade lógica ou racional, que é a descrita em texto. É esta Conformidade lógica ou racional que enforma a legalidade positiva e que faz do princípio da legalidade o fundamento da decisão administrativa” (Charles Elsenmann *apud* DUARTE, 1996, p. 339, nota 267).

entre o poder de decisão e de execução dos órgãos administrativos na defesa dos direitos e dos interesses dos administrados. A tudo isso se soma a diluição do rigor da dualidade entre direito público e direito privado com a constitucionalização de ambos, cuja matéria vem desafiando a criatividade da doutrina, dos legisladores e dos tribunais, e os novos modelos de gestão criados a partir do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

Esse enfoque foi voluntariamente direcionado à apresentação de um mínimo conceito de Estado Constitucional, cuja compreensão exige, forçosamente, a manifestação, ao menos enunciativa, das acepções históricas do Estado. No entanto, visando direcionar o estudo ao enfrentamento da questão previamente proposta acerca da concretização do princípio constitucional da eficiência na Administração Pública no Estado Constitucional, a retrospectiva é mantida na era contemporânea, que teve seu início com a Revolução Francesa de 1789 e que permanece até a atualidade, a partir do conceito de Estado elaborado pela teoria do positivismo jurídico.

1.1 A Decadência do Positivismo Jurídico

As regras obrigatórias do direito que cada povo adota formam o direito positivo. Por atender às necessidades peculiares de cada coletividade constituída em Nação e Estado, por exteriorizar uma particular conceituação ou modo particular de aplicação da justiça, o direito positivo é eminentemente nacional. Assim sucede porque o direito concebido desse modo nasce dos fatos e logo passa a regê-los, sujeitando-os à disciplina que lhes impõe. O direito positivo, que é o direito próprio de cada povo, pode ser definido como “o conjunto sistemático de normas destinadas a disciplinar a conduta humana na convivência social, asseguradas pela proteção-coerção a cargo do Estado” (RÁO, 1997, p.187)³.

³ “O conjunto sistemático de normas destinadas a disciplinar a conduta dos homens na convivência social, asseguradas pela proteção-coerção a cargo do Estado, constitui o direito positivo, que é o direito próprio de cada povo. Mas, no direito positivo uma distinção fundamental existe entre a norma considerada em si e a faculdade que ela confere às pessoas, singulares ou coletivas, de procederem segundo o seu preceito, isto é, entre a norma que disciplina a ação (*norma agendi*) e a faculdade de agir de conformidade com o que ela dispõe (*facultas agendi*). Aquela, como mandamento, ou diretriz que é, vive fora da pessoa do titular da faculdade conferida e constitui o direito objetivo; esta, que na pessoa do titular se realiza, forma o direito subjetivo. Quando uma norma prescreve, por exemplo, que os atos jurídicos são anuláveis por dolo em sendo este a sua causa, ela atribui, sem dúvida, ao prejudicado, a faculdade de se eximir dos efeitos do ato viciado, promovendo-lhe a anulação. Prescrição e faculdade são essas, que nascem ao mesmo tempo, no mesmo instante em que a norma adquire força obrigatória, porque outorgar faculdades é uma das finalidades essenciais da norma jurídica. Não há confundir-se, porém, o tempo do nascimento da faculdade com o de seu exercício: a

É oportuno esclarecer desde já que a expressão “positivismo jurídico” não deriva daquela de “positivismo” em sentido filosófico, embora no passado próximo tenha havido certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos também eram positivistas em sentido filosófico⁴. Assim, enquanto teoria do conhecimento social, o positivismo é caracterizado pela neutralidade que parte do princípio de que a sociedade é regulada por leis naturais, com base na ciência objetiva, neutra, e sem juízo de valor, reduzindo toda a atividade humana ao mecanismo da natureza, a história ao mundo natural, mesmo quando explicada pela evolução. Desprezou-se completamente o estudo do mundo dos valores e da liberdade humana. O positivismo designa, portanto, não uma escola positivista, mas uma corrente de pensamento que predominou durante a segunda metade do século XIX até a metade do século passado e que comportou elementos das mais diversas origens. Aliás, a expressão “positivismo jurídico”, provém da locução “direito positivo” contraposta àquela de “direito natural” (BOBBIO, 1995, p. 15).

Para compreender bem o significado do positivismo jurídico, portanto, é necessário esclarecer o sentido da expressão “direito positivo”. Assim temos que, toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre “direito positivo” e “direito natural”, dessemelhança que, quanto ao conteúdo conceitual, já se encontra no pensamento grego e latino, sendo que o uso da expressão “direito positivo” é relativamente recente, de vez que se encontram apenas nos textos latinos medievais. Essa contraposição entre “positivo” e “natural” é relativa à natureza não do direito, mas da linguagem, ou seja, da distinção entre aquilo que é por natureza e aquilo que é por convenção ou posto pelas pessoas. O problema que se coloca pela linguagem, isto é, se algo é “natural” ou “convencional”, atribui-se analogamente também para o direito (BOBBIO, 1995, p. 15).

faculdade nasce com a norma, mas pode ser exercida a qualquer momento, enquanto persistir a eficácia obrigatória da norma que a criou e com a qual nasceu. E mesmo após a cessação da vigência da norma, mesmo após a sua revogação, os poderes por ela incorporados ao patrimônio do titular do direito subjetivo, definitivamente continuam a lhe pertencer, como direitos adquiridos” (RÁO, 1997, p.187-189).

⁴ O termo “positivismo” foi empregado pela primeira vez por Claude-Henri de Rouvroy, Conde de Saint-Simon (1760-1825), na sua obra *Introduction aux Travaux Scientifiques du XIXème* ou “Introdução aos Trabalhos Científicos do Século XIX”, de 1807, para designar o método exato das ciências e sua extensão para a filosofia. Foi adotado por Augusto Conte para a sua filosofia e, graças a ele, passou a designar uma grande corrente filosófica que, na segunda metade do século XIX, teve numerosíssimas e variadas manifestações em todos os países do mundo ocidental. A característica do positivismo (filosófico) é a romantização da ciência, sua devoção como único guia da vida individual e social do homem, único conhecimento, única moral, única religião possível (ABBAGNANO, 2000, p. 776).

De acordo com Norberto Bobbio (1995, p. 16) a distinção conceitual entre direito natural e direito positivo já se encontrava em Platão e Aristóteles. Este último, em sua obra “Ética a Nicômaco”:

Da justiça política, uma parte é natural e outra parte legal: natural, aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo; legal, a que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida: por exemplo, que o resgate de um prisioneiro seja de uma mina, ou que deve ser sacrificado um bode e não duas ovelhas, e também todas as leis promulgadas para casos particulares, como a que mandava oferecer sacrifícios em honra de Brásidas, e as prescrições dos decretos (1991, p. 111).

Na interpretação de Norberto Bobbio (1995, p. 16-17), são dois os critérios pelos quais Aristóteles distingue o direito natural e o direito positivo: concebe como direito natural “aquele que tem em toda a parte a mesma eficácia” (emprega o exemplo do fogo que queima em qualquer parte⁵); e como direito positivo aquele que “tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto”. Com efeito, explica que:

“o direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns e más a outros. Prescreve, pois, ações cuja bondade é objetiva (ações que são boas em si mesmas, diriam os escolásticos medievais). O direito positivo, ao contrário, é aquele estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro, mas uma vez reguladas pela lei, importa que sejam desempenhadas do modo prescrito” (BOBBIO, 1995, p. 17).

Para Aristóteles:

Com toda a evidência percebe-se que espécie de coisas, entre as que são capazes de ser de outro modo, é por natureza e que espécie não o é, mas por lei e convenção, admitindo-se que ambas sejam igualmente mutáveis. E em todas as outras coisas a mesma distinção será aplicável: por natureza, a mão direita é mais forte; e, no entanto, é possível que todos os homens venham a tornar-se ambidestros. As coisas que são justas em virtude da convenção e da conveniência assemelham-se a medidas, pois que as medidas para o vinho e para o trigo não são iguais em toda parte, porém maiores nos mercados por

⁵ “Ora, alguns pensam que toda justiça é desta espécie, porque as coisas que são por natureza, são imutáveis e em toda parte têm a mesma força (como o fogo, que arde tanto aqui como na Pérsia), ao passo que eles observam alterações nas coisas reconhecidas como justas. Isso, porém, não é verdadeiro de modo absoluto, mas verdadeiro em certo sentido; ou melhor, para os deuses talvez não seja verdadeiro de modo algum, enquanto para nós existe algo que é justo mesmo por natureza, embora seja mutável. Isso não obstante, algumas coisas o são por natureza e outras, não” (ARISTÓTELES, 1991, p. 111-112).

atacado e menores nos retalhistas. Da mesma forma, as coisas que são justas não por natureza, mas por decisão humana, não são as mesmas em toda parte. E as próprias constituições não são as mesmas, conquanto só haja uma que é, por natureza, a melhor em toda parte. Há uma diferença entre o ato de injustiça e o que é injusto, assim como entre o ato de justiça e o que é justo. Como efeito, uma coisa é injusta por natureza ou por lei; e essa mesma coisa, depois que alguém a faz; é um ato de injustiça; antes disso, porém, é apenas injusta. E do mesmo modo quanto ao ato de justiça (se bem que a expressão geralmente usada seja “ação justa”, e “ato de justiça” se aplique à correção do ato de injustiça) (1991, p. 112-113).

Ainda para Norberto Bobbio:

O positivismo jurídico nasce do esforço de querer transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência com as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato⁶. O motivo dessa diferenciação e exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízos: o juízo de fato, que representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação: o juízo de valor que se consubstancia, ao contrário, em uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas (BOBBIO, 1995, p. 135)⁷.

Por conseguinte, a ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porquanto a ciência pretende ser um conhecimento puramente objetivo da realidade de forma que os juízos em questão são sempre subjetivos e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade⁸. O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como fato e não

⁶ Não são poucas as definições e discussões em torno do que seja ciência. Para efeito do que no momento se pretende, basta recordar que ciência é uma das formas de ter acesso ao conhecimento. Outras formas são a filosofia, a mitologia, a religião, a arte, o senso comum, por exemplo. Em muitos pontos essas formas interagem, mas são diferentes em seu núcleo central. A atividade básica da ciência é a pesquisa. Todavia, convém não esquecer que as lentes do pesquisador, como as de qualquer mortal, estão impregnadas de crenças, paradigmas, valores. Negar isso é negar a própria condição humana de existir. A ciência busca oferecer explicações acerca de um fenômeno, mas não é dogma, logo é discutível. É a efervescência de reflexões, discussões, contradições, sistematizações e ressystematizações que lhe dão vitalidade. Ciência é um processo. Um processo permanente de busca de verdade, de sinalização sistemática de erros e correções, predominantemente racional (VERGARA, 2000, p. 11).

⁷ Norberto Bobbio cita o seguinte exemplo sobre a diferença entre juízo de fato e juízo de valor: “diante do céu rubro do pôr-do-sol, se eu digo ‘o céu é rubro’ formulo juízo de fato; se digo ‘este céu rubro é belo’, formulo um juízo de valor” (grifo do autor) (1995, p. 135).

⁸ O conceito positivista foi utilizado inicialmente na identificação da vertente filosófica representada em especial por Augusto Comte (1798-1857), segundo o qual o conhecimento científico seria a mais evoluída manifestação do espírito humano, suplantando a metafísica e a religião. Comte afirma que

como valor. Nessa definição deve ser excluída toda a qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto. O direito, objeto da ciência jurídica⁹, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social. O juspositivista estuda o direito real sem se perguntar se além deste existe também um direito ideal, como aquele natural, sem examinar se o primeiro corresponde ao segundo (BOBBIO, 1995, p. 135).

Foi com o desenvolvimento da “teoria pura do direito” de Hans Kelsen (1881-1973) que se consagrou o positivismo jurídico. Na busca de um tratamento científico que conferisse “objetividade e exatidão” ao direito, Hans Kelsen desenvolveu em 1934 sua teoria na qual procurava depurar seu objeto de elementos de outras ciências como a sociologia e a filosofia, bem como da política e, em certa medida, até da própria realidade (BARROSO, 2009, p. 79). Para formular sua teoria, Hans Kelsen introduziu em sua obra o dualismo neokantiano do “ser” e do “dever ser” que consistem em duas categorias originárias ou *a priori* do conhecimento, isto é, que não derivam de nenhuma outra. São duas formas mentais primárias e básicas, correspondentes a dois domínios incomunicáveis: o dos fatos, ou da natureza física, espiritual e social e o das normas (DINIZ, 1996a, p. 22). Com base nessa distinção fundamental entre “ser” e “dever ser”, Kelsen considerou o “dever ser” como a expressão da normatividade do direito¹⁰, que deve ser investigada pela ciência jurídica¹¹.

devemo-nos contentar com o mundo dado e nos ater no campo da experiência. Ao considerar a Sociologia como uma ciência positiva, admite a existência de certas constantes e regularidades nos fatos sociais que permitem a indução de leis objetivas como as da física. Comte afirma que os juristas queriam inventar as leis, quando na verdade estas já existem na natureza, bastando apenas descobri-las (FERNANDES JÚNIOR; PEREGALLI, 1998, p. 17).

⁹ O que é ciência jurídica? Sobre essa questão encontram-se todas as respostas possíveis e imagináveis. Tal ocorre porque o vocábulo “ciência” não é unívoco. Apesar de com ele se designar um tipo específico de conhecimento, não há um critério único que determine sua extensão, natureza e caracteres, devido ao fato de que os vários critérios têm fundamentos filosóficos que extravasam a prática científica. Além disso, as modernas disputas sobre tal termo estão intimamente ligadas à metodologia (DINIZ, 1996a, p. 22).

¹⁰ Pertence ao “ser” tudo o que é da natureza, e ao “dever ser”, tudo o que é idealidade. Para o jusfilósofo Hans Kelsen, a norma seria como que uma ponte que vincularia os fatos na forma do “dever ser”. Nas suas palavras, “a distinção entre ‘ser’ e ‘dever-ser’ não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência. Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é - ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático - se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser - com o qual descrevemos uma norma - e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja. No entanto, este dualismo de ser e dever-ser não significa que ser e dever-ser se coloquem um ao lado do outro sem qualquer relação. Diz-se: um ser pode corresponder a um dever-ser, o que significa que algo pode ser da maneira como deve ser. Afirma-se, por outro lado, que o dever-ser é ‘dirigido’ a um ‘ser’. A expressão: ‘um ser corresponde a um dever-ser’ não é inteiramente correta, pois não é o ser que corresponde ao dever-ser, mas é aquele ‘algo’, que por um lado ‘é’, que corresponde àquele ‘algo’, que, por outro lado, ‘deve ser’ e que, figurativamente, pode ser designado como conteúdo do ser ou

A jurisprudência passou, então, a ser uma ciência normativa, pois seu objeto consistia em normas que não enunciam o que sucedeu, sucede ou sucederá, mas tão-somente o que se deve fazer. Em contraposição, o “ser” diz respeito à natureza, regida pela lei da causalidade, que enuncia que os objetos da natureza se comportam de um determinado modo (DINIZ, 1996a, p. 22.). Para Luiz Fernando Coelho (1985, p. 48), “Kelsen deixa bem claro que sua doutrina tem pronunciada tendência antiideológica pelo fato de, na sua descrição do direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um direito ideal ou justo”. Neste sentido afirma que “é uma teoria do direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico, posto que recusa valorar o direito positivo”. A positivação, de fato, é o traço mais característico do direito contemporâneo. Embora seja um fenômeno que se

como conteúdo do dever-ser. Também podemos exprimir isto por outras palavras dizendo que um determinado *quid*, especialmente uma determinada conduta, pode ter a qualidade de ser ou a qualidade de dever-ser. Nestas duas proposições: a porta será fechada e a porta deve ser fechada, o ‘fechar a porta’ é, no primeiro caso, enunciado como algo que é e, no segundo caso, como algo que deve ser. A conduta que é e a conduta que deve ser não são idênticas. A conduta que deve ser, porém, equivale à conduta que é em toda a medida, exceto no que respeita à circunstância (*modus*) de que uma é e a outra deve ser. Portanto a conduta estatuída numa norma como devida (como devendo ser) tem de ser distinguida da correspondente conduta de fato. Porém, a conduta estatuída na norma como devida (como devendo ser), e que constitui o conteúdo da norma, pode ser comparada com a conduta de fato e, portanto, pode ser julgada como correspondendo ou não correspondendo à norma (isto é, ao conteúdo da norma). A conduta devida e que constitui o conteúdo da norma não pode, no entanto, ser a conduta de fato correspondente à norma. Apesar de tudo também costuma designar-se esta conduta correspondente à norma e, portanto, uma conduta que é (da ordem do ser), como uma conduta devida (que deve ser) - e com isso pretende significar-se que ela é como deve ser. A expressão ‘conduta devida’ é ambígua. Tanto pode designar a conduta que, na norma, enquanto conteúdo da norma, é posta como devida, e que deve ser mesmo quando se não ponha em ser ou realize; como também a conduta que de fato é ou se realiza e corresponde ao conteúdo da norma. Quando se diz que o dever-ser é “dirigido” a um ser, a norma a uma conduta fática (efetiva), quer-se significar a conduta de fato que corresponde ao conteúdo da norma, o conteúdo do ser que equivale ao conteúdo do dever-ser, a conduta em ser que equivale à conduta posta na norma como devida (devendo ser) - mas que se não identifica com ela, por força da diversidade do *modus*: ser, num caso, dever-ser, no outro” (grifos do original) (KELSEN, 1999, p.4-5).

¹¹ “Os cientistas em geral estabelecem entre o antecedente e o conseqüente uma relação de necessidade ou, pelo menos de probabilidade. É necessário que a água aquecida a cem graus *Celsius* evapore. Tal é a idéia que surge no espírito do físico. O conectivo (partícula lingüística utilizada para conectar, ligar, o antecedente ao conseqüente) de que se valem os cientistas é o verbo ‘ser’: dado o antecedente, será o conseqüente. Ou seja, dada a água aquecida a cem graus *celsius*, ela será transformada em vapor. Já os estudiosos das normas jurídicas, éticas, de etiqueta, não estabelecem uma relação de causalidade entre os dados emergentes de seu objeto, mas uma relação de natureza diversa. Para eles, o dado que figura como antecedente não pode ser tomado por causa do dado conseqüente. Quando um penalista ensina que cabe reclusão na hipótese de homicídio, a estrutura da proposição por ele enunciada não toma a punição como causada pelo crime. Segundo o enfoque desses filósofos do direito, o estudioso das normas formula proposições em que o antecedente é ligado ao conseqüente por um conectivo específico; o verbo composto “deve ser”. Entre os dados considerados (homicídio e reclusão), a relação estabelecida não é de causalidade, mas de imputação. Ou seja, dado o homicídio, deve ser a reclusão. Em termos estruturais: dado o antecedente deverá ser o conseqüente” (COELHO, 1992, p. 59-60).

chamasse a atenção dos juristas do século XIX, ali ganhando os seus primeiros delineamentos teóricos, é no século XX que ele agudamente se problematiza. Direito positivo, pode-se dizer genericamente, é aquele que vale em virtude de uma decisão e que só por força de uma nova decisão pode ser revogado¹². Daí é possível dizer que a “positivação do direito” é o fenômeno segundo o qual “todas as valorações, normas e expectativas de comportamentos na sociedade têm de ser filtradas através de processos decisórios antes de poder adquirir a validade jurídica” (FERRAZ JÚNIOR, 1997, p. 157).

Um dos aspectos mais interessantes da teoria kelseniana é o da estrutura escalonada da ordem jurídica. A ordem jurídica não é um sistema de normas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma¹³, que foi produzida de acordo com outra, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra, e assim por diante até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora (KELSEN, 1999, p. 155)¹⁴.

¹² Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “a positivação e decisão são termos correlatos. Decisão é termo que tomamos num sentido lato, que ultrapassa os limites da decisão legislativa, abarcando também, entre outras, a decisão judiciária, na medida em que esta pode ter também uma qualidade positivamente, quando, por exemplo, decide regras costumeiras. Toda decisão implica, além disso, motivos decisórios, premissas de valor que se referem a condições sociais e nelas se realizam. O que caracteriza o Direito Positivado é, nesse sentido, o fato de que essas premissas da decisão jurídica só podem ser pressupostas como direito válido quando se decide sobre elas” (1997, p. 157).

¹³ Para Hans Kelsen, o direito, que constitui objeto do conhecimento jurídico-científico, deve ser entendido como norma, de modo que a atividade da ciência jurídica esgota sua tarefa ao conhecer as normas de direito. O objeto de investigação do verdadeiro jurista deve ser a norma jurídica, e a conduta humana só será na medida em que constitui o conteúdo de comandos jurídicos. Por outras palavras: o objeto da jurisprudência, segundo a teoria pura do direito, consiste nas normas jurídicas determinantes da conduta humana determinada pelas normas jurídicas, isto é, enquanto contidas nas normas de direito. “Normas” pode também referir-se a “fatos e situações que não constituem conduta humana, mas desde que sejam condições e efeitos de conduta humana” (DINIZ, 1996a, p. 41).

¹⁴ “Já nas páginas precedentes por várias vezes se fez notar a particularidade que possui o Direito de regular a sua própria criação. Isso pode operar-se de forma a que uma norma apenas determine o processo por que outra norma é produzida. Mas também é possível que seja determinado ainda - em certa medida - o conteúdo da norma a produzir. Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja

De fato Hans Kelsen concebe o direito como um sistema de normas que regula o comportamento dos homens, sendo essa ordem jurídica um sistema escalonado em cujo topo está a norma fundamental, fundamento de validade de todas as demais normas que o integram. Pressuposto essencial é que as normas: constituições, leis, decretos, regulamentos, sentenças, atos administrativos, contratos, não se encontram soltas, mas mutuamente entrelaçadas. Sem isso não se poderia falar de sistema, de ordem, de ordenamento jurídico¹⁵. Os ordenamentos jurídicos, nas palavras de Norberto Bobbio, “são compostos por uma infinidade de normas¹⁶ que, como as estrelas no céu¹⁷, jamais alguém conseguiria contar”. Ninguém sabe, mas “os juristas se queixam que são muitas, mas assim mesmo criam-se sempre novas e não se poderia deixar de criá-las para satisfazer todas as necessidades da sempre mais variada e intrincada vida social” (1996, p. 37). Para Bobbio, “a dificuldade de rastrear todas as normas que constituem um ordenamento depende do fato de que geralmente essas normas não derivam de uma única fonte”, levando em conta que “a imagem de um ordenamento, composto somente por dois personagens: o legislador, que coloca as normas e que é um personagem imaginário que esconde uma realidade mais complexa, e os súditos que as recebem” (1996, p. 37-38).

produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora” (KELSEN, 1999, p. 115).

¹⁵ Para Norberto Bobbio, a exigência da nova pesquisa nasce do fato de que, na realidade, as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si (...). Esse contexto de normas costuma ser chamado de “ordenamento”. E conclui: “será bom observamos, desde já, que a palavra ‘direito’, entre seus vários sentidos, tem também o de ‘ordenamento jurídico’, por exemplo, nas expressões ‘direito romano’, ‘direito canônico’, ‘direito italiano’ (‘direito brasileiro’), etc.” (grifos do original) (1996, p. 19).

¹⁶ “O número de regras que nós, seres que agem com finalidade, cotidianamente encontramos em nosso caminho é incalculável, ou seja, é tal que enumerá-las é um esforço vão, como contar os grãos de areia de uma praia. O itinerário de todas as nossas ações, ainda que modesto, é assinalado por um tal número de proposições normativas que é dificilmente imaginável por aquele que age sem muito pensar nas condições em que o faz (BOBBIO, 2001, p. 27).

¹⁷ “Nunca poderemos saber para que os astros percorrem os céus. Só é possível descrever esse fato, traduzir em palavras as leis que ligam os efeitos às causas. Para tornar clara essa questão, convém lembrar que, segundo Edmund Husserl, não é a causalidade, mas sim a motivação que governa os objetos culturais. As motivações estão na conduta, fazem parte dela e da liberdade. O direito, como objeto cultural, dever ser compreendido, uma vez que os objetos culturais, que implicam sempre um valor, não se explicam nem por suas causas nem por seus efeitos, mas se compreendem através da captação do sentido, que os define como objetos culturais. Portanto compreender, não é ver as coisas segundo nexos causais, mas na integralidade de seus sentidos ou fins, segundo conexões determinadas de modo valorativo. É conhecer sua razão de ser, é revelar seu sentido, e isso só se obtém através do método empírico-dialético, dirigido a lograr uma investigação entendedor e não meramente explicativa. Conhecer é compreender o sentido de algo. Compreende-se um objeto quando se lhe conhece o sentido” (DINIZ, 1996a, p.34).

Seria mesmo impossível o Poder Legislativo formular todas as normas necessárias para regular a vida social. Limita-se apenas a formular normas genéricas que contenham somente diretrizes, confiando aos órgãos executivos o encargo de torná-las exequíveis. A mesma relação ocorre entre as normas constitucionais e as leis ordinárias, as quais podem, às vezes, ser consideradas como os regulamentos executivos das diretrizes de princípios contidos na Constituição. Com efeito, na medida em que se vai subindo na hierarquia das fontes, as normas tornam-se cada vez menos numerosas e mais genéricas. Descendo, ao contrário, as normas tornem-se cada vez mais numerosas e também mais específicas. Importante ressaltar que há ordenamentos nos quais não existe diferença entre leis constitucionais e leis ordinárias. São aqueles nos qual o poder legislativo pode formular, através do mesmo procedimento, leis ordinárias e leis constitucionais. Conseqüentemente, não existe uma obrigação do legislador ordinário em executar as prescrições contidas nas leis constitucionais (BOBBIO, 1996, p. 51).

Do ponto de vista da Teoria Geral do Direito, isso leva à conclusão de que o direito não interessa tanto aquilo que as pessoas fazem, mas de que maneira o fazem, ou que o direito não prescreve aquilo que os indivíduos têm que fazer, mas a maneira, isto é, a forma da ação no sentido de que o direito é uma regra formal de conduta humana. Assim, a juridicidade de uma norma se determina não através de seu conteúdo, mas simplesmente pelo fato de pertencer ao ordenamento jurídico, fato que se determina remontando da norma inferior à superior. O ordenamento jurídico, além de uma unidade, constitui também um sistema, ou seja, é uma unidade sistemática, entendendo por sistema uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que as constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas de coerência entre si. Ao questionar se um ordenamento jurídico constitui um sistema, indaga-se se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação (BOBBIO, 1996, p. 71).

Na linguagem jurídica, o uso do termo sistema para indicar o ordenamento jurídico é comum. Muitas vezes usa-se a expressão sistema normativo em vez de ordenamento jurídico. Ocorre que as normas que entram para constituir um ordenamento não ficam isoladas, mas tornam-se parte de um sistema uma vez que certos princípios agem como ligações pelas quais as normas são mantidas juntas de maneira a constituir um bloco sistemático. Ainda, segundo Bobbio (1996, p. 22), não é possível dar uma definição do direito, do ponto de vista da norma jurídica considerada isoladamente, posto que uma definição satisfatória do direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico. O termo “direito” na mais comum acepção de direito objetivo, indica um tipo de sistema normativo, não um tipo de

norma. Dessa forma o ordenamento jurídico, como todo sistema normativo, é um conjunto de normas e essa definição geral de ordenamento pressupõe uma única condição: que na constituição de um ordenamento concorram mais normas. Para Kelsen (1999, p. 4) a norma é vista como um sentido de um ato de vontade, que o fixa. O fim do ato de fixação da norma não é um “dever ser”, mas um “ser”¹⁸, que é a conduta existente na realidade, a qual corresponde à norma. O ato de vontade como um ato do “ser”, tem o sentido de um “dever ser”, que é a norma¹⁹. Uma norma posta na realidade do “ser” por um realizante ato de vontade é uma norma positiva. O sentido do ato de vontade ou de um ato de comando dirigido à conduta de outrem só pode “ser”, mas pode também “não ser”, isto é, o outro pode obedecer ou desobedecer à ordem. Logo, essa conduta não entra na ordem no modo do “ser”, e sim do “dever ser” (DINIZ, 1996b, p. 42-43).

Importa observar, entretanto, que sob o prisma ontológico a norma está na zona da cultura²⁰ por ser um objeto resultante da obra humana, atuando segundo valorações. É um objeto estabelecido pelo homem em razão de um fim²¹, com existência no tempo e no espaço. A temporalidade é um elemento constitutivo seu, pois tem uma vida que se faz e desfaz, já que é alterável, revogável e substituível, estando ainda vinculada a um espaço uma vez que ainda é necessária a um determinado círculo de pessoas. Encontra-se na experiência sensível,

¹⁸ Diz-se que a primeira relação opera no campo do saber deontico e a segunda no do saber apofântico. O conectivo próprio dos juízos formulados pelos estudiosos das normas é o deontico - dever ser. Ele serve à ligação entre o antecedente e o conseqüente, no interior de um conhecimento deontico (COELHO, 1992, p. 61).

¹⁹ “Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser. Por isso, a situação fática perante a qual nos encontramos na hipótese de tal ato tem de ser descrita pelo enunciado seguinte: um indivíduo quer que o outro se conduza de determinada maneira. A primeira parte refere-se a um ser, o ser fático do ato de vontade; a segunda parte refere-se a um dever-ser, a uma norma como sentido do ato. Por isso não é correto dizer, como muitas vezes se diz, que o dever um indivíduo fazer algo nada mais significa senão que um outro indivíduo quer algo - o que equivaleria a dizer que o enunciado de um dever-ser se deixa reconduzir ao enunciado de um ser” (KELSEN, 1999, p. 4).

²⁰ “Cultura é tudo o que o ser humano acrescenta às coisas com a intenção de aperfeiçoá-las. Abrange tudo o que é construído pelo homem em razão de um sistema de valores. O espírito humano projeta-se sobre a natureza, dando-lhe uma nova dimensão, que é o valor. Cultura é a natureza transformada ou ordenada pela pessoa humana com o escopo de atender aos seus interesses. As obras humanas não são criações no sentido rigoroso deste vocábulo, pois não são tiradas do nada. Realmente, o homem não cria jamais, só Deus cria *ex nihilo*, o homem tão-somente ‘fabrica’ algo que já é dado. Em outros termos, as criações humanas resultam de uma disposição dada pelo homem às coisas do mundo, visando o seu aperfeiçoamento. É um complexo de adaptações e ajustes feitos pelo homem para que as coisas sirvam aos fins humanos” (grifo do autor) (TELLES JUNIOR, 2003, p. 239-242).

²¹ A norma de direito é uma construção humana erguida como elemento da natureza. O ser humano, atuando sob o signo de valores, verifica quais são as interações necessárias à vida social, que tomam, então, uma forma objetiva, que é a norma jurídica (DINIZ, 1996b, p. 67).

além de ser positiva ou negativamente valiosa, pois tem como sentido, finalidades e valores implícitos (DINIZ, 1996b, p. 67).

Segue-se que uma das características mais importante na teoria kelseniana, na qual se baseia o ordenamento jurídico, é a completitude, visto que é a mais típica e representa o ponto central do positivismo jurídico. A característica da completitude é estreitamente ligada ao princípio da certeza do direito, que é a ideologia fundamental deste movimento jurídico²². Trata-se, pois, de um dogma, porquanto afirmar que o ordenamento jurídico é completo significa negar a existência de lacunas na lei. Kelsen (1999, p. 169²³), concebe o direito como um sistema unitário de normas, como um todo fechado em si mesmo. Para esse jusfilósofo o ordenamento jurídico é pleno, ou seja, todos os casos estão nele previstos. Se não houver qualquer norma geral, aplicável ao caso concreto, a conduta do agente é regulada pela ordem jurídica negativamente, que se define pelo dogma; “tudo o que não está proibido está juridicamente permitido”. A partir dessa premissa, Kelsen (1999, p. 171 e ss.) afasta a idéia de existência de lacunas²⁴ no direito.

Bobbio (1996, p. 145) afirma que o direito pode disciplinar todas as condutas humanas possíveis, isto é, todos os comportamentos que não são nem necessários, nem impossíveis, e isto precisamente porque o direito é uma técnica social que serve para influir na conduta humana. Dessa forma, uma norma que ordene um comportamento impossível seria supérflua e uma norma que proíba um comportamento necessário seria vã²⁵. Acrescenta esse autor que este modo de definir o direito pode ser chamado de “formalismo jurídico”. A concepção formal do direito define, portanto, o direito exclusivamente em função de sua estrutura formal, prescindindo completamente de seu conteúdo, isto é, considera somente como o direito se produz e não o que ele estabelece (BOBBIO, 1996, p. 145).

²² O princípio da completitude do direito se apresenta necessário para conciliar entre si dois outros temas juspositivistas fundamentais: aquele segundo o qual o juiz não pode criar o direito e aquele segundo o qual o juiz não pode jamais recusar-se a resolver uma controvérsia qualquer (BOBBIO, 1995, p. 207).

²³ “[...] a ordem jurídica regula a conduta humana não só positivamente, prescrevendo uma certa conduta, isto é, obrigando a esta conduta, mas também negativamente, enquanto permite uma determinada conduta pelo fato de a não proibir. O que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido. Rejeitando a demanda ou absolvendo o acusado, o tribunal aplica a ordem jurídica que permite ao demandado ou acusado a conduta contra a qual se dirige a demanda ou acusação que não têm fundamento na ordem jurídica” (KELSEN, 1999, p.169).

²⁴ As “lacunas” são definidas como “ausência de lei para o caso concreto. Os elaboradores dos textos legais, com certeza, não podem antever todas as situações que a realidade irá oferecer e, por isso surge a questão de como resolver, juridicamente, os casos não previstos. [...]. A completude do direito depende da presença de uma norma jurídica ou de sua contraditória aplicável a qualquer comportamento humano que se considere” (COELHO, 1992, p. 92-93).

²⁵ “A norma deve ser dotada de um mínimo de eficácia, isto é, deve ter a possibilidade de ser obedecida ou desobedecida” (COELHO, 1992, p. 65).

Para Noel Struchiner o formalismo jurídico é comumente visto como uma expressão do positivismo jurídico constituindo-se das seguintes teses:

1. O direito é composto exclusivamente ou predominantemente por normas promulgadas explícita e deliberadamente por órgãos legislativos e não por normas consuetudinárias ou jurisprudenciais. 2. Esse sistema de norma possui as seguintes propriedades: o sistema é fechado, ou seja, o conjunto de normas promulgadas pelo legislativo é exaustivo do direito; o sistema é complexo, isto é, não existe lacunas no sistema de normas; o sistema é consistente, o que significa que não há contradições e antinomias normativas; e as normas do sistema são precisas, não existe nenhuma espécie de indeterminação lingüística, como ambigüidades sintáticas ou intoxicações semânticas como a vaguidade e a textura aberta da linguagem (STRUCHINER, 2006, p. 363).

Em suma, para Kelsen o ordenamento jurídico é auto-suficiente para oferecer para cada caso uma solução correta. Trata-se da plenitude hermética do sistema jurídico. Ao atribuir as propriedades mencionadas aos sistemas jurídicos, o formalismo jurídico complementa outra posição freqüentemente identificada como sendo a expressão mais autêntica do positivismo jurídico, qual seja, o positivismo ideológico ou positivismo normativo. Noel Struchiner explica:

1. Para que um determinado sistema normativo receba o nome de direito, ou que uma determinada norma seja qualificada como jurídica, não é necessário que passe pelo escrutínio de critérios ou testes morais. Para identificar uma norma como jurídica e, portanto, como existente e válida, devem-se investigar as suas fontes e não o seu mérito. 2. Os juízes e sujeitos jurídicos têm a obrigação moral de obedecer ao direito positivo. O direito positivo é dotado de força moral obrigatória (STRUCHINER, 2006, p. 363).

A partir disso pode-se concluir com Noel Struchiner, que “o formalismo jurídico caminha de mãos dadas com o positivismo ideológico” segundo o qual “determina que os juízes devem aplicar e as pessoas devem obedecer ao direito vigente em todas as circunstâncias”. Por sua vez, o formalismo jurídico “mostra como isso é possível: o direito é completo, consistente e preciso”. “Tanto o positivismo ideológico quanto o formalismo jurídico não passam de caricaturas do positivismo jurídico”, de forma que os jusnaturalistas e juristas práticos são os principais responsáveis por desenhar essa caricatura do positivismo jurídico incorrendo na chamada “falácia do espantalho que consiste em atacar uma posição similar, mas diferente da posição defendida ou atacada pelos seus opositores, ou seja,

primeiro a versão do seu oponente é distorcida e depois se ataca essa versão deturpada” (2006, p. 363-364)

Conseqüentemente, em termos ontológicos, a definição positivista do direito como sistema de normas postas por atos de vontade levanta o problema da fundamentação, da legitimidade do direito. Para Luís Roberto Barroso (2009, p. 247-248) o positivismo, em busca de objetividade científica, equiparou o direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX, conforme já assinalado, que com a derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade, teve início emblematicamente o processo de decadência do positivismo jurídico.

1.2 O Pós-Positivismo Jurídico

Com o fim da Segunda Guerra, a ética e os valores começaram a retornar ao direito natural e, posteriormente, na roupagem mais sofisticada do que se convencionou chamar de “pós-positivismo”. Antonio Carlos Diniz e Antônio Cavalcante Maia, asserem:

“O pós-positivismo pode ser descrito, em grandes linhas, como um novo paradigma concebido no âmbito da teoria jurídica de contestação às insuficiências, aporias e limitações do juspositivismo formalista tradicional, que reflete em larga medida uma ideologia jurídica herdada do Estado de Direito do século XIX”. O próprio termo pós-positivismo (também conhecido como não-positivismo ou não-positivismo principiológico) possui um status provisório e genérico enquanto categoria terminológica, posto que seu emprego não é de todo pacífico, mesmo entre os autores que partilham de suas teses axiais (DINIZ; MAIA, 2006, p. 650).

No direito codificado²⁶, essência do Estado de Direito clássico, os princípios se materializaram em regras que, embora por eles informadas, limitavam sua abrangência. O *civil law*, definido como o conjunto de leis que regulamentam as relações entre os seres humanos, foi desenvolvido em torno do indivíduo tendo como sustentáculo três princípios fundamentais absolutistas: o contrato, a responsabilidade civil e a propriedade. Nessa época o

²⁶ O direito codificado, também chamado de *civil Law* é de sistema romano-germânico, tem como símbolos o Código de Napoleão, primeiro código da França republicana, publicado em 1804; e o Código Civil alemão (BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch*), promulgado em 1896, e que entrou em vigor em 1900.

sistema jurídico é considerado completo e auto-suficiente. O conceito de direito se reduz ao conjunto normativo em vigor sendo considerado um sistema perfeito, um dogma que, como tal, era imposto e não aceitava contestação por não precisar de qualquer justificação além da própria existência. Em essência, foi do Código Civil francês e do Código Civil alemão e suas adesões que resultou o sistema de direito codificado (positivo), cuja principal característica é conceber a lei como fonte principal do direito, um legado do direito escrito adotado pelos povos romano e que absorve, também, as regras do direito canônico e germânico.

Porém, a sociedade se modificou e o positivismo passou a ser objeto de severos questionamentos. Começou-se a perceber que o simples elenco de direitos individuais não era suficiente para garantir a igualdade, a liberdade e o efetivo acesso à propriedade. Os impactos sociais negativos do modo de produção capitalista (criação do liberalismo do século XIX) deram vazão à crítica e às correntes socialistas²⁷, sendo que ao fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), “a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 99). Novas reflexões sobre a função social e a interpretação do direito são idealizadas. Surge, assim, o que se denominou de “Estado de Direito Social”.

O Estado de Direito Social foi acompanhando a evolução da sociedade, assimilando elementos democráticos e populares, transformando-se, tempos depois, no Estado de Direito Democrático. O positivismo exacerbado dá lugar ao pós-positivismo²⁸ que no início de sua trajetória traz referências do ordenamento positivo (legalidade), porém, reintroduz a qualidade

²⁷ Os principais defensores do pensamento socialista foram: a) os fundadores do marxismo (socialismo científico): o filósofo alemão Friedrich Engels (1820-1895), o economista alemão Karl Heinrich Marx (1818 a 1883); o economista e jurista alemão Maximilian Carl Emil Weber (1864-1920), o economista e jurista francês Émile Durkheim (1858-1917); b) os fundadores do socialismo utópico: o filósofo francês François Marie Charles Fourier (1772-1837), o filósofo e economista francês Claude-Henri de Rourroy - Conde de Saint-Simon (1760-1825) e o socialista utópico francês Louis Jean Joseph Charles Blanc (1811-1882); c) o fundador do movimento cooperativo: o filósofo socialista libertário galês Robert Owen (1771 a 1858); d) o fundador do movimento liberal social: reformista social norte-americano Henry George (1839-1897); e) o fundador da teoria leninista: o revolucionário russo, líder do Partido Comunista, importante responsável pela execução da Revolução Russa, de 1917 Vladimir Ilitch Lenin (1870-1924); f) os fundadores do socialismo trabalhista na Inglaterra do século XIX (trabalhismo); os fundadores do socialismo de Cátedra da Alemanha do século XIX (doutrina social da igreja); e os fundadores da social-democracia na Alemanha (ideologia social-democrata - revisionista da teoria marxista): o teórico político alemão Karl Kautsky (1854 -1938), o social-democrata alemão August Ferdinand Bebel (1840 a 1913) e o teórico político alemão Eduard Bernstein (1850-1932).

²⁸ “Pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 9, 133-134).

ética do direito (legitimidade), ou seja, “numa cultura jurídica pluralista, democrática e participativa, a legitimidade não se funda na legalidade positiva, mas resulta da consensualidade das práticas sociais instituintes e das necessidades reconhecidas como ‘reais’, ‘justas’ e ‘éticas’” (WOLKMER, 1993, p. 31). Desenvolve-se, assim, uma nova hermenêutica jurídica, fundada na teoria dos direitos fundamentais. Promove-se a reaproximação entre ética e direito. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores [ética, justiça, moral] compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas subtilezas, como a separação de poderes e o Estado de Direito Democrático. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça (2002, p. 1).

Os princípios, absorvidos pelo direito constitucional, condensam os valores sociais mais caros refletindo os anseios gerais da sociedade, por isso são chamados de “fundamentais”. Da mesma forma, promovem a unidade e harmonia do sistema *civil law*, além de servir de condicionamento à atividade interpretativa do ordenamento jurídico (BARROSO, 2002, p. 1). Os princípios fundamentais abrigados nas Constituições assumem, portanto, a posição de centro do ordenamento jurídico. Nessa trajetória, “os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica²⁹, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata”. Assim, o ordenamento jurídico contemporâneo passa a ser um sistema normativo aberto, formado por regras e princípios: as regras são mais objetivas e incidem de forma restrita sobre situações específicas e os princípios são mais abstratos e possuem uma finalidade mais destacada (CANOTILHO, 2003, p. 1159; 1160).

Vê-se, por conseguinte, que em decorrência das mutações sociais o Estado Liberal foi sendo substituído por um Estado Social, chegando ao atual estágio de Estado de Direito Social e Democrático. Nesse processo se vivencia uma instabilidade social sem precedentes, forçando a intervenção estatal na economia e nas relações privadas, redundando numa verdadeira socialização do direito privado que perdeu o caráter individualista, adquirindo

²⁹ A axiologia estuda a natureza dos valores. É chamada de “teoria dos valores” ou “teoria crítica dos conceitos de valor”. Valores das pessoas, das coisas, moral, ética estética (Abbagnano, 2000, p. 101).

caráter protetivo sobre a pessoa humana enquanto membro da sociedade. Emerge um direito mais humano focalizando a tutela da pessoa, buscando o bem-estar social com fundamentos na dignidade da pessoa humana. Nesse contexto Paulo Otero afirma:

Não será mesmo exagero afirmar que, cada vez mais, o sucesso ou o insucesso da implementação de um modelo constitucional de bem-estar, incluindo aqui a concretização dos direitos fundamentais, se encontra mais nas mãos da Administração Pública do que na simples atividade normativa desenvolvida pelo legislador: a tentativa de "fuga" do legislativo para a decisão administrativa através de leis-medida e, por outro lado, o processo de progressiva legitimação político-democrática do poder administrativo através de uma inversão total do significado as eleições parlamentares são meras manifestações da centralidade da Administração Pública no moderno Estado (OTERO, 2003, p. 31).

Significa dizer que se a Constituição “estabelece um modelo de bem-estar e o impõe como programa de ação ao Estado na efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais”. Resulta cristalino que “o texto constitucional se encontra, simultaneamente, a conferir à Administração Pública um protagonismo político que ultrapassa tudo aquilo que os teóricos liberais do fenômeno constitucional podiam imaginar” (OTERO, 2003, p. 31). De fato, a partir da segunda metade do século XX, o direito deixou de caber integralmente no positivismo jurídico. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e de legitimidade.

Um aspecto importante a ser destacado, é o de que falar em pós-positivismo não significa adotar uma posição antipositivista. Não se pode recusar a reconhecer as incontornáveis contribuições dadas pelos juristas filiados ao positivismo jurídico à inteligência da estrutura da norma jurídica, bem como com sua preocupação com a clareza, a certeza e a objetividade no estudo do Direito, tudo isso referenciado à preocupação central dos Estados de Direito com a segurança jurídica. O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivistas e jusnaturalistas. Não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza, e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaço totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente (BARROSO, 2009, p. 248).

Um dos elementos importante do enfoque pós-positivista é a recusa em aceitar como axioma a distinção nuclear do positivismo entre “descrição” e “prescrição”. Dentro da proposta pós-positivista, em especial nos casos difíceis, o trabalho doutrinário procura lançar pontes entre a teoria e a prática municiando os operadores do direito com instrumento capazes de conduzi-los a respostas pertinentes para os problemas jurídicos, bem fundados e ao mesmo tempo verificáveis e, na medida do possível, objetivamente controláveis, daí o papel crucial da argumentação jurídica³⁰. A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática³¹, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto, antes procura empreender uma leitura moral na Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. Nesse novo paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras, a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana promovendo-se, nesse contexto, uma reaproximação entre direito e a ética (BARROSO, 2009, p. 249-250).

Com efeito, na “velha hermenêutica” interpretava-se a lei, e a lei era tudo, e dela tudo podia ser retirado que coubesse na função elucidativa do intérprete, por uma operação lógica, a qual, todavia, nada acrescentava ao conteúdo da norma. Na nova hermenêutica, ao contrário, concretiza-se o preceito constitucional, de tal sorte que concretizar é algo mais que

³⁰ “Como atividade provinda do raciocínio humano, o direito não se articula por si só, daí porque somente pode ser aplicado através de argumentos. São os argumentos os caminhos, os trilhos da articulação e da aplicação do direito” (RODRIGUES, 2005, p. 5).

³¹ De forma sumária e simplificadora, a razão prática cuida da fundamentação racional de princípios de moralidade e justiça, opondo-se à razão cientificista, que enxerga nesse discurso a mera formulação de opiniões pessoais insuscetíveis de controle. De forma um pouco mais analítica, trata-se de um uso da razão voltado para o estabelecimento de padrões racionais para a ação humana. A razão prática é concebida em contraste com a razão teórica. Um uso teórico da razão caracteriza-se pelo conhecimento de objetos, não pela criação de normas. O positivismo só acreditava na possibilidade da razão teórica. Por isso, as teorias positivistas do direito entendiam ser papel da ciência do direito apenas descrever o direito tal qual posto pelo Estado, não justificar normas, operação que não seria passível de racionalização metodológica. É por isso que, por exemplo, para Hans Kelsen, não caberia à ciência do direito dizer qual a melhor interpretação dentre as que são facultadas por determinado texto jurídico. Tal atividade exibiria natureza eminentemente política, e sempre demandaria uma escolha não passível de justificação em termos racionais. O pós-positivismo, ao reabilitar o uso prático da razão na metodologia jurídica, propõe justamente a possibilidade de se definir racionalmente a norma do caso concreto através de artifícios racionais construtivos, que não se limitam à mera atividade de conhecer textos normativos (BARROSO, 2009, p.249).

interpretar, é, em verdade, interpretar com acréscimo, com criatividade³². Na velha hermenêutica, regida por um positivismo lógico-formal, há subsunção. Na Nova Hermenêutica, inspirada por uma teoria material de valores, o que há é a concretização. Ali a norma legal, aqui, a norma constitucional. Uma interpretada, a outra, concretizada³³ (BONAVIDES, 2009, p. 606). Com toda essa transformação decorrente do pós-positivismo, o direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico passando a ser o filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional. Esse fenômeno tem sido designado como constitucionalização do direito, resultando em uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos tradicionais e autônomos do direito (BARROSO, 2009, p. 85-86). No constitucionalismo é a legitimação e o controle do poder a base de um consenso fundamental ou, nas palavras de Peter Häberle:

Constitucionalismo é um conceito generalizado universalmente, que pode fazer-se corresponder à multiplicidade de sentidos do Estado Constitucional. [...] o objetivo do constitucionalismo é a legitimação, a domesticação e o controlo do poder estadual, e em parte também do poder social (p. ex., o efeito externo dos direitos fundamentais), na base de um consenso fundamental. O poder soberano há de estar submetido a um quadro “ordenador” constituinte, mais ou menos denso – a Constituição escrita ou não escrita. Os conjuntos normativos vão desde os preâmbulos (comparáveis a prólogos), passando pelos direitos e pelos valores fundamentais, até à parte organizatória e às disposições finais. “Princípios”, “direitos”, “valores fundamentais”, “regras”, “fins” compõem uma amálgama diversificada (HÄBERLE, 2006, p. 101).

Seguindo-se esse raciocínio, pode-se afirmar que a legitimação do Estado Constitucional “não se basta com a origem democrática do poder, impondo também que a Administração Pública obtenha um resultado eficiente na satisfação das necessidades sociais e, por esta via, faz nascer uma ‘legitimação pelo êxito’” (grifo do original) (OTERO, 2003, p. 31). Quer-se dizer que a criação de regras reguladoras do convívio social, juntamente com as atividades administrativas do Estado, é que visam à manutenção de um estado de paz na

³² O conceito de concretização é surpreendente por sua importância, utilidade e aplicabilidade na solução de questões constitucionais de direitos fundamentais e por indicar com nitidez o traço que separa as duas hermenêuticas (BONAVIDES, 2009, p. 648).

³³ “O que se percebe, com toda evidência, é a linha de separação no direito constitucional contemporâneo do pós-positivismo material, em ascensão, ao positivismo formal em decadência. O primeiro explende em riquezas e fecundidade inovadora, fazendo nascer da gestação de seus conceitos a Nova Hermenêutica, ao passo que o segundo jaz embalsamado num formalismo álgido e refratário aos conteúdos velozes e dinâmicos daquele universo novo de direitos fundamentais em expansão; alheado da realidade, freqüenta unicamente as páginas do Direito Constitucional clássico, de inspiração liberal” (BONAVIDES, 2009, p. 606-607).

sociedade, assegurando a proteção dos direitos objetivos (direito material) dos seus titulares e prestando a tutela jurídica, regulada pelo direito adjetivo (direito processual)³⁴. A constitucionalização do direito, potencializada por algumas características associadas ao contexto filosófico do pós-positivismo, centrada na idéia da dignidade humana e dos direitos fundamentais, será objeto do próximo tópico.

1.3 O Estado Constitucional de Direito Contemporâneo

Das origens até os dias de hoje, a idéia de Constituição - e do papel que deve desempenhar - percorreu um longo e acidentado caminho. O constitucionalismo liberal, com sua ênfase nos aspectos de organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direitos de liberdade, cedeu espaço para o constitucionalismo social. Direitos ligados à promoção da igualdade material passam a ter assento constitucional e dá-se uma ampliação notável das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social. Em muitos países essa tendência foi mais forte, dando lugar à noção de dirigismo constitucional ou de Constituição dirigente, com a redução do campo reservado à deliberação política majoritária e a conseqüente imposição ao legislador e ao administrador de certos deveres de atuação positiva. Essa ampliação do espaço constitucional passou a ser questionada a partir do quarto final do século XX, na onda de uma disseminada reação política pela redução do tamanho do Estado, pela desregulamentação e pela volta ao minimalismo constitucional do liberalismo.

Do ponto de vista dogmático, as últimas décadas assistiram a um movimento decisivo que foi o reconhecimento e a consolidação da força normativa da Constituição. No Brasil, a força normativa e a conquista de efetividade pela Constituição, são fenômenos recentes que somente se consolidaram após a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988. Porém, como aduz Oscar Vilhena Vieira:

³⁴ “O direito objetivo ou substantivo (*jus norma agendi*) recebeu a seguinte definição de Miguel Reale: vinculação bilateral imperativo-atributiva da conduta humana para a realização ordenada dos valores de convivência. [...]. aquele escrito, comum, regula as relações humanas, exercício de direitos, o cumprimento de deveres; ‘direito normativo material’, positivo”. [...]. Já o direito subjetivo ou adjectivo (*jus facultas agendi*) pode ser definido como a autorização da norma jurídica para o exercício de uma prestação. [...] direito formal, não-substancial ou direito processual” (GUIMARÃES, 1999, p. 262; 263, 268, 270).

A generosidade de nossa Constituição e diversos outros diplomas legais no reconhecimento de direitos contrasta com a violação e o desrespeito sistemático destes mesmos direitos por parte do Estado, em relação a determinadas parcelas da população, assim como pelas próprias pessoas em suas relações intersubjetivas. Nesse sentido, não seria incorreto afirmar que temos um Estado de Direito bastante frágil, onde a vontade da lei não tem servido, muitas vezes, como uma razão suficientemente forte para balizar as ações individuais e a conduta estatal (2004, p.195).

Com a decadência do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Constituição - separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado liberal - se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado Social. Ao tempo do velho direito constitucional - o da separação dos poderes - a tensão transcorria menos no campo das relações dos cidadãos com o Estado do que no domínio mais sensível e delicado das relações entre os Poderes. Já com o novo direito constitucional, a tensão traslada-se para a esfera dos direitos fundamentais³⁵. O certo é que o novo conceito de Constituição, no escólio de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 69), tem permeado e revolucionado todo o direito contemporâneo, tendo sido designado, por muitos autores, a constitucionalização como o processo e o resultado da transformação do direito causado pela Constituição. Santiago Sastre Ariza discorrendo sobre o impacto do constitucionalismo contemporâneo sobre a Ciência do Direito, afirma que:

Sem dúvida as inovações que o neoconstitucionalismo tem causado sobre o direito e, portanto, também na maneira de enfrentar o seu estudo, permitem que se possa afirmar que estamos em presença de um novo paradigma (com toda força kantiana do termo) que se poderia denominar de o paradigma constitucionalista do direito (*apud* MOREIRA NETO, 2008, p. 70).

A riqueza desse novo direito que, como visto, emergiu da tragédia das guerras e das ideologias radicais do século XX, liberto das amarras do velho e surrado racionalismo

³⁵ “Em geral, dizia-se e ensinava-se que a Constituição representava o vértice de um sistema de normas construído sob a forma de pirâmide jurídica que, na sua globalidade, formava a ordem jurídica. Esse modelo não tem hoje virtualidades suficientes para captar o relevo jurídico do direito internacional e do direito comunitário. Não há um vértice com uma norma superior; no estalão superior situam-se vários ordenamentos superiores - ordenamento constitucional, ordenamento internacional e ordenamento comunitário - cuja articulação oferece inequívocas dificuldades, sobretudo quando qualquer desses ordenamentos disputa a supremacia normativa ou, pelo menos, a aplicação preferente de suas normas e princípios” (CANOTILHO, 2003, p. 694-695).

oitocentista e de suas derivações novecentista, tornou obsoleto o “positivismo jurídico” com sua pretensão de construir um direito “puro”, a partir não mais do texto da lei, tomada em seu clássico conceito russeuniano de expressão da “vontade” geral. Dessa mesma riqueza, exsurge uma ciência renovada que se apresenta estuante de novos conceitos, de novas instituições e, conseqüentemente, de novas técnicas de interpretação que a revitalizam como instrumento de justiça e de civilização, muito a distanciando da velha e obsoleta disciplina formalista e ritualista, que até ainda apouco era a difundidamente ensinada e praticada.

O aporte norte-americano do princípio da supremacia da Constituição havia sido decisivo no mundo jurídico positivista, porquanto a mera subsunção³⁶ formal à Constituição era, então, a qualidade tida como suficiente para imprimir legalidade a toda à ordem jurídica. A subsunção, como forma lógica de interpretação jurídica tradicional, funda-se em um modelo de regras que reserva ao interprete um papel estritamente técnico e automático de revelação do sentido de um direito integralmente contido na norma legislada. Com efeito, por muito tempo, a subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do direito. Ela se desenvolve por via de um raciocínio silogístico no qual a premissa maior - a norma - incide sobre a premissa menor - os fatos - produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto³⁷. Esse raciocínio lógico-jurídico³⁸ continua sendo fundamental para a dinâmica do direito, contudo, não é mais suficiente para lidar com as situações que envolvam colisões de

³⁶ A subsunção, em sentido próprio, é a assunção da premissa menor do silogismo, chamada de hipolema, para reservar o tema lema à premissa maior (ABBAGNANO, 2000, p. 928).

³⁷ “Um típico operador jurídico formado na tradição romano-germânica, como é o caso brasileiro, diante de um problema que lhe caiba resolver, adotará uma linha de raciocínio semelhante à que se descreve a seguir: após examinar a solução do fato que lhe foi trazida, irá identificar no ordenamento positivo a norma que deverá reger aquela hipótese. Em seguida, procederá a um tipo de raciocínio lógico, de natureza silogística, no qual a norma será a premissa maior, os fatos serão a premissa menor e conclusão será a conseqüência do enquadramento dos fatos à norma. Esse método tradicional de aplicação do direito, pelo qual se realiza o enquadramento dos fatos na previsão da norma e pronuncia-se uma conclusão, denomina-se ‘método subsuntivo’” (grifo do original) (BARROSO, 2009, p. 296).

³⁸ Na definição proposta por André Franco Montoro, “a lógica jurídica tem por objeto o estudo dos princípios e regras relativos às operações intelectuais efetuadas pelo jurista, na elaboração, interpretação, aplicação e estudo do direito”, tendo como elementos: estudo de princípios e regras lógicas; operações intelectuais efetuadas pelo jurista e a elaboração, interpretação, aplicação e estudo do direito. Assim, relativamente aos princípios lógicos, é necessário observar que nem todo pensamento é raciocínio, e nem todo raciocínio é lógico. Para que uma inferência - relação premissa-conclusão entre duas idéias, tenha o caráter lógico, devem ser obedecidos três princípios fundamentais: o da identidade, do terceiro excluído e o da não-contradição. Com relação às regras, estas indicam o caminho a percorrer, ou seja, é a proposição que indica o modo de realizar uma operação do pensamento desde que observadas as regras de validade do silogismo. Quanto às operações intelectuais efetuadas pelos juristas, importa observar os elementos constitutivos de um argumento. A argumentação pode ser entendida como um sistema organizado a partir de proposições em que uma, denominada de conclusão ou conseqüente, é tirada de outras denominadas premissas ou antecedente. Um argumento com duas premissas e uma conclusão forma o silogismo (*apud* COELHO, 1992, p. 16-22).

princípios ou de direitos fundamentais, porquanto a ordem jurídica pós-positivista passou a demandar muito além do que possibilita a subsunção formal e, por isso, mais do que a legalidade estrita por ela garantida. Ocorre que, nessas hipóteses, mais de uma norma postula aplicação sobre os mesmos fatos, ou seja, há várias premissas maiores e apenas uma premissa menor. Nesse sentido, a subsunção, na sua lógica unidirecional - premissa maior - premissa menor - conclusão, somente poderia atuar com uma das normas, o que importaria na eleição de uma única premissa maior, descartando-se as demais (BARROSO, 2009, P. 333). Essa situação não seria constitucionalmente adequada em razão do princípio da unidade da Constituição, que nega a existência de hierarquia jurídica entre normas constitucionais³⁹.

Conseqüentemente, a Constituição é o documento que dá unidade ao sistema jurídico pela irradiação de seus princípios aos diferentes domínios infraconstitucionais. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas. A superior hierarquia das normas constitucionais impõe-se na determinação de sentido de todas as normas do sistema. Ademais, no dizer de José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 245) “o Estado de Direito é um Estado Constitucional” porque “pressupõe a existência de uma Constituição normativa estruturante de uma ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos”, por isso “a lei constitucional não é apenas - como sugeria a teoria tradicional do Estado de Direito - uma simples lei incluída no sistema normativo”.

É muito mais, “trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental, dotada de supremacia - supremacia da Constituição”. E é nessa supremacia normativa da lei constitucional que o primado do direito, do Estado de Direito encontra uma primeira e decisiva expressão. “Do princípio da constitucionalidade e da supremacia da Constituição deduzem-se vários outros elementos constitutivos do princípio do Estado de Direito” (CANOTILHO, 2003, p. 245-246).

O fato é que o novo conceito de Constituição tem permeado e revolucionado todo o Direito contemporâneo, mudança essa qualificada por García de Enterría (*apud* MOREIRA

³⁹ “O princípio da unicidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismo) entre as suas normas. Como ponto de orientação, guia de discussão e fator hermenêutico de decisão, o princípio da unidade obriga o interprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existente entre as normas constitucionais a concretizar (exemplo: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local). Daí que o interprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios” (CANOTILHO, 2003, p. 1.223-1.224).

NETO, 2008, p. 69) como radical, levando muitos autores que versam o tema designar por constitucionalização o processo e o resultado da transformação do Direito causado pela Constituição. Vale ressaltar que essa supremacia da Constituição, introduzida de maneira definitiva pelo novo Estado de Direito, somente cobra sentido e explicação uma vez vinculada à liberdade, à contenção dos poderes do Estado e à guarda eficaz dos direitos fundamentais. A idéia de constitucionalização do direito está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.

A Constituição passa a ser não apenas um sistema em si, com sua ordem, unidade e harmonia, mas também um modo de olhar e interpretar os demais ramos do direito. Impende ressaltar que no constitucionalismo europeu, e por que não dizer da maior parte do mundo, que vivia sob sua influência, prevalecia o entendimento segundo o qual as normas constitucionais não seriam propriamente normas jurídicas, que comportassem tutela judicial quando descumpridas, mas sim diretivas políticas endereçadas ao legislador. Paulo Bonavides explica:

Um jurista e cientista político do quilate do publicista francês Georges Burdeau (1905-1988) até há pouco, não tinha a Constituição por “direito”, mas por “idéia”, e, em razão disso, não a levava a sério como devia [...]. Considerável número de cientistas, segundo o mesmo jurista se tem aferrado ao entendimento de que a Constituição não é direito “por tratar-se de um texto demasiado vago, excessivamente geral, que carece de força normativa e que não tem nenhuma densidade enquanto norma”. Tomando, porém, ao conceito de Georges Burdeau acerca da Constituição, cabe indagar: mas, se não é direito nem lei, que é então, a Constituição? Um texto político? Um corpo de normas programáticas? Uma carta de boas intenções? Nada disso, pois “a Constituição é mesmo a lei das leis e o direito dos direitos; o código de princípios normativos que fazem a unidade e o espírito do sistema, vinculado a uma ordem social de crenças e valores onde se fabrica o cimento de sua própria legitimidade” (BONAVIDES, 2009, p. 600).

A superação dessa perspectiva ganhou impulso, como já visto, no segundo pós-guerra, com a perda do prestígio do positivismo jurídico e da própria lei e a ascensão dos princípios constitucionais como uma reserva de justiça entre o poder político e os indivíduos, sobretudo as minorias⁴⁰. Essa mudança, uma verdadeira revolução silenciosa, tornou-se

⁴⁰ A palavra “minorias” não é usada em sentido quantitativo. Por exemplo, falar em “minorias” para referir-se a mulheres, negros, idosos, crianças, pois quantitativamente formam a maioria. Quando o pensamento político liberal definiu os que teriam direitos à cidadania, usou como critério a idéia de maioria racional. Seriam cidadãos aqueles que houvessem alcançados o pleno uso da razão. Alcançaram o pleno uso da razão ou a maioria racional os que são independentes, isto é, não

possível graças à disseminação da jurisdição constitucional, com a criação de inúmeros tribunais constitucionais pelo mundo afora. A Constituição passou, assim, no direito contemporâneo, a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realizações dos direitos fundamentais desempenham um papel central.

O modelo jurídico tradicional fora concedido apenas para a interpretação e aplicação de regras. Modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica, previsibilidade e objetividade das condutas, ao passo que os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto. Por conseguinte, os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição, passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do Direito infraconstitucional de forma que a constitucionalização repercute também em toda a Administração Pública.

Miguel Carbonell (*apud* MOREIRA NETO, 2008, p. 70), se dedicou ao fenômeno do neoconstitucionalismo convergindo para a existência da tríplice relação de recíproca causalidade no panorama juspolítico contemporâneo: o novo constitucionalismo, a nova teoria do direito e o novo Estado, mencionando que essa referência se fez genericamente porque esses movimentos ainda não receberam uma designação unânime, embora se sedimentem menções da literatura a, respectivamente, “neoconstitucionalismo”, “pós-positivismo jurídico” e “Estado Democrático de Direito”, com algumas variações aproximadas. A análise apresentada até aqui compreende a evolução do direito constitucional na Europa e no Brasil ao longo das últimas décadas. Esse processo, que passa pelos marcos históricos, filosóficos e teóricos, conduz ao momento atual, cujo traço distintivo no dizer de Luís Roberto Barroso (2009, p. 353), é a constitucionalização do direito. A aproximação entre constitucionalismo e democracia, a força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional, que será comentada mais adiante, forma ritos de passagem para o modelo atual.

A construção do Estado Democrático de Direito, melhor cognominado de Estado Constitucional, no curso do século XX envolveu debates teóricos e filosóficos intensos acerca da dimensão formal e substantiva dos dois conceitos centrais envolvidos: Estado de Direito e Democracia. O Estado de Direito é uma criação do liberalismo e é por essa razão que a

dependem de outros para viver. São independentes os proprietários privados dos meios de produção e os profissionais liberais. São dependentes e, portanto, em estado de minoridade racional as mulheres, crianças, adolescentes, trabalhadores, silvícolas. Formam a “minoría” (CHAUI, 2001, p. 433).

doutrina clássica repousa seu conceito na concepção do direito natural, imutável e universal. Desse conceito de direito decorre que:

[...] a lei, que realiza o princípio da legalidade, essência do conceito de Estado de Direito, é concebida como norma jurídica geral e abstrata. A “generalidade da lei” constituía o fulcro do Estado de Direito. Nela se assentaria o justo conforme a razão. Dela e só dela defluiria a igualdade. “Sendo regra geral, a lei é regra para todos” (grifos do original) (SILVA, 2000, p. 121).

Na fase inicial do Estado de Direito não havia lugar para um Estado intervencionista. A função do Estado de Direito Liberal era não agravar as condições de vida de seus cidadãos, sendo que o normativismo estatal não passava de um conjunto de regras negativas impostas ao Poder Público no sentido de observar os direitos inalienáveis de seus membros. Na época, filósofos como John Locke (1632-1704)⁴¹ defendiam que a garantia de todo o sistema de liberdades estaria na “liberdade política”. Ao Estado caberia, então, apenas a função de afastar os fatores perturbantes da liberdade individual, por intermédio de regras gerais, tidas como um conjunto de comandos emanados pelo Estado que devia ser cumprido, independentemente do conteúdo. Ao tratar do tema, José Manuel Sérvulo Correia expressa que:

“O princípio da legalidade administrativa é um fruto histórico do liberalismo”. “Esta asserção é válida mesmo no que respeita à precedência de lei ou compatibilidade. É certo que muito antes do século XIX se reconheceu o imperativo de o próprio monarca se submeter ao direito”, contudo, “esse princípio fora seriamente contestado no período imediatamente anterior às revoluções liberais. E, nas monarquias absolutas do período setecentista, a submissão dos reis às leis e aos tribunais que as aplicavam verificava-se, sobretudo, relativamente a normas que todos os ramos do direito comum incluíam para enquadrar relações entre os particulares e o Poder Público, representado pela Coroa e pelas autoridades suas delegadas. Em contrapartida, a Administração Pública autoritária, acantonada, sobretudo, no âmbito da polícia, desenvolvia-se na sua maior parte à margem de regras jurídicas e de controle jurisdicional, pelo que nem sequer se punha o problema da não-violação de normas. Finalmente, no Estado organizado segundo a separação de poderes, o princípio da compatibilidade apresenta um significado específico de reconhecimento da exclusividade ou da primazia da competência normativa do órgão eletivo de representação nacional ou popular relativamente a determinadas matérias particularmente relevantes para a vida dos administrados. A precedência do Parlamento na criação da lei material reflete-se na superioridade hierárquica da lei formal (grifos do original) (2003, p. 19-20).

⁴¹ John Locke é considerado o “pai do iluminismo”, pensamento dominante no século XVIII, que representa o individualismo liberal contra o absolutismo monárquico.

As acepções e prática do individualismo e neutralismo do Estado de Direito Liberal provocaram injustiças, fazendo surgir a consciência da necessidade de uma justiça social. Nas palavras de Pablo Lucas Verdú:

[...] o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do direito. O Estado de Direito deixa de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado Material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social (*apud* SILVA, 2000, p. 119).

Assim, de Estado de Direito Liberal, de acordo com Pablo Lucas Verdú, passa a ser “Estado Social de Direito”, sendo que o “qualificativo ‘social’ refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados ‘direitos sociais’ e realização de objetivos de justiça social” (*apud* SILVA, 2000, p. 119). Nesse sentido, de forma implícita ou explícita, a rigor, as constituições ocidentais fazem referências aos direitos sociais. Por exemplo, está expresso na Constituição Federal brasileira de 1988, na Constituição da República Portuguesa, de 1976, e nas Constituições da República Federal Alemã, de 1949 (artigo 20º, nº 1⁴²) e da Espanha, de 1978⁴³. Nas palavras de José Manuel Sérvulo Correia:

A legalidade é, desde logo, um fato sociológico: qualquer que seja o modelo da sua estruturação política, toda a sociedade controla em certo grau o poder estadual, isto é, gera e tende a institucionalizar fatores sócio-éticos de pressão sobre as autoridades. Nos Estados cuja matriz emerge das idéias e instituições consagradas pela Revolução Francesa, a limitação do poder inspira, como categoria filosófico-jurídica, os poderes constituintes, determinando a afirmação - expressa ou implícita - da legalidade nos textos constitucionais, como princípio regulador da conduta dos órgãos do mando (2003, p.17).

⁴² “Artigo 20º - princípios básicos institucionais; direito de resistência: 1. a República Federal da Alemanha é um Estado Federal Democrático e Social. 2. todo poder do Estado emana do povo. O povo o exercerá por meio de eleições e outras votações e por intermédio de órgãos específicos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. 3. o Poder Legislativo deverá se sujeitar à ordem constitucional, aos Poderes Executivo e Judiciário, à lei e ao direito. 4. todos os Alemães terão o direito de se insurgir contra quem tentar subverter essa ordem, quando não lhes restar outro recurso” (Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha, 23 de maio de 1949, com as emendas inseridas até 26 de julho de 2002).

⁴³ *Artículo 1º: 1. España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (La Constitución Española, de 1978).*

Contudo, a concepção do Estado Social de Direito, ainda que “revele um tipo de Estado que tenda a criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana”, também é insuficiente porque ambíguo: a um porque a palavra “social” está sujeita a várias interpretações; a dois porque se “compadece com regimes políticos antagônicos, tais como: a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo” (SILVA, 2000, p. 120). Vê-se, portanto, que o Estado de Direito e o Estado Social de Direito, nem sempre caracterizam um “Estado Democrático”, embasado no princípio da soberania popular, que:

[...] impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure [...] na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento (Emílio Crosa *apud* SILVA, 2000, p. 121).

Na síntese evolutiva apresentada:

Primeiro o Estado Liberal; a seguir o Estado socialista; depois o Estado Social das Constituições programáticas, assim baptizadas ou caracterizadas pelo teor abstracto e bem-intencionado de suas declarações de direito; e, de último, o Estado Social dos direitos fundamentais [Estado de Direito Democrático], este, sim, por inteiro capacitado da juridicidade e da concreção dos preceitos e regras que garantem esses direitos (BONAVIDES, 2001, p. 148).

Extrai-se do exposto, que a concepção clássica da igualdade do Estado de Direito se funda na generalidade da lei, um elemento puramente formal e abstrato, que não possui base material capaz de torná-lo concretamente realizável. A tentativa de correção do impasse se deu por meio da construção do Estado Social de Direito que, por sua vez, também não resultou suficiente para “assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político”, o que deu vazão à concepção de Estado Democrático de Direito e mais recentemente “Estado Constitucional de Direito”, como Estado de legitimidade justa, também chamado de “Estado de Justiça Material” ou de “legalidade substantiva”, alicerce de uma sociedade democrática que instaure um processo de efetiva incorporação da sociedade nos mecanismos do “controle das decisões”, e de sua “real participação nos rendimentos da produção” (SILVA, 2000, p. 122).

Assim sendo, a configuração do Estado Constitucional não significa apenas a união formal dos conceitos de Estado de Direito e de Estado Democrático, mas na criação de um novo conceito que, além de levar em conta os elementos componentes em cada um dos

referidos sistemas, supera-os, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação: a conformação da ordem social para prossecução da justiça social, com respaldo na Constituição. Embora na forma idealizada pelos liberais, o Estado de Direito é um Estado possuidor das normas legais consideradas válidas pelo fato de assegurarem o exercício mecanicista das liberdades individuais, sem considerar se essas liberdades são boas ou não. Hoje já se concebe que o direito é mais que isso. Engloba dois vértices finalísticos: a segurança da convivência e a justiça em seu conteúdo. No conceito esposado por José Joaquim Gomes Canotilho:

O direito compreende-se como um “meio de ordenação” racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece “regras e medidas”, prescreve “formas” e “procedimentos” e cria “instituições”. Articulando medidas ou regras materiais com formas e procedimentos, o direito é, simultaneamente, “medida material” e “forma” da vida colectiva (Konrad Hesse, 1919-2005). Forma e conteúdo pressupõem-se reciprocamente: como meio de ordenação racional, o direito é indissociável da realização da “justiça”, da efectivação de “valores” políticos, económicos, sociais e culturais; como “forma”, ele aponta para a necessidade de garantias jurídico-formais, de modo a evitar acções e comportamentos dos poderes públicos arbitrários e irregulares. As palavras plásticas de Rudolf Von Jhering (1818-1892) são aqui recordadas: “a forma é inimiga jurada do arbítrio e irmã gémea da liberdade”. Como medida e forma da vida colectiva, o “direito” compreende-se no sentido de uma “ordem jurídica global” que “ordena” a vida política (especificamente através do direito constitucional), regula relações jurídicas civis e comerciais (através do direito civil e comercial), disciplina o comportamento da Administração Pública (direito administrativo), sanciona actos ou comportamentos contrários ou “desviantes” da ordem jurídica, designadamente por lesões graves dos bens constitucionalmente protegidos (direito criminal), cria formas, procedimentos e processos para “canalizar, em termos jurídicos”, a solução dos conflitos de interesses públicos e privados (direito processual, direito procedimental) (*sic*) (grifos do original) (2003, p. 243-244).

Absorvendo esse conceito de direito, na concepção atual, o Estado Constitucional pretende superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime que realize a justiça social (SILVA, 2000, p. 126). O antigo Estado Liberal dá lugar a um Estado atuante, característico das constituições modernas que, além de assegurar os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, é forçado a promover os direitos sociais por meio de imposições não mais apenas negativas, mas agora com um carácter positivo (obrigações de fazer). O vértice da legitimação do Estado se transforma para melhorar as condições de vida dos indivíduos através da promoção e concretização dos direitos sociais. Não se trata de uma sobreposição, mas de uma complementação que amplia e aproxima o relacionamento do

Estado com seus cidadãos. Não se está mais diante de um Estado de Direito nos moldes do Estado Liberal, mas de um Estado Constitucional que se caracteriza pela migração dos princípios jurídicos para as constituições. Os princípios jurídicos, antes tidos, pelo positivismo, como fontes normativas subsidiárias, assumem a característica de normas que fundamentam e sustentam o sistema jurídico como um todo. Recebem o *status* de valores supremos e basilares do ordenamento normativo de dada sociedade, e não mais de meros programas ou sugestões para as ações do poder público ou da iniciativa privada, posto que hoje não apenas direcionam, mas vinculam essas atividades. O direito absorve, assim, um conceito mais amplo, de “sistema normativo” (ordenamento) entendido como o conjunto de regras e princípios que orienta determinado espaço territorial em um dado momento histórico, servindo de suporte e fundamento conformador da idéia contemporânea de Estado de Direito. Nas acepções de Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto:

[...] um sistema jurídico não pode ser concebido apenas como um conjunto de regras. Se assim fosse, ou seja, se o sistema fosse um emaranhado de enunciados normativos, jamais poderíamos concebê-lo como um sistema, perdendo, pois, o ordenamento sua essencialidade e sua funcionalidade (*apud* CRISTÓVAM, 2003, p. 1).

O Estado de Direito contemporâneo nada mais é do que um “Estado Constitucional” que pressupõe a existência de uma Constituição normativa estruturante de uma ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. Nas explicações de José Joaquim Gomes Canotilho:

A Constituição confere à ordem estadual e aos atos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas - como sugeria a teoria tradicional do Estado de Direito - uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de “supremacia” - supremacia da constituição - e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o “primado do direito” do Estado de Direito encontra uma primeira e decisiva expressão. Do princípio da constitucionalidade e da supremacia da constituição deduzem-se vários outros elementos constitutivos do princípio do Estado de Direito (2003, p. 245-246).

O moderno conceito de Estado Constitucional arraiga duas idéias básicas: “a de ordenar, fundar e limitar o poder político e a de reconhecer e garantir os direitos e liberdades

do indivíduo”⁴⁴. Verifica-se, assim, que os temas centrais do constitucionalismo são: “a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades” (CANOTILHO, 2003, p. 54-55). O “constitucionalismo”, então:

[...] é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo e valor (CANOTILHO, 2003, p. 51).

Vê-se, pois, que a Constituição nada mais é que um instrumento civilizatório que tem por finalidade conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avançar na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados. Como qualquer ramo do direito, o direito constitucional tem possibilidades e limites. Mais do que em outros domínios, nele se expressa a tensão entre norma e realidade social. Nesse particular é preciso resistir a duas disfunções, quais sejam, a da Constituição que se limita a reproduzir a realidade subjacente, isto é, as relações de poder e riqueza vigentes na sociedade, assim chancelando o *status quo*, e a do otimismo judicizante, prisioneiro da ficção de que a norma pode tudo e da ambição de salvar o mundo com papel e tinta⁴⁵. O erro na determinação desse

⁴⁴ “Dentro do conceito de Constituição [...] importa [...] distinguir [...] entre a Constituição [...] em sentido ‘formal’ e a Constituição em sentido ‘material’. Nos termos desta distinção, Constituição em sentido ‘formal’ será uma lei formal qualificada essencialmente através de características formais - particularidades do processo de formação e da designação, maior dificuldade de alteração - ou também uma pluralidade de tais leis: corresponderá, portanto, ao conteúdo global, muitas vezes mais ou menos acidental, das disposições escritas da Constituição. Por Constituição em sentido ‘material’ entende-se em geral o conjunto das normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as instituições fundamentais do Estado e sobre a posição do cidadão no Estado. Se se quiser delimitar o conceito não objetiva, mas funcionalmente, então a Constituição em sentido material será ‘o sistema daquelas normas que representam componentes essenciais da tentativa jurídico-positiva de realização da tarefa posta ao povo de um Estado de edificar o seu ordenamento integrador’. [...] Também pode haver direito constitucional material fora do documento constitucional; inversamente, nem todas as normas constitucionais formais são direito constitucional material com função integradora: antes numerosas normas constitucionais formais devem a sua recepção na ‘Constituição’ a simples considerações táticas, nomeadamente à intenção dos grupos políticos que foram determinantes do documento constitucional de subtraírem essas normas à possibilidade de alteração por uma futura maioria parlamentar. A diversidade de grau de normas constitucionais formais, daqui resultante, traduz-se [...] numa questão ‘de direito’” (BACHOF, 1994, p. 39-40).

⁴⁵ Marcelo Neves se refere à “legislação-álibi que decorre da tentativa de dar aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador [...]. A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos da lei, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade. Entretanto, é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, pois as variáveis normativo-jurídica defrontam-se com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos. A resolução dos problemas da sociedade depende da

ponto de equilíbrio pode gerar um direito constitucional vazio de normatividade ou despreendido da vida real⁴⁶.

Conforme José Joaquim Gomes Canotilho, a teoria da constituição se defronta com problemas de simbolização da norma constitucional, agitados principalmente por três correntes teoréticas: sociologia crítica, teoria sistêmica e arqueologia mítico-tetórica. A sociologia crítica “insiste na simbolização da constituição realçando que as suas normas não conseguem obter eficácia real (eficácia enunciativa)”, argumentando que “em muitos casos, existe uma clara dissociação entre a prática de dizer e a prática de fazer o direito”. Especificamente no que diz respeito à Constituição, “existiria mesmo uma relação inversamente proporcional entre o caráter ideológico das normas e a sua eficácia, entre a prática criadora e a prática aplicadora do direito constitucional”. Na posição alicerçada em pressupostos teórico-sistêmicos, “a constitucionalização simbólica significa que ao texto constitucional, numa proporção muito elevada, não correspondem expectativas congruementemente generalizadas e, por conseguinte, o consenso suposto na respectiva sociedade”. A Constituição, nesta perspectiva, “não se desenvolveria como instância reflexiva do sistema jurídico”. Por fim, a teoria da arqueologia mítico-utópica articula Constituição, constitucionalismo e codificação para “denunciar o artificialismo do sistema constituinte

interferência de variáveis não normativo-jurídicas. Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira conseqüente conforme o respectivo texto legal. Nesse sentido, pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ideológica. Mas parece muito limitada e simplista a concepção que considera, no caso da legislação-álibi, o legislador como quem ilude e o cidadão como o iludido. Em primeiro lugar, deve-se observar que, em face da perda de realidade da legislação em um mundo que se transforma aceleradamente, confunde-se o real e a encenação, desaparecem também os contornos entre desejo e realidade, ilusão e auto-ilusão tornam-se indiferenciáveis de tal maneira que líderes políticos não são apenas produtores, mas também vítimas de interpretações simbólicas [...]. Entretanto, embora sejam relativizáveis os conceitos de manipulação de ilusão, é evidente que a legislação-álibi pode induzir um sentimento de bem-estar, com isso levar à resolução de tensão e, portanto, servir à lealdade das massas. Por fim é importante salientar que a legislação-álibi nem sempre obtém êxito em sua função simbólica. Quanto mais ela for empregada, tanto mais freqüentemente ela fracassará. Isso porque o emprego abusivo da legislação-álibi leva à descrença no próprio sistema jurídico, transtorna persistentemente a consciência jurídica. Tornando-se abertamente reconhecível que a legislação não contribui para a positivação de normas jurídicas, o direito como sistema garantidor de expectativas normativas e regulador de condutas cai em descrédito; disso resulta que o público se sente enganado, os atores políticos tornam-se cínicos (NEVES, 2007, p. 39-40).

⁴⁶ Marcelo Neves afirma que não se pode confundir o problema da constitucionalização simbólica com a ineficácia de alguns dispositivos específicos do diploma constitucional, mesmo que, nesse caso, a ausência de concretização normativa esteja relacionada com a função simbólica. É sempre possível a existência de disposições constitucionais com efeito simplesmente simbólico, sem que daí decorra o comprometimento do sistema constitucional em suas linhas mestras (NEVES, 2007, p. 100).

como sistema assente num pacto fundador, mesmo quando esse sistema se esconde atrás de teorias do consenso, de teorias contratualistas, de teorias comunicativas ou de teorias processuais”. O alvo da crítica, para a arqueologia mítico-utópica “não é tanto o do divórcio do discurso constitucional relativamente aos discursos reais no seio da sociedade, mas o do projeto da modernidade ao qual o constitucionalismo está indissolúvelmente ligado e que esquece os mitos fundadores das comunidades políticas” (2003, p. 1.352).

1.4 Da Legalidade à Legitimidade de Atuação

Em sua história curta, porém intensa, conforme pontua Luís Roberto Barroso (2009, p. 45), o direito constitucional conservou sua marca da origem liberal, qual seja, a organização do Estado fundada na separação dos Poderes e definição dos direitos individuais num contínuo processo evolutivo, todavia, agregou-lhe outras funções. Nesse sentido, o conteúdo dos direitos ampliou-se para além da mera proteção contra o abuso estatal, transformando-se na categoria mais abrangente dos direitos fundamentais. Novos princípios foram desenvolvidos e alguns princípios clássicos receberam nova redefinição. O Poder Público continuou a pautar-se pelo princípio da legalidade, mas passou a qualificar-se igualmente pela legitimidade de sua atuação. O referencial de legitimidade, para cuja satisfação o modernismo democrático se havia limitado a exigir uma investidura legítima dos representantes do povo, ganhou um novo conteúdo no pós-modernismo democrático, passando a demandar, além da investidura legítima no poder, também um exercício legítimo do poder e, ainda, um resultado legítimo do emprego do poder (MOREIRA NETO, 2008, p. 21). Para tornar efetiva essa tríplice legitimação estatal referida, o próprio conceito de democracia se transformaria, passando de uma aceção nada mais que formal a uma aceção material. Odete Medauar assim expõe esta mudança:

A partir da metade da década de 50 do século XX, começa a surgir a preocupação com uma democracia mais completa, com a democracia que transpõe o limiar da eleição de representantes políticos para expressar-se também no modo de tomada de decisão dos eleitos. Emergiu a idéia de que o valor da democracia depende também do modo pelo qual as decisões são tomadas e executadas (*apud* MOREIRA NETO, 2008, p. 21).

Hoje a fundamentalidade da Constituição já não reside apenas nas decisões que traz em si, mas também nos procedimentos que institui para que elas sejam adequadamente tomadas pelos órgãos competentes em bases democráticas. O que se observa é que progressivamente o direito constitucional foi deixando de ser um instrumento de proteção da sociedade em face do Estado para se tornar um meio de atuação da sociedade e de conformação do poder político aos seus desígnios. Supera-se, assim, a função puramente conservadora do direito que passa a ser também mecanismo de transformação social e o direito constitucional moderno, investido de força normativa, passa a ordenar e conformar a realidade social e política impondo deveres e assegurando direitos. O novo direito constitucional e o neoconstitucionalismo é, em parte, produto do reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do direito e a reaproximação do direito e a ética.

A Constituição, ao condensar normativamente os valores radicados na consciência jurídica geral da comunidade e ao recortar um esquema organizatório pautado pelas idéias da juridicidade, democracia e sociedade, acredita transformar-se ela própria em reserva de justiça. A volta aos valores é a marca do pensamento jurídico que se desenvolve a partir da segunda metade do século XX, conseqüência, como visto alhures, da crise moral do positivismo jurídico e da supremacia da lei, após o holocausto e a barbárie totalitária do fascismo e do nazismo. Diogo de Figueiredo Moreira Neto acrescenta:

O sentimento de frustração e de horror acumulado por esses trágicos acontecimentos foi, porém, um acicate essencial à reação que se seguiu, determinando a revisão de valores, que reentronizaria o homem como responsável e destinatário do progresso, reinstilando confiança em suas potencialidades elementares e em sua capacidade de construir em liberdade o seu futuro em sociedade, não mais tendo, porém, o Estado como seu tutor e dirigente, mas como o seu confiável instrumento; desse modo, a pós-modernidade instituiu o conceito hoje constitucionalizado em vários países do Estado parceiro (MOREIRA NETO, 2008, p. 23).

No pós-guerra, com a aprovação da Declaração dos Direitos Humanos⁴⁷, em 1948, diferentes países, inclusive o Brasil, passaram a reconhecer a dignidade da pessoa humana que, inclusive, passam a ser protegidos por tribunais constitucionais. Pode-se afirmar que o neoconstitucionalismo identifica uma série de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional nas últimas décadas, tendo como marco filosófico o pós-positivismo e,

⁴⁷ Os direitos humanos nas bases de sua existencialidade primária são os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que eles padeçam lesão, a Sociedade se acha enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder constituinte em toda sociedade democraticamente organizada (BONAVIDES, 2009, p. 384).

especificamente no caso brasileiro, a redemocratização institucionalizada pela Constituição Federal de 1988, com o conjunto de novas percepções e de novas práticas que incluem o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e, no campo do direito administrativo, a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais como o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, a substituição da noção de legalidade pela a de juridiciade, à possibilidade de controle do mérito do ato administrativo e a introdução do princípio da eficiência (BARROSO, 2009, p. 399).

2 SISTEMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O sistema jurídico-constitucional é o conjunto de normas (regras e princípios) que recortam o contexto jurídico correspondente à comunidade política de um Estado-Nação, na sua totalidade. É nesse espaço regido pelo sistema jurídico-constitucional que se situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os atos em que se concretiza (MIRANDA, 2003, p.11). Neste sistema jurídico, ao direito constitucional em sentido objetivo (o conjunto de normas jurídicas) corresponde o direito constitucional em sentido subjetivo (o conhecimento dessas normas). Assim, pode-se dizer que “ao direito constitucional corresponde a ciência do direito constitucional” (MIRANDA, 2003, p.20).

A ciência do direito constitucional nada mais é do que a ciência jurídica aplicada ao direito constitucional, ou seja, “a disciplina científica que, seguindo o método jurídico ou dogmático, visa reconstruir o direito constitucional como sistema normativo; a ciência social normativa que procura apreender o sentido de certos factos sociais, os políticos, através das normas que os regem” (MIRANDA, 2003, p. 20). Dito de outro modo, a ciência do direito constitucional é a ciência jurídica do Estado, que tem por objeto o Estado, mas o Estado mediatizado pela Constituição, até porque atualmente não se afigura possível a elaboração dogmática de grandes princípios de diversos ramos de direito sem uma referência ou compreensão sistemática com base no direito constitucional.

Em sendo a Constituição a lei fundamental de determinado ordenamento jurídico, detentora suprema da função de consagrar os valores mais estimados de uma sociedade, deve-se prever mecanismos próprios de proteção. No Brasil, a jurisdição constitucional enquanto defesa e concretização da Constituição é atribuída, predominantemente, ao Poder Judiciário, a quem compete avaliar a constitucionalidade das leis e demais atos normativos e implementar as normas constitucionais no plano social, mormente aquelas que versam sobre direitos fundamentais. Ressalta-se que a jurisdição constitucional só se exaure com a efetividade total da Constituição, com o reflexo fiel da realidade que o texto constitucional pretende normatizar, o que só pode ser concretizado por meio da viabilização da integração perfeita entre a norma e a realidade. No Brasil ainda falta, inclusive à própria jurisdição constitucional, a “vontade de Constituição”, que segundo Konrad Hesse (2001, p. 19), origina-se de três vertentes diversas: na “compreensão da necessidade e do valor de uma

ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme”; na “compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos e que, por isso, necessita estar em constante processo de legitimação”; e “na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana”. Prossegue expondo que:

[...] essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento. Não abarcaríamos a totalidade desse fenômeno e sua integral e singular natureza. Essa natureza apresenta-se não apenas como problema decorrente dessas circunstâncias inelutáveis, mas também com problema de determinado ordenamento, isto é, como um problema normativo (HESSE, 2001, p. 19-20).

Ainda segundo Konrad Hesse, “a força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionado-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa”. É desse conceito que decorrem os limites e os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa (2001, p. 20). Os referidos “pressupostos”, de acordo com Konrad Hesse se referem tanto ao “conteúdo” da Constituição quanto à “práxis” constitucional, significando “quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa” e que “um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis” (2001, p. 20-21), Nas palavras de Konrad Hesse:

De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente. Todos os interesses momentâneos - ainda quando realizados - não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição “deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático”. Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, “malbarata, pouco

a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado” (grifos do original) (2001, p. 21-22).

A cultura jurídica brasileira na verdade, nunca foi próxima, pelo menos não o quanto deveria ser, da Constituição, principalmente em decorrência da tradição do direito codificado romano-germânico que sempre privilegiou o direito privado dando pouca importância ao direito público, principalmente ao direito constitucional. O maior entrave na concretização da jurisdição constitucional está justamente na falta de conhecimento sobre a própria Constituição. É preciso rever as bases do constitucionalismo brasileiro, adaptando-as às circunstâncias e valores sociais emergentes, bem como edificar a ideologia constitucional em favor da efetivação da eficiência e da dignidade da pessoa humana.

2.1 A Jurisdição Constitucional

É sabido que a força normativa e a conquista de efetividade pela Constituição, no Brasil, são fenômenos recentes, supervenientes ao regime militar, e que somente se consolidaram após a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988. A Constituição Federal de 1988 é o marco do sistema jurídico-constitucional brasileiro, abrindo-se com os princípios fundamentais com base no Estado Democrático de Direito (artigo 1º), na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. Diversamente de todas as Constituições anteriores, a Constituição Federal de 1988 ocupa-se dos direitos fundamentais com prioridade em relação as demais matérias. Sedimentando o caráter normativo das normas constitucionais⁴⁸, o direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material⁴⁹. A Constituição é dotada de superioridade jurídica em relação a

⁴⁸ “Por norma constitucional entender-se-á aqui um modelo de ordenação juridicamente vinculante, positivado na Constituição e orientado para uma concretização material e constituído: a) por uma medida de ordenação expressa através de enunciados lingüísticos (programa normativo); e b) por uma constelação de dados reais (sector ou domínio normativo). Tradicionalmente, a norma reconduzia-se ao programa normativo (simples adscrição de um significado a um enunciado textual); hoje, a norma não pode desprender-se do domínio normativo” (CANOTILHO, 2003, p. 1.202).

⁴⁹ “Constituição material é o conjunto de fins e valores constitutivos do princípio efetivo da unidade e permanência de um ordenamento jurídico e o conjunto de forças políticas e sociais que exprimem

todas as normas do sistema e, como conseqüência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível e, para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como jurisdição constitucional, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição (BARROSO, 2009, p. 84). A função jurisdicional, assinala Maria Helena Diniz:

[...] não é passiva, mas ativa, contendo uma dimensão nitidamente criadora, uma vez que os juízes dispõem, se for necessário, os tesouros de engenhosidade, para elaborar uma justificação aceitável de uma situação existente, não aplicando os textos legais ao pé da letra, atendo-se intuitivamente, sempre as finalidades com sensibilidade e prudência [...]. Se não houvesse tal elasticidade, o direito não se realizaria, seria amputado no seu próprio dinamismo ou movimento, ou seja, não estaria em condições de sofrer o impacto da realidade, que nunca é plena e acabada (2002, p. 256).

Parte importante da jurisdição constitucional consiste no controle de constitucionalidade, cuja finalidade é declarar a invalidade e paralisar a eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição. Esse controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é pressuposto básico para a formação do Estado Democrático de Direito, mormente nos países que adotam a Constituição como norma suprema perante outras normas jurídicas. Os Estados que adotam o controle de constitucionalidade de seus atos normativos proporcionam aos seus cidadãos a supremacia dos direitos e garantias fundamentais. A supremacia da Constituição, conforme observa Luís Roberto Barroso (2009, p. 83-84), é o postulado sobre o qual se assenta o próprio direito constitucional contemporâneo, tendo sua origem na experiência americana. Decorre ela de fundamentos históricos, lógicos e dogmáticos que se extraem de diversos elementos, dentre os quais a posição de preeminência do poder constituinte sobre o poder constituído, a rigidez constitucional, o conteúdo material das normas que contém e sua vocação de permanência.

esses fins ou valores, assegurando a estes a respectiva prossecução e concretização, algumas vezes para além da própria Constituição escrita. Ao contrário do que muitas vezes se pensa e vê escrito, a constituição material não se reconduz a um simples poder de fato (relações de poder e influência, fato político puro), pois a constituição material tem também uma função ordenadora. A chamada força normativa de constituição pressupõe, a maior parte das vezes, a vontade de constituição, ou seja, a explicitação na constituição escrita ou formal do complexo de fins e valores agitados pelas constelações políticas e sociais a nível da constituição material. Esta condicionalidade recíproca entre constituição escrita e constituição material explicará um conjunto de fenômenos conhecidos da teoria da constituição: transições constitucionais, obsolescência de normas constitucionais, mutações constitucionais, desenvolvimentos constitucionais, conflitos entre a *constitutio scripta* e a constituição viva” (CANOTILHO, 2003, p. 1.139).

Controlar a constitucionalidade significa, portanto, verificar a adequação e a compatibilidade de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição. J.J. Gomes Canotilho anota:

Todos os atos normativos devem estar em conformidade com a Constituição. Significa isto dizer que os atos legislativos e restantes atos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos atos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente em duas posições: a) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos atos normativos só pode ser aferida, sob o ponto de vista de sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); e b) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos atos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global (CANOTILHO, 2003, p. 919).

Dessa forma é necessário que as próprias Constituições disciplinem mecanismos que assegurem a sua supremacia por meio de um sistema destinado a controlar a constitucionalidade dos atos normativos⁵⁰. No Estado democrático de Direito, conforme pontua Luiz Roberto Barroso, há a síntese histórica de dois conceitos que são próximos mas não se confundem, quais sejam, os de constitucionalismo e o de democracia. Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei. Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Portanto, entre constitucionalismo e democracia, podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos, materiais orgânicos ou processuais da Constituição cabendo, nesses casos, à jurisdição constitucional efetuar esse controle⁵¹ (BARROSO, 2009, p.87),

⁵⁰ Sobre o assunto: MENDES, 1990; BARROSO, 2009; BONAVIDES, 2009.

⁵¹ “É recorrente na doutrina o debate acerca do fundamento democrático da jurisdição constitucional, das origens até o dia de hoje. A subsistência da polêmica e a busca constante de legitimação nas relações entre o constituinte e o legislador revelam um imperativo dos tempos modernos: o de harmonizar a existência de uma Constituição - e dos limites que ela impõe aos poderes ordinários - com a liberdade necessária às deliberações majoritárias propria do regime democrático. As perguntas que desafiam a doutrina e a jurisprudência podem ser postas nos termos seguintes: por que um texto elaborado décadas ou séculos atrás (a Constituição) deveria limitar as maiorias atuais? E, na mesma linha, por que se deveria transferir ao judiciário a competência para examinar a validade de decisões dos representantes do povo? As respostas a essas indagações já se encontram amadurecidas na doutrina contemporânea e podem ser resumidas como se faz a seguir. A Constituição de um Estado democrático tem duas funções principais. Em primeiro lugar compete a ele veicular consensos mínimos, essências para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais. Esses consensos elementares,

Com efeito, a jurisdição constitucional envolve a interpretação e aplicação da Constituição, tendo como uma de suas principais expressões justamente o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos pelo Poder Judiciário. Para Ronald Dworkin (*apud* CHUEIRI, 1999, p. 260), essa atitude interpretativa leva em conta as convicções morais e políticas do julgador, como também aquilo que outros juízes decidiram no passado e, ainda, os padrões morais da comunidade envolvida. Assim, a tese de que há sempre uma resposta certa para o direito - mesmo nos casos difíceis, significa que sempre haverá um princípio no qual o juiz fundamentará sua decisão. Para esse autor, esse princípio não é um artifício metafísico, mas sim algo que, argumentativamente, possa ser construído, isto é, de maneira articulada e consistente com as práticas jurídicas e sociais da comunidade.

Relativamente ao fundamento acerca da legitimidade do desempenho pela Corte constitucional, ou seja, o poder que os órgãos e agentes públicos têm de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular, Luís Roberto Barroso assere:

Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes/tribunais constitucionais. A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação de Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares. Cabe assim ao Poder Judiciário, no desempenho de sua função aplicar o direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional. A segunda, que lida com a realidade mais complexa da interpretação jurídica contemporânea - que superou a compreensão formalista e mecanicista do fenômeno jurídico, reconhecendo o papel decisivo do interprete na atribuição de sentido às normas jurídicas - procura legitimar o desempenho do controle de constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação. [...]. O papel do judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal Federal, em particular, na interpretação e na efetivação da Constituição, é o combustível de um debate permanente na teoria/filosofia constitucional contemporânea, pelo mundo afora. Como as nuvens, o tema

embora possam variar em função das circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada país, envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação e a organização dos Poderes constituídos e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa. Em segundo lugar, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. A participação popular, os meios de comunicação social, a opinião pública, as demandas dos grupos de pressão e dos movimentos sociais imprimem à política e à legislação uma dinâmica própria e exigem representatividade e legitimidade corrente do poder. Há um conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo a cada momento histórico. A Constituição não pode, não deve nem tem a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária” (BARROSO, 2009, p. 88-90).

tem percorrido trajetórias variáveis, em função dos ventos circunstanciais, e tem assumido as formas as mais diversas: ativismo *versus* contenção judicial; interpretativismo *versus* não-interpretativismo; constitucionalismo popular *versus* supremacia judicial (2009, p. 385-387).

Conforme consignado neste trabalho, a supremacia da Constituição é o postulado lógico sobre o qual se assenta o próprio Direito constitucional contemporâneo. É ela dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema. A rigor, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se incompatível com a Constituição. Nesse contexto, no qual a Constituição é concebida como norma jurídica, não há maiores dificuldades em justificar, dentro do sistema de separação de poderes, a atuação da jurisdição constitucional sob o prisma da sua legitimidade. Gustavo Binbenbojm⁵² estabelece o seguinte raciocínio silogístico sobre o tema:

(A) A Constituição é uma norma jurídica, superior a todas as demais; (B) ao Judiciário, no Estado de Direito, cabe aplicar as norma jurídicas, velando pela imperatividade de seus efeitos; (C) ao Judiciário cabe, assim, aplicar diretamente as normas constitucionais, velando, pela prevalência de seus efeitos sobre todas as demais normas do ordenamento jurídico. (BINENBOJM, 2008a, p. 144-145).

A jurisdição constitucional exerce um papel construtivo e concretizador da vontade constitucional. É que o papel do Poder Judiciário e, especialmente, das Cortes Constitucionais, deve ser realmente o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais. Assim, encontra-se superada a versão positivista constitucional como instância meramente subsuntiva, destinada a fazer atuar, no caso concreto, à vontade pré-constituída do legislador constituinte. Nesse sentido, são as palavras de Luís Roberto Barroso com relação à aplicação do método subsuntivo na interpretação jurídica:

⁵² O autor sustenta que do ponto de vista dogmático, segundo uma visão positivista estrita, a jurisdição constitucional não sofre qualquer censura pelo princípio da separação de poderes: é a própria Constituição, como norma jurídica superior, quem institui o Estado e organiza o sistema de freios e contrapesos, conferindo aos juízes constitucionais competência para anular ou deixar de aplicar, conforme o caso, as leis inconstitucionais. No que se refere à compatibilidade da jurisdição constitucional com o princípio democrático, o positivismo jurídico oferece a seguinte resposta: ao realizar o controle da constitucionalidade das leis, o juiz constitucional atua de forma rigorosamente neutra, sobrepondo a vontade do legislador ordinário. A idéia é a de que a vontade da maioria governante de cada momento não pode prevalecer sobre a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental. No paradigma positivista, a neutralidade dos juízes é assegurada pela crença de que estes se limitariam a uma aferição formal e asséptica da compatibilidade entre lei e Constituição. (BINENBOJM, 2008a, p. 144-145).

O método tradicional de interpretação jurídica - o subsuntivo, fundado na aplicação de regras - continua válido para a solução de boa quantidade de problemas, mas não é suficiente para o equacionamento de inúmeras situações envolvidas na interpretação constitucional. No direito contemporâneo mudou o papel do sistema normativo, do problema a ser resolvido e do intérprete. Para acudir às novas demandas, decorrentes de maior complexidade da vida moderna, foram identificadas, desenvolvidas ou aprofundadas categorias específicas, voltadas, sobretudo, para a interpretação constitucional, que incluem: os conceitos jurídicos indeterminados, a normatividade dos princípios, a colisão dos direitos fundamentais, a ponderação e argumentação. Nesse ambiente, nem sempre será possível falar em resposta correta para os problemas jurídicos, mas sim em soluções argumentativamente racionais e plausíveis. A legitimidade da decisão virá de sua capacidade de convencer e conquistar adesão, mediante demonstração lógica de ser a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional *in concreto* (2009, p. 399).

O conceito de concretização das normas constitucionais é o resultado da interpretação aplicadora: a norma de decisão para solução do caso jurídico-constitucional. Ao tratar do tema Eros Roberto Grau afirma que:

A concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta (a norma jurídica), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto. Por isso, sustento que interpretação e concretização se superpõem. Inexiste, hoje, interpretação do direito sem concretização; esta é a derradeira etapa daquela (GRAU, 2002, p. 19).

O desafio do direito constitucional contemporâneo refere-se à concretização constitucional, tendo em vista ser a Constituição uma carta aberta, direcionada ao futuro e não conformadora do *status quo* do presente (PIOVESAN, 1999, p. 92). Por conseguinte, a Constituição não visa somente à organização do Estado, mas possui uma função prospectiva de conduzir suas ações. A problemática emergente na realidade atual não está na Constituição e sua hermenêutica, mas na efetividade de suas normas. As perspectivas de concretização da Constituição passam pela análise do elemento “hermenêutico” como instrumento de concretização, como contraponto à concepção dogmática e ultrapassada que não visualiza a devida força normativa no texto constitucional. Na tarefa interpretativa, sobreleva-se a figura do julgador, a quem compete fazer uso do conjunto de métodos que de algum modo são complementares, porque não existe um método, por si só, mais adequado. Nesse processo, o juiz não pode negligenciar a missão de intérprete que lhe foi outorgada pela própria Constituição, conformando-se em proferir decisões a personagens de ficção, mas a pessoas imersas na história, carregadas de reais aflições. Ademais, o direito não se esgota na lei e nas

regras de conduta, vez que os princípios valem em razão de sua carga axiológica, enquanto aquelas vigem. Convém recordar, também, as ponderações de Clèmerson Merlin Clève:

Quando a Constituição elege valores como a justiça, a liberdade e a igualdade, princípios como o Estado Democrático de Direito, a cidadania e a dignidade da pessoa humana e, como objetivo, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, é preciso ter em mente que apontadas dimensões principiológicas devem ser atuadas e realizadas (1995, p. 45-46).

Adverte, mais adiante, que a República brasileira “possui objetivos que devem ser perseguidos: aqueles plasmados no documento constitucional”, afirmando que “cumpre buscar a efetividade desses comandos e esta é uma missão que não pode ser negligenciada por aqueles que pretendem trabalhar um direito emancipatório”. Nas suas palavras:

Os dados normativos, democráticos, compromissórios, analíticos e reflexivos da Constituição, aliás, não de qualquer Constituição mas de uma Constituição como a brasileira, devem ser potencializados por uma dogmática constitucional. Se a Constituição condensa normativamente valores caros às classes populares, nada mais importante do que a busca (política, sim, mas também jurídica) de sua afirmação, realização, aplicação. O como fazer isso juridicamente, esta é obra da nova dogmática, cujo desafio é fazer desta Constituição uma Constituição normativa integral. Porque hoje corremos o risco de fazer dela uma Constituição normativa na parte que toca aos interesses da classe hegemônica e uma Constituição nominal na parte que toca aos interesses das classes que buscam a emancipação. [...] a dogmática alternativa não pode aceitar nem uma Constituição semântica (que simplesmente justifica juridicamente o exercício autoritário do poder) nem uma Constituição nominal (Constituição de papel, despida de valor jurídico efetivo), devendo lutar para fazer da Lei Fundamental em vigor uma Constituição normativa integral (CLÈVE, p. 45-46).

Em essência, a Constituição tem força normativa em sua integralidade, seja em seus preceitos, seja em seus princípios. Estes, são o verdadeiro fundamento do ordenamento jurídico, os pilares fundantes do edifício do Estado Democrático de Direito. Os princípios são vetores axiológicos que apontam objetivos a se perseguir e concretizar. É justamente em decorrência dessa força normativa capaz de torná-la concreta, que a própria Constituição confere ao Poder Judiciário a função política da jurisdição constitucional. A interpretação constitucional é um instrumento de concretização dos direitos. O Poder Judiciário não pode exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, visto que é chamado a contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais, procurando dar-lhes sua real densidade e concretude.

2.2 A Constituição dos Direitos e a Nova Dogmática Jurídica

O declínio do positivismo jurídico que havia levado o formalismo e o dogmatismo⁵³ jurídico a uma excessiva preeminência ensejou, desde a metade do século passado, uma nova postura nas legislações e nos próprios textos constitucionais⁵⁴. De acordo com Tercio Sampaio Ferraz Junior “uma disciplina pode ser definida como dogmática na medida em que considera certas premissas, em si e por si arbitrárias como vinculantes para o estudo, renunciando assim ao postulado da pesquisa independente” (FERRAZ JUNIOR, 1997, p. 48). Desse modo, como não existe sistema jurídico sem norma válida e eficaz⁵⁵, o direito brasileiro é positivo e sendo a norma um dogma, a ciência jurídica brasileira é “dogmática”. Com efeito, um conjunto de dogmas, estruturado com alguma coerência interna, por vezes com alguma elaboração racional, pode ocasionalmente ingressar na história travestido como um falso dado de civilização, embora dotado de peculiar aptidão para gerar uma visão cósmica do mundo e da vida quase sempre dispondo de um imenso potencial mobilizador por seu profundo apelo emocional (MOREIRA NETO, 2008, p. 98). Por isso, em suas expressões mais acabaladas o dogma, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

[...] pode ser capaz de estruturar a formação de ideologias, entendidas como complexas estruturas mentais fechadas e acrílicas, voltadas a transformar, mais que a explicar, o mundo e, para tanto, capazes de polarizar correlatas organizações de poder, geralmente de caráter intolerante e autoritário (2008, p. 98)⁵⁶.

⁵³ O dogmatismo vem da palavra grega *dogma*, que significa uma opinião estabelecida por decreto e ensinada como uma doutrina, sem contestação. Por ser uma opinião decretada ou uma doutrina inquestionada, um *dogma* é tomado como uma verdade que não pode ser contestada nem criticada. “O *dogma* consiste em não definir a própria opinião em um sentido ou em outro. Essa palavra foi entendida na antiguidade para indicar as crenças fundamentais das escolas filosóficas, e depois usada para indicar as decisões dos concílios e das autoridades eclesiásticas sobre as matérias fundamentais da fé” (ABBAGANO, 2000, p. 292-293).

⁵⁴ “O dogmatismo é uma atitude autoritária e submissa. Autoritária porque não admite dúvida, contestação ou crítica. Submissa porque se curva às opiniões estabelecidas. As crises, as dificuldades e os impasses da razão mostram, assim, o oposto do dogmatismo. Indicam atitude reflexiva e crítica própria da racionalidade, destacando a importância fundamental da liberdade de pensamento para a própria razão e para a filosofia” (CHAUI, 2001, p. 88).

⁵⁵ “As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) porque a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes; mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz. Logo que a Constituição e, portanto, a ordem jurídica que sobre ela se apóia, como um todo, perde a sua eficácia, a ordem jurídica, e com ela cada uma das suas normas, perdem a sua validade (vigência). [...]. Uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, numa consideração global, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas” (KELSEN, 1999, p. 149).

⁵⁶ Essa contingência, que faz os povos conviverem simultaneamente com o mito e a realidade, propõe o permanente desafio de desenvolver um exercício crítico que permita saber distinguir e afastar esses

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1997, p. 90), discorrendo sobre a diferença entre as questões dogmáticas e zetética⁵⁷, afirma que as questões dogmáticas “revelam o ato de opinar e ressalvam opiniões, certas ações lingüísticas, ao passo que as questões zetéticas⁵⁸, ao contrário, desintegram, dissolvem meras opiniões, pondo-as em dúvida, o que pode ocorrer ainda dentro de certos limites (na perspectiva empírica das ciências: sociologia, psicologia, antropologia jurídicas) ou de modo a ultrapassar aqueles limites, constituindo uma aporética (na perspectiva da filosofia do direito)⁵⁹”. Na interpretação de José Ponciano de Carvalho Júnior são esses os dois ângulos a partir dos quais o objeto “direito” pode ser estudado. Nas suas palavras:

[...] toma-se por base a distinção genérica entre um enfoque zetético e outro dogmático. Na zetética, observamos a força colocada no aspecto pergunta. Já a dogmática tem por objetivo direcionar a ação humana, daí carregar sua linguagem no aspecto resposta - ou produção de solução (2002, p. 237).

dogmas e ideologias cerebrinos, sempre na busca de um fio de racionalidade prospectivo, que possa ajudar na compreensão das circunstâncias históricas e orientar a tomada de decisões. É por isso que constantemente se está na difícil contingência crítica de fazer distinções entre mito e realidade, notadamente em se tratando de conceitos polissêmicos e plurivalentes, tais como o são os de que se utilizam as Ciências do Homem como Estado, democracia, público e, entre tantos outros, mais este, posto em moda: “a globalização” (MOREIRA NETO, 2008, p. 98).

⁵⁷ Zetético: investigativo ou inquisitivo. Este termo foi assumido como denominação da atitude céptica. A corrente céptica é chamada de Zetética por procurar e investigar; suspensiva pela disposição da alma que, depois da indagação, mantém em relação ao objeto indagado; e dubitativa por duvidar e indagar de todas as coisas (ABBAGNANO, 2000, p. 1013).

⁵⁸ A teoria zetética é um novo modo de encarar o direito como ciência, superando a concepção dogmática tradicional, atribuindo a ele um papel ativo e constitutivo na ordenação da realidade e na constituição de seu próprio objeto científico. As relações humanas não se dão no interior de um mar de paz e harmonia (o que o direito contribui para manter). Ao contrário, se travam através de conflitos permanentes e lutas de classe. E o direito não é a instância (milagrosa) solucionadora desses conflitos senão um espaço de mediação e confrontação entre os interesses de classes e frações de classes em oposição. O direito não precisa se “adaptar” às exigências da nova sociedade, já que ele pode ser adaptado perfeitamente. Sua aparente inadequação - leia-se também crise - esconde uma perfeita adequação. E é - afirmando-se com respaldo na provisoriade de qualquer conhecimento - essa adequada “inadequação” que permite concretamente a continuidade - dentro de seus limites - do movimento concreto das relações de produção capitalista. Portanto, não é bem o direito que está em crise, mas a filosofia do direito, a ciência do direito, ou seja, o direito como modo de (re)conhecer a realidade (FERRAZ JÚNIOR, 1997, p. 88; 94).

⁵⁹ Interessante a respeito é o estudo de Theodor Viehweg (*apud* DINIZ, 1996a, p. 25-26), em que propõe uma diferença entre dogmática (modo de pensar que parte de premissas certas e estabelecidas) e zetética (modo de pensar que está em constante ação de pesquisa pondo em dúvida suas próprias premissas; não aceita fielmente os dogmas). Isto acarreta, segundo o autor, dois modos de teorizar o direito, dos quais o dogmático vem dominando, o que não exclui a possibilidade de uma pesquisa do direito de maneira zetética, como se faz, por exemplo, na sociologia jurídica que não assume os dogmas, mas procura explicá-los.

O enfoque dogmático caracterizar-se por uma limitação teórica, consistente na inegabilidade do ponto de partida. Um exemplo de uma premissa deste gênero, no direito contemporâneo, é o princípio da legalidade que obriga o jurista a pensar os problemas contemporâneos a partir da lei, conforme a lei, para além da lei, mas nunca contra a lei, ao passo que o enfoque zetético⁶⁰ caracteriza-se pela questionabilidade das premissas ou pontos de partida, o que conduz à análise, tendencialmente, a problematizações abertas e ilimitadas (BINENBOJM, 2008, p. 28). O que tradicionalmente era aceito como premissa passa para o centro do debate científico, travando-se uma batalha teórica entre desafiantes e desafiados. Nestas circunstâncias predomina o enfoque zetético do direito, posto se tratar de um momento de crise de paradigmas⁶¹. É que dentro de um sistema de referência, conforme Goffredo Telles Junior:

“os comportamentos violadores das concepções normativas dominantes são considerados nocivos ao ser humano, porque os afastam dos bens soberanos que tal sistema de referência lhe assinala. São comportamentos que infringem normas consagradas e que, segundo a mentalidade reinante, não traduzem benefício verdadeiro ao ser humano. São comportamentos contrários aos interesses humanos considerados autênticos cuja ordenação nada aperfeiçoa

⁶⁰ “Não há dizer explícito que não guarde sentidos silenciados. Um saber é aquilo que se inventa. E a invenção é a escrita. Ora, toda escrita é anagramática. Faz nó, portanto. Até porque o dizer o que se disse é o não-dizer acerca do que se cala [...]. Propõe-se então a leitura dos silêncios do discurso zetético. Da face oculta da sua fala. Não do que ele afirma, mas do que ele deixa de dizer. Uma psicanálise de seu texto” (CLÉVE, 1985, p. 174-175).

⁶¹ “A palavra de origem grega *paradeigma* significa modelo ou exemplo. Todavia o sentido do termo - e de seus correlatos crise e mudança de paradigmas - que acabou vulgarizando-se remonta ao livro clássico de Thomas Kuhm, de 1962, *A Estrutura das Revoluções Científicas* [...] a história demonstra a emergência de determinadas formas de se conceber a ciência e a realização científica, que se afirmam como paradigmas por um dado período de tempo. Tais paradigmas definem o objeto da empreitada científica, as questões que serão admissíveis, como as perguntas serão elaboradas e como as respostas serão interpretadas. É dizer: os paradigmas definem os contornos de um modelo científico e delimitam a lógica que permitirá o seu aprimoramento e a obtenção de respostas a questões problemáticas. [...]. Em um certo sentido, os paradigmas exercem uma eficácia bloqueadora, subtraindo determinados pressupostos à dúvida, cuja legitimidade é simplesmente aceita como premissa. Ocorre que, nesta investigação interna ao paradigma, algumas perguntas não são satisfatoriamente respondidas, enquanto outras recebem soluções anômalas. A sucessão de anomalias e questões não respondidas pode conduzir a uma crise do paradigma vigente, dando azo ao surgimento de teorias revolucionárias, que propõem a substituição do objeto e da forma como as perguntas devem ser feitas. Em tais momentos de crise, o que se propõe não são formas de aprimoramento ou harmonização do paradigma face a casos problemáticos, mas, ao revés, a própria revisão das premissas daquele modelo científico. Se o paradigma desafiante logra solidificar-se, as perguntas e objetos antigos são abandonados, passando-se a uma nova concepção do que seja fazer ciência. Nestas circunstâncias, portanto, terá havido uma mudança de paradigma. [...] Pode-se dizer que o discurso jurídico, como decorrência de seu caráter essencialmente dogmático, elege determinadas premissas teóricas, em suas diferentes searas, que são temporariamente subtraídas à dúvida e cuja legitimidade decorre de sua aceitação ampla pela comunidade jurídica. Tais premissas convertem-se, desta forma, em verdadeiros paradigmas da ciência do direito, sob os quais todo um conjunto de teorias é erigido para explicar ou solucionar as questões emergentes de sua adoção. Esta seria a produção do direito convencional, de vez que circunscrita aos lindes teóricos estabelecidos no paradigma (BINENBOJM, 2008, p. 26-28).

uma vez que não é a ordenação consentânea com a tábua de bens adotada e, em consequência, não é tida como capaz de servir verdadeiramente ao ser humano. Segundo cada sistema de referência o Mundo da Cultura, é o Mundo do comportamento honesto. É evidente que o Mundo da Cultura pertence integralmente ao Mundo Ético. Mas o Mundo Ético que é o Mundo de todo o comportamento voluntário do ser humano, não limita ao Mundo da Cultura. O Mundo Ético inclui, também, o comportamento humano que atenta contra a cultura e que, portanto, dela se exclui. O Mundo da Cultura não é mais do que uma parte do Mundo Ético. Devemos insistir num ponto: toda a cultura é produto da história, toda cultura é histórica. Não se entenderia a cultura se assim não fosse. Porque toda cultura implica tábua de bens, um sistema axiológico de referência. Ora, as tábuas de bens, de que decorrem os juízos de dever e as normas, variam com os tempos e com as circunstâncias da vida”⁶² (TELLES JUNIOR, 2003, p. 241-242).

Nas palavras de Thomas S. Kuhn:

Quando a comunidade científica repudia um antigo paradigma, renuncia simultaneamente à maioria dos livros e artigos que o corporificam, deixando de considerá-los como objeto ao escrutínio científico. A educação científica não possui algo equivalente ao museu de arte ou a biblioteca de clássicos. Daí decorre, em alguns casos, uma distorção drástica da percepção que o cientista possui do passado de sua disciplina (KUHN, 2009, p. 211).

A ruptura de um paradigma nem sempre é instantânea, porquanto o conceito de paradigma implica em certa dilação temporal para que se complete não uma, mas um ciclo de mudanças, pois segundo a concepção de Thomas S. Kuhn, “um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma” (2009, p. 221). O paradigma, enquanto modelo científico vigorante em certo momento histórico, traz implícita a idéia de provisoriedade, sugerindo, portanto, uma visão epistemológica contemporânea, que parte do esgotamento da confiabilidade de suas premissas, razão pela qual passam a ser superadas pela introdução de novas premissas e assim sucessivamente (MOREIRA NETO, 2008, p. 18). É o que ocorreu,

⁶² “Mudam os tempos”, costuma se dizer. Sim, os tempos mudam, e mudam os comportamentos humanos. E por quê é que mudam os tempos e os comportamentos? Porque mudam os sistemas de referência. Não se sentindo satisfeito, o ser humano substitui bens por bens. Velhos bens, que tiveram sua hora, e que, talvez, caracterizaram uma época, não produzem, muitas vezes, a felicidade esperada. Decepcionam e entristecem os seres humanos. E, como estrelas cadentes, descambam e se apagam. Em seu lugar, outros bens passam a luzir. Outra constelação de bens é organizada. Outro sistema axiológico de referência se implanta. Formulam-se outros juízos de dever. E um novo tipo de comportamento é adotado. Se a renovação é profunda e ampla, uma nova época tem início. Todo ciclo histórico se caracteriza por sua tábua de bens, seu sistema axiológico de referência. Isto significa, em suma, que todo ciclo histórico tem sua própria cultura. Esta cultura é que confere a cada ciclo histórico a sua fisionomia. Tal é a razão pela qual certas épocas são, por exemplo, teocêntricas e religiosas, e outras, realistas e científicas (TELLES JUNIOR, 2003, p. 242-243).

por exemplo, na segunda metade do século XX quando se pensava ter alcançado o mais elevado grau de desenvolvimento da civilização ocidental com a lei, expressão da vontade geral, cujo conteúdo independe de maiores questionamentos e que, na verdade, foi a constatação de que os critérios formais de validade do direito acabaram por legitimar as maiores iniquidades já vista antes capaz de legitimar as práticas nazi-fascistas. Houve, sem dúvida, a mudança de paradigma da dogmática jurídica de forma que hoje não mais se crê na lei como expressão da vontade geral, nem mais se tem como principal padrão de comportamento reitor da vida pública ou privada. Essa “crise da lei” é um fenômeno tão universal quanto à própria proclamação do princípio da legalidade como o grande instrumento regulativo da vida social nas democracias constitucionais contemporâneas, frustrado em decorrência do fracasso, em larga medida, da lei formal como projeto jurídico-político (BINENBOJM, 2008b, p. 125-126).

Com o crescimento de papel do Estado, alimentado pela necessidade moderna de agilidade nas ações estatais e pela relação cada vez mais próxima entre ação estatal e conhecimentos técnicos especializados, acabou por exigir uma nova leitura do princípio da legalidade⁶³. Adelmo Fioranelli Júnior (1995, p. 77), acerca da dogmática jurídica advinda da supremacia - não do monopólio positivista - da lei, fala de uma consequência prático-profissional que é a necessária vinculação de qualquer decisão jurídica à lei:

Neste sentido, uma disciplina dogmática, como a jurídica (a teologia é outro exemplo), não deve ser considerada uma prisão para o espírito, mas sim um aumento de liberdade no trato com a experiência normativa. Isto porque, se com a imposição de dogmas e regras de interpretação, a sociedade espera uma vinculação de comportamentos, o trabalho do teórico cria condições de distanciamento daquelas vinculações. O jurista, assim, ao se obrigar aos dogmas (expressos pelas normas de direito positivo), parte deles, mas dando-lhes um sentido, o que permite certa manipulação. Ou seja, a dogmática jurídica não se exaure na afirmação do dogma estabelecido, mas interpreta sua própria vinculação, ao mostrar que o dogma vinculante exige interpretação (FIORANELLI JÚNIOR, 1995, p. 77).

Essa vinculação não ocorre estritamente nos moldes lógico-formais clássicos pela incapacidade destes em apreender plenamente a complexidade do mundo fático no seu encontro com a norma. Cabem, aqui, as palavras de Sérgio Fernandes de Souza:

⁶³ A sociedade espera o fim do legalismo e da burocracia para garantir uma administração racional em que as inovações tecnológicas estejam integradas ao seu proceder. Para tanto, os controles devem deixar de ser formalistas, tornando-se instrumento efetivo para que a Administração Pública atinja objetivos que a tornem confiável e eficaz (DROMI, 2009, p. 229-230). (tradução livre).

Em verdade, a lógica formal, para o jurista dogmático, serve, paradoxalmente, para esconder a atividade eminentemente retórica, desenvolvida pelo pensamento jurídico moderno. Isto porque a redução do sistema operada pelo formalismo jurídico, desconhecendo o direito enquanto estrutura social, acaba, inevitavelmente, sujeitando-o ao embate com a realidade dos fatos. Nestas circunstâncias faz-se necessário que o jurista desenvolva uma série de argumentos, aparente lógicos, visando a justificar determinadas decisões a partir da norma. [...]. Por meio de condições retóricas de sentido irá proceder as neutralizações, o que pressupõe um homem sem história (neutralização temporal), sem espírito crítico (neutralização social) e sem palavras (neutralização de conteúdos) (1993, p. 108).

2.3 A Transmutação do Princípio da Legalidade

Essas mudanças de paradigmas promoveram a transmutação do princípio da legalidade⁶⁴ em um princípio muito mais abrangente referido como princípio da constitucionalidade ou mais propriamente ainda, princípio da juridicidade⁶⁵. Assinala Luigi Ferrajoli que:

O Estado de Direito moderno nasce sob a forma de Estado legislativo de direito. Graças ao princípio da legalidade e às codificações que lhe deram realização, uma norma jurídica não é válida por ser justa, mas por haver sido “posta” por uma autoridade dotada de competência normativa: *auctoritas, non veritas facit legem*⁶⁶, este é o princípio convencional do positivismo jurídico. Com a afirmação do princípio como norma de reconhecimento do direito existente, a ciência jurídica deixa de ser uma disciplina cognoscitiva, explicativa do direito positivo, autônomo e separado em relação a ela. A jurisdição, por sua vez, deixa de ser produção jurisprudencial do direito e se submete à lei como única fonte de legitimação (grifo do original) (*apud* BARROSO, 2009, p. 244).

⁶⁴ O princípio da legalidade, proclamado no diploma constitucional pátrio, não se realiza suficientemente através da conexão consistente das comunicações jurídicas (atos jurídicos) com base no código-diferença “lícito/ilícito”. A legalidade, que implica igualdade perante a lei, transforma-se fundamentalmente em uma figura de retórica do discurso do poder (NEVES, 2007, p. 154-155).

⁶⁵ O Estado pré-moderno, anterior à consagração da legalidade, caracterizava-se pela pluralidade das fontes normativas, pela tradição romanística de produção jurídica e pela natureza jusnaturalista de sua fundamentação. Doutrina e jurisprudência desempenhavam um papel criativo do direito e, como consequência, também normativo. O Estado legislativo de direito, por sua vez, assentou-se sobre o monopólio estatal da produção jurídica e sobre o princípio da legalidade. A norma legislada converte-se em fator de unidade e estabilidade do direito, cuja justificação passa a ser de natureza positivista. A partir daí, a doutrina irá desempenhar um papel predominantemente descritivo das normas em vigor. E a jurisprudência se torna, antes e acima de tudo, uma função técnica de conhecimento e não de produção do direito (BARROSO, 2009, p. 244).

⁶⁶ É a autoridade, não a verdade, que faz a lei (tradução livre).

Na ótica de Alexandre Santos de Aragão, “na Administração de resultado, o princípio da legalidade implica na indefectível aplicação das normas que geram bons resultados; mas também implica na impossibilidade de aplicar normas que geram maus resultados”. Ou seja:

Estamos diante de uma importante mudança na estrutura das normas jurídicas. O modelo das normas jurídicas “hipótese de incidência ► sanção” continua a existir, mas não é mais o único nem o mais importante, a ele tendo se somado o das normas jurídicas estruturadas pelo esquema “finalidades ► meios de alcance destas finalidades” (ARAGÃO, 2005, p. 109). (grifos do original)

No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, a doutrina pós-positivista, inspirada na legitimação democrática, busca ir além da legalidade estrita sem desprezar, no entanto, o direito posto, para empreender uma leitura moral da Constituição e das leis. Uma razão significativa para o esvaziamento da legalidade é a de que a lei deixou de ser a principal e mais importante forma de manifestação da vontade geral do povo. O constitucionalismo é o grande vitorioso diante do colapso do legalismo. Diante do fracasso da lei, notadamente no segundo pós-guerra, as esperanças de garantia da liberdade e da justiça, passam a ser depositadas no constitucionalismo enquanto sistema de princípios que, como norma jurídica, irradia seus efeitos por todo o ordenamento jurídico que apenas poderá ser compreendido a partir da própria normativa constitucional, ou seja, de uma constitucionalização do direito⁶⁷.

É oportuno observar que, tradicionalmente, nos países que se inspiraram no modelo francês, o conteúdo desse princípio⁶⁸ foi associado à idéia da vinculação positiva à lei: à Administração somente é lícito fazer aquilo que a lei expressamente autoriza⁶⁹. Entretanto,

⁶⁷ “Outra razão para a crise da lei é a proliferação ou inflação legislativa. O excesso de leis é uma realidade em todas as nações civilizadas, notadamente nos países de tradição romano-germânica. O mito positivista de completude do ordenamento jurídico, aliado ao aumento significativo das funções do Estado social, inspirou os parlamentos a tratarem de qualquer assunto, sendo corolário deste movimento a noção (muito evidente no senso comum) de que a lei seria apta a resolver todos os problemas sociais. Banalizou-se a lei, o que fez com que se esvaziasse o sentimento de respeito que se lhe nutriu no período iluminista. Com a inflação legislativa, a norma do parlamento, inevitavelmente, perde sua majestade” (BINENBOJM, 2008, p. 127-128).

⁶⁸ *El principio de legalidad significa que los actos y comportamientos de la administración deben estar justificados en una ley previa, que preferible pero no necesariamente há de ser de carácter general. Se trata, desde luego, del sometimiento em primer lugar a la Constitución y a Ley del Poder Legislativo, pero también al resto del ordenamiento jurídico, pó ejemplo a las normas reglamentais emanadas de la propia administración, lo que há sido dado em ilamar el bloque de la legalidad o principio de juridicidad de la administración* (GORDILLO, 1998, p. VI-1).

⁶⁹ Como anota Louis Favoreu, a lei é vista como a expressão da vontade geral, na formulação de Jean-Jacques Rousseau acolhida no artigo 6º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. O legislador é tido como infalível e sua atuação como insuscetível de controle (*apud* BARROSO, 2004, p.28)

com a superação do Estado liberal e a crise da lei formal, desapareceram as condições que justificavam a tese da vinculação positiva à lei. A deslegalização, por meio da qual se abre ao poder regulamentar o trato de matérias antes atribuídas ao poder legislativo, é uma das provas da insuficiência daquela tese para a realidade contemporânea (BAPTISTA, 2003, p. 297-299).

Com a crise da lei formal, a Constituição - seu complexo sistema de princípios e regras - passa a ser o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade. Tal postura científica assenta na superação do dogma da imprescindibilidade da lei para mediar a relação entre a Constituição e a Administração Pública. Com efeito, em vez de a eficácia operativa das normas constitucionais - especialmente as instituidoras de princípios e definidoras de direitos fundamentais - depender sempre da lei para vincular o administrador, tem-se hoje a Constituição como fundamento primeiro do agir administrativo (BINENBOJM, 2008b, p. 141). A superação do positivismo possibilitou uma visão democrática e moralmente crítica da legalidade formalista. A riqueza desse novo direito, que emergiu da tragédia das guerras e das ideologias radicais do século vinte, tornou obsoleto o positivismo jurídico, com sua pretensão de construir um direito puro.

Hans Kelsen (2005, p. 181), em sua conhecida formulação sobre a estrutura do ordenamento jurídico, concebe-o como um sistema escalonado e hierarquizado, em que a norma de escalão inferior tem seu fundamento de validade na norma de escalão superior. Seguindo uma direção ascendente, da base rumo ao topo da pirâmide normativa, a sentença judicial e o ato administrativo (normas para o caso concreto) teriam fundamento de validade na lei (norma geral), enquanto a lei encontraria seu fundamento de validade na Constituição (norma superior que representa o escalão de direito positivo mais elevado). Com fundamento de validade último do ordenamento jurídico, situada no vértice da pirâmide, Hans Kelsen (2005, p. 163) concebe uma norma fundamental, que não é posta enquanto norma de direito positivo, mas pressuposta. Ocorre que o enunciado de uma estrutura normativa que carrega dentro de si seu princípio legitimador - a norma fundamental - independentemente de quaisquer conteúdos éticos transforma-se em instrumento legitimador de qualquer ordem jurídica. Nas palavras de Luiz Fernando Coelho:

Uma ciência jurídica a-histórica e apolítica é pura ilusão ideológica já que responde a interesses ideológicos. A rejeição ao conteúdo ideológico do direito implica a destruição de algo que lhe é ontologicamente essencial, como bem o demonstraram as várias correntes de que a teoria do direito quando

reduzida à teoria da norma pura, não é uma teoria geral do direito positivo, mas uma lógica jurídica formal, ou seja, uma teoria do pensamento jurídico em suas intrínsecas conexões da validade lógica. Em suma, a ideologia externa da teoria pura, enquanto teoria do direito é a ideologia dominante do momento histórico, a qual o purismo metodológico não pôde e não pode evitar, podendo-se concluir que a Teoria Pura do Direito apenas oferece uma estrutura do pensamento lógico-formal que vai ser preenchida pela ideologia do momento histórico, ou seja, essa estrutura acaba por transformar-se em mais um instrumento que vai ser manipulado pelos donos do poder, ou ao menos pelo grupo social hegemônico e no seu próprio interesse. [...]. Quanto a este aspecto, Hans Kelsen foi inadvertidamente um filósofo do direito a serviço do poder” (COELHO, 1985, p. 48).

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do direito positivo - do direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. Explicita Hans Kelsen que:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como direito. Quer isto dizer que ela pretenda libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é seu princípio metodológico fundamental (grifo do original) (1999, p. 1).

Porém, um relance de olhos, sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos séculos XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer a exigência da pureza. Entre inúmeras críticas ao purismo kelseniano, a mais válida afigura-se a da impossibilidade da neutralidade científica pretendida pelo jusfilósofo de Viena em sua Teoria Pura do Direito (SILVA, 1985, p. 150-151). Também Nicolas Maria Lopes Calera manifestou seu ceticismo com relação à chamada neutralidade científica:

[...] “toda ciencia de lo humano implica positiva o negativamente una opción ideológica. Se podrá defender o negar un determinado esquema valorativo, o se podrá marginar también el análisis valorativo de una realidad que por si misma puede favorecer o contradecir unas opciones ideológicas y otras. Sin embargo, en la defensa, en la crítica o en la indiferencia siempre hay una actitude ideológica, por mucha neutralidad que se pretenda. [...]. Hay momentos de crisis políticas y sociales, en los que tal vez no interesa ideologicamente dar una batalla directa y frontal ante otras opciones ideológicas, sino que resulta más eficaz plantear la batalla en el terreno de una asepsia o de una neutralidad científica. La teoria pura del derecho, con mejor o peor intención, cayó en este peligro. La teoria pura del derecho responde a un momento en que un ataque a la ideologia marxista o una defensa de la ideologia burguesa no tendría mucho éxito, como lo estaba demostrando, por ejemplo, el iusnaturalismo, desde unas claras opciones ideológicas. Sin embargo, se podían conseguir aceptables resultados recuperando el carácter científico y el carácter neutral para el análisis de la realidad social y

marginando de modo directo todo aquello que significara una definición o un análisis de los auténticos problemas de valor e interés que se debatían” (*apud* SILVA, 1985, p. 151-152).

Luigi Ferrajoli (2002, p. 52-60) assevera ser fundamental reconhecer a função política do direito. Argumenta que, de fato, o direito não é um instrumento puro, objetivo e ético de justiça, mas serve à dominação de classe, visto que existe uma íntima interdependência entre as relações jurídicas e econômicas, concluindo que a interpretação jurídica e a atividade judicial não têm caráter científico, mas, ao contrário, têm comprometimento ideológico e político⁷⁰. Sustentar, afirma, a natureza científica da interpretação jurídica ou a independência da função judicial, seria uma alternativa ideológica para mascarar a realidade. Vê-se, por conseguinte, que do ponto de vista dogmático as últimas décadas do século passado assistiram a um movimento decisivo que foi o reconhecimento e a consolidação da força normativa da Constituição.

No constitucionalismo europeu - e a maior parte do mundo, que vivia sob sua influência - prevalecia o entendimento de que as normas constitucionais não seriam propriamente normas jurídicas, que comportassem tutela judicial quando descumpridas, mas sim diretivas políticas endereçadas, sobretudo, ao legislador. No Brasil, a força normativa e a conquista da efetividade pela Constituição, são fenômenos recentes, que ocorreram apenas depois do regime militar e que se consolidaram com a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988. Todo esse fenômeno, designado constitucionalização do direito, se traduz em uma verdadeira mudança de paradigmas que deu novo sentido e alcance a ramos tradicionais e autônomos do direito, como o civil, administrativo, penal e processual. Essa constitucionalização do direito, potencializada por algumas características associadas ao contexto filosófico do pós-positivismo - centralidade do ideal da dignidade humana e dos direitos fundamentais, desenvolvimento da nova hermenêutica, normatividade dos princípios, abertura do sistema, teoria da argumentação - tem tornado o debate jurídico atual extremamente rico e instigante. Recorde-se que tradicionalmente as instituições de direito

⁷⁰ “A ciência é, sobretudo, uma linha de continuidade histórica [...]. Evidentemente que toda norma jurídica, quando é elaborada, não pode deixar de atender a uma nova série de pressupostos ideológicos. Se é apresentado um projeto ao Congresso Nacional, o deputado desta ou daquela corrente ideológica votará a favor, ou contra, ou apresentará emendas e substitutivos conforme sua posição doutrinária. Mas depois de discussões e contrastes, acaba-se chegando a uma solução de composição, a uma norma jurídica [...]. É preciso, portanto, distinguir trabalho científico, que é trabalho objetivo, e Política do direito. O Direito não começa, nunca, do marco zero. O dia em que o Direito começar pelo marco zero, não haverá mais Ciência Jurídica, não haverá mais tranquilidade nem segurança” (REALE, 1985, p. 183-184).

privado foram aprisionadas em quatro grandes ramos: o direito das coisas, o direito das obrigações, o direito de família e o direito das sucessões, vértices que não conseguiram sobreviver ao paradigma do Estado Constitucional que tomou forma com a consagração da dignidade da pessoa. Ao tratar do tema, Nelson Nery Júnior lembra que:

Era muito comum, pelo menos até a bem pouco tempo, interpretar-se e aplicar-se determinado ramo do direito tendo-se em conta apenas a lei ordinária principal que o regulamentava. Assim, o civilista via no Código Civil a única norma que deveria ser consultada na solução de problemas naquela área, o mesmo ocorrendo com o processualista (civil, penal e trabalhista), com o penalista, com o comercialista. Isto se deve a um fenômeno cultural e político por que passou e tem passado o Brasil ao longo de sua existência. Referimo-nos ao fato de o país ter tido poucos hiatos de tempo em Estado de Direito, em regime democrático, em estabilidade política, enfim. Daí por que não se vinha dando grande importância ao direito constitucional, já que nossas Constituições não eram respeitadas, tampouco aplicadas efetivamente (2004, p. 25-26).

Carmem Lucia Silveira Ramos acrescenta:

A edição de um número cada vez maior de textos de lei especial provocou uma verdadeira descentralização do sistema de direito privado, ausente na perspectiva dos idealizadores da codificação, excluindo o monismo consagrado no Código Civil, em atendimento às emergências sociais. Por via de consequência, [...], a recepção destas novas fontes de direito operou uma inversão hermenêutica, uma vez que as regras de interpretação transferiram-se do instituído pelo sistema de codificação para o âmbito das leis especiais, ainda que mantida a aplicação residual do Código Civil, que se tornou, desta sorte, um sistema fragmentado, ora excluído, ora complementar à constelação de microssistemas estabelecidos (RAMOS, 1998, p. 7-8).

Ao analisar a matéria, Luciano Benetti Timm (2008, p. 23) ressalta que a descodificação do direito não destruiu a idéia de codificação, mas promoveu sua desmistificação. Este também é o pensamento de Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p. 77-79), ao afirmar que “está ocorrendo uma mudança nos paradigmas hermenêuticos”. Tal processo nomeado por alguns doutrinadores de “despatrimonialização do direito civil” (RAMOS, 1998, p. 16), não se traduz na exclusão do conteúdo patrimonial do direito civil, ao revés, significa a funcionalização do próprio sistema econômico, só que agora ao lume do princípio da dignidade humana, por força da constitucionalização do direito privado. Em suma, a constitucionalização do direito privado pode ser definida como “o processo de elevação ao plano constitucional, dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”

(LÔBO, 1999, p. 100). Para Daniel Antonio de Moraes Sarmiento, o processo de descodificação⁷¹ consiste:

[...] no advento de microssistemas legislativos, que vicejam à margem do Código Civil, baseados sobre princípios muitas vezes contraditórios àqueles refletidos na codificação. A descodificação, neste sentido, não se resume à multiplicação de normassetoriais, fora do âmbito do Código. Ela reflete um fenômeno mais profundo, na medida em que os microssistemas são independentes do Código Civil e se inspiram em objetivos e valores muito divergentes daqueles que norteiam a codificação. O Código Civil não pode mais ser considerado como lei geral em face destes microssistemas, apto a dirigir a interpretação das suas normas e a colmatar as suas lacunas, diante desta irreconciliável divergência axiológica (SARMENTO, 2006, p. 74-75).

Tal afirmação é complementada pelo fenômeno da constitucionalização do direito civil, significando, nos dizeres de Francisco Amaral (1993, p. 52):

[...] que os princípios básicos do direito privado emigram do Código Civil para a Constituição, que passa a ocupar uma posição central no ordenamento jurídico, assumindo o lugar até então privilegiadamente ocupado pelo Código Civil, transformando-se este num satélite do sistema constitucional.

Ressalte-se, todavia, que o constitucionalismo não surgiu depois da descodificação dos direitos, nem mesmo substituiu tal processo, pois que a codificação e o constitucionalismo são fenômenos contemporâneos, ambos decorrentes do advento do Estado Liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Apenas seus elementos caracterizadores é que foram modificados sob a influência da socialização dos direitos. Conforme Paulo Luiz Netto Lôbo (1999, p. 101):

Cada um cumpriu seu papel: um, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo econômico (codificação). Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento público. Neste sentido é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não impedimento.

⁷¹ A palavra “codificação” significa a junção de todas as normas de direito determinado direito num único código. Foi essa a pretensão dos legisladores do Código Civil de 1916, que visando a completude, pretendiam regular todas as situações jurídicas de interesse individuais, ou seja, “a codificação civil de 1916 pretendia se consagrar como verdadeira Constituição do direito privado” (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 22).

Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado.

Mas tal doutrina que definia a plenitude humana a partir do domínio que exercia sobre as coisas, “que dominou o direito constitucional durante boa parte do século XX, e que, apesar de anacronismo, ainda não foi definitivamente destronada, pelo seu enraizamento no imaginário dos operadores jurídicos”, terminava por neutralizar os avanços das constituições sociais e dos seus princípios e valores de justiça distributiva, isto é, ao passo que “reconhecia plena eficácia jurídica à parte da Constituição que garantia o *status quo*”, também “negava qualquer aplicabilidade às normas que impunham transformações e representavam risco para os interesses das classes hegemônicas”. As referidas normas “tornavam-se dependentes do legislador ordinário, cuja inércia ou timidez frustrava as potencialidades transformadoras da Constituição, relegando-a a um papel meramente simbólico” (SARMENTO, 2006, p. 52).

Para Francisco Amaral (*apud* LÔBO, 1999, p.102) “que perfilha a tese da descodificação, o conjunto de valores e idéias que formaram o caldo de cultura dos grandes códigos encontra-se superado, nomeadamente suas funções políticas, filosóficas e técnicas”. Foi com o surgimento do Estado Social, quando a segurança jurídica deu lugar à busca da justiça, que a intervenção do legislador no campo privado se multiplicou, “assim como a edição de normas de ordem pública que limitavam a autonomia privada dos sujeitos de direito em *prol* dos interesses coletivos”. No Brasil, foi a Constituição Federal de 1988 que se “projetou na ordem civil, disciplinando, a traços largos, a economia e o mercado e consagrando valores solidarísticos, além de direitos diretamente oponíveis aos atores privados, como os trabalhadores” (SARMENTO, 2006, p. 49). Mesmo assim, a constitucionalização dos direitos, notadamente do direito privado, ainda sofre resistências por parte de alguns doutrinadores. Na constatação de Daniel Antonio de Moraes Sarmiento (2006, p.80):

Dentre a preocupação destes autores, avulta o temor de que a aplicação direta da Constituição nas relações privadas possa acarretar um ativismo judicial exagerado, tendo em vista a maior vagueza das normas constitucionais em relação às regras clássicas de direito civil. Esta indeterminação das normas constitucionais seria prejudicial ao tráfico econômico, pois aumentaria a dose de insegurança na aplicação do direito para além dos limites toleráveis.

No entanto, como afirma Dirley da Cunha (2008, p.97):

[...] para manter a sua força normativa e lograr realizar a sua pretensão de eficácia, a Constituição deve ser concebida como um sistema aberto de normas, que simultaneamente conforme e seja conformada pela realidade a que se dirige. E quando concebemos a Constituição como um sistema aberto de normas, estamos afirmando que as normas constitucionais devem efetivamente interagir com a realidade social.

O argumento de que a abertura do sistema jurídico brasileiro, promovida pela constitucionalização do direito privado, acarreta insegurança jurídica não se sustenta, porque deixar em descoberto novas relações sociais é muito mais prejudicial que uma possível indeterminação das normas constitucionais. A realidade contemporânea é mutante por excelência. Novas relações sociais surgem a cada dia. O direito codificado já não consegue acompanhar a rapidez com que as relações sociais são transformadas. O próprio processo de elaboração das leis é lento. Assim, manter a codificação do direito é o mesmo que editar leis obsoletas desde o nascimento. A tarefa não é fácil porque são regras e princípios culturalmente enraizados sendo que a funcionalização dos direitos - que se traduz no mandamento constitucional de que os direitos subjetivos sejam exercidos não mais no sentido do aproveitamento individualizado, mas na obrigação de seu titular atender a certas funções sociais, voltadas à coletividade -, implica na mudança de paradigmas sócio-culturais, inclusive comportamentais, dos operadores do direito, tanto do legislador quanto do intérprete e de toda a sociedade. Também é importante ressaltar que no processo de constitucionalização, o direito codificado submete-se aos princípios constitucionais e no processo de publicização ocorre uma intervenção do Estado na ordem legislativa, visando assegurar os direitos do indivíduo face às relações privadas, notadamente no que diz respeito à propriedade, aos contratos e às obrigações. Durante muito tempo cogitou-se de publicização do direito privado, que para muitos teria o mesmo significado de constitucionalização. Todavia, são situações distintas (LÔBO, 1999, p. 100). Nas palavras de Luiz Netto Lôbo:

[...] para fazer sentido, a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil (Lôbo, 1999, p. 100).

Segundo essa tese, a constitucionalização do direito civil não significaria, de modo algum, a transformação do direito privado em direito público. Desta feita, a nomenclatura “publicização do direito privado” serve apenas para indicar que o Estado pode regular as relações privadas, interferindo no campo antes individualista para garantir a proteção dos valores sociais inseridos nos direitos subjetivos. Pode-se até admitir a publicização do direito privado, mas apenas como uma das possíveis vértices da constitucionalização do direito privado, já que o legislador infraconstitucional não pode seguir caminho contrário aos princípios e regras constitucionalmente assegurados. Maria Celina Bodin de Moraes (1993, p. 28-9) prefere utilizar a expressão “direito civil constitucionalizado”, argumentando que o direito privado foi transformado pela normativa constitucional, recebendo como “fundamentos a superação da lógica patrimonial (proprietária, produtivista, empresarial) pelos valores existenciais da pessoa humana, que se tornam prioritários no âmbito do direito civil porque privilegiados pela Constituição Federal de 1988”. Dito de outro modo:

[...] enquanto o Código Civil dá prevalência às situações patrimoniais, no novo sistema de direito civil fundado pela Constituição Federal de 1988 a prevalência é de ser atribuída às situações existenciais, ou não patrimoniais, porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, dar a garantia e a tutela prioritárias. Por isto, neste novo sistema, passam a ser tutelas, como prioridade, as pessoas das crianças, dos adolescentes, dos idosos, dos consumidores, dos não-proprietários, dos contratantes em situação de inferioridade, dos membros da família, das vítimas de acidentes anônimos (MORAES, 2003, p.127).

O direito privado, então, abandona o rigorismo formal, legado do direito romano e tradicional nas civilizações que adotam o sistema romano-germânico de direito, como, também, o seu caráter individual-patrimonialista, assumindo uma postura ético-jurídica, colocando no centro de suas atenções a pessoa humana e não mais o patrimônio. O indivíduo passa a ser valorizado enquanto ser humano e não enquanto possuidor de riquezas. A constitucionalização do direito privado impõe a interpretação dos institutos do direito privado a partir de outros valores, que integram os fundamentos constitucionais.

2.4 Normativismo Constitucional: Princípios e Regras

O sistema jurídico brasileiro tem como centro a Constituição Federal de 1988. Formada por regras e princípios jurídicos que em seu conjunto valem como “lei”, ou seja, o “direito constitucional é direito positivo”. E, “se o direito constitucional é direito positivo e a Constituição vale como lei”, logicamente “as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade regulando jurídica e efetivamente as relações da vida, dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamentos” (CANOTILHO, 2003, p. 1.176). Com efeito, o sistema jurídico do Estado Constitucional brasileiro é um conjunto pleno de princípios e de regras que devem ser consideradas em harmonia com os valores da ordem social. Trata-se de um sistema normativo aberto de regras e princípios:

(1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é aberto porque as normas constitucionais têm uma estrutura dialógica para captarem a mudança da realidade e absorver as concepções cambiantes da verdade e da justiça; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a programas, valores, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras (CANOTILHO, 2003, p. 1.159).

Para entender o processo de filtragem das regras jurídicas sob o manto do Estado democrático de Direito e verificar o papel fundamental da principiologia constitucional para nortear o exercício da Administração Pública e, por conseguinte o princípio da eficiência, esse tópico será apresentando com uma breve introdução sobre o conceito de “princípios”. No estágio atual em que se encontra o estudo jurídico brasileiro explorar o conjunto dos princípios jurídicos que se apresenta especialmente no texto constitucional passa a ser uma verdadeira exigência técnica, porque são os princípios que fundamentam o direito e devem lastrear todas as atividades jurídicas quer sejam “interpretativas, normativas, aplicativas ou integrativas” (FAZOLI, 2007, p. 13).

2.4.1 Apresentação de um Conceito Mínimo de Princípios

Na visão ensejada a partir da instituição do Estado Constitucional brasileiro, uma norma jurídica infraconstitucional só poderá ser considerada válida se for compatível e coerente com o texto da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, Carlos Coqueijo

Torreão da Costa afirma que “a Constituição é o fundamento de validade de todas as leis. A função jurisdicional é própria do Estado e não se subordina a preceitos de ordem privada” (1995, p. 83). Compete ao órgão julgante, no cotejo interpretativo a partir do caso concreto, executar a devida análise constitucional dos dispositivos legais para declará-los inaplicáveis por serem considerados inconstitucionais, se contrariarem os princípios circunscritos na Constituição Federal de 1988. Geraldo Ataliba, alertando para o papel determinante dos princípios constitucionais como condicionantes da interpretação e eficácia das demais regras e para a gravidade da violação a estes impingida, consignou:

(...) “qualquer disposição, qualquer regra jurídica (...) para ser constitucional, necessita estar afinada com o princípio (...) realizar seu espírito, atender à sua direção estimativa, coincidir com seu sentido axiológico, expressar seu conteúdo. Não se pode entender corretamente uma norma constitucional sem atenção aos princípios consagrados na Constituição e não se pode tolerar uma lei que fira um princípio adotado na Carta Magna. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.” (Ataliba, 1998, p.34-35).

Mas o que significa “princípios”. De acordo com a concepção comum, o termo “princípio”, utilizado no singular, significa início, começo, origem, causa primária, momento inicial. Na seara do direito, se identificado o termo “princípio” no singular, possui o mesmo significado do seu entendimento laico. Entretanto, se empregado no plural (“princípios”) dá a idéia de regras, de conceito fundamental de uma doutrina ou lei, ou de preceitos que antecedem a própria norma ou podem influenciar a criação desta, exercendo “raio de ação aplicável a toda espécie de movimento jurídico” (GUIMARÃES, 1999, p. 440-441). Nesse sentido, De Plácido e Silva afirma que no sentido amplo, “princípio” é “indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa”. Porém, no âmbito jurídico, “princípios”, mormente no plural, “quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa”, e conclui: “princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito. Indicam o alicerce do direito” (1993, p. 447).

Conforme Humberto Ávila, “etimologicamente, a palavra ‘princípio’, de matriz grega e origem no latim *principium*, significa início, começo e poder, tendo tido grande importância em estudos políticos e filosóficos”, porém, a Ciência do Direito afastou-se desse

“uso originário e passou a analisar os princípios como uma espécie de norma jurídica diferente de regras” (grifos do original) (ÁVILA, 2006, p. 657). Ruy Samuel Espíndola, ao tratar do tema, afirma que:

[...] a idéia de princípio em sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam (1999, p. 48-49).

O que interessa para este estudo é o significado jurídico de “princípios”, lembrando-se, *a priori*, que no início os princípios não tinham força de lei. Eram apenas “exortações de ordem moral ou política”, empregadas no sentido de sugestões, idéias de direção, sem a força coercitiva das normas jurídicas (FAZOLI, 2007, p. 13). Durante muito tempo, os princípios não eram detentores da qualidade de efetividade em razão do “não-reconhecimento de força normativa aos textos constitucionais e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 142). Porém, na atualidade, período que no Brasil teve início com o advento da Constituição Federal de 1988, os princípios constitucionais são reconhecidos como verdadeiras normas constitucionais, com eficácia jurídica e aplicação direta (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 49). Não são mais meras orientações, mas verdadeiros comandos dotados de efetividade e juridicidade “que devem ser obedecidos por todos e que servem de lastro para a satisfação imediata de direitos subjetivos” (FAZOLI, 2007, p. 14). Muitos e variados são os conceitos construídos pela doutrina para signar a expressão “princípios jurídicos”⁷². Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (1999, p.748).

⁷² “O termo princípio não é de fácil definição, uma vez que pode ser utilizado em vários contextos e com diversos significados. Os autores são unânimes neste sentido. A filosofia, a sociologia e o direito, dentre outras ciências, utilizam a palavra princípio em suas definições, cada qual sob sua ótica” (FAZOLI, 2007, p. 15).

Para Américo Plá Rodrigues, na linguagem jurídica a palavra “princípios” é utilizada com diversos significados e, tentando harmonizar o conjunto de definições construído pelos doutrinadores, acrescenta o termo “fundamentais”, para formar a expressão “princípios fundamentais” e defini-la, de forma geral, como:

[...] linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos (1994, p. 34).

Conforme José Cretella Júnior, na citação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturações subseqüentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência” (2000, p. 60). No conceito de Ivo Dantas:

[...] princípios são uma categoria lógica e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade (1995, p. 59).

José Joaquim Gomes Canotilho considera como “princípios jurídicos” aqueles “princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional” (2003, p. 1.038). Em essência, os princípios jurídicos têm a função de traçar as direções que devem ser seguidas pelo direito; formam a base e o alicerce do ordenamento jurídico. Num Estado Constitucional, como o brasileiro, o ordenamento jurídico compõe o que se chama de “sistema jurídico constitucional, sendo que os princípios jurídicos encontram-se plasmados no texto constitucional, por isso denominados de “princípios constitucionais”. Mas o que vem a ser “princípios constitucionais?” Alguns autores diferenciam princípios e normas constitucionais. Outros entendem que “normas constitucionais” é um conceito amplo que inclui princípios e regras constitucionais.

O tema é complexo, porém, para facilitar a compreensão, sem se aprofundar sobre a matéria que figura apenas como objeto secundário dessa investigação, passa-se a definir termos como: normas constitucionais, princípios constitucionais e regras constitucionais, cuja importância da abordagem emerge dos efeitos que tais conceitos produzem na prática em relação à eficácia dos preceitos constitucionais.

2.4.2 Princípios e Regras Constitucionais

No presente estudo convém analisar as regras e os princípios no contexto da nova dogmática jurídica, mormente com a constitucionalização do direito em que avulta a importância do princípio da proporcionalidade⁷³. Traçando algumas diferenças ente regras e princípios, Ronald Dworkin ressalta que os princípios possuem uma dimensão do peso ou importância que as regras não têm. Essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. As regras, por sua vez, são funcionalmente importantes ou não. É possível dizer que uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha papel maior ou mais importante na regulação do comportamento; porém não se pode falar que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua maior importância (2002, 42-42). Assim:

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse género. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes. [...]. A forma de um padrão nem sempre deixa claro se ele é uma regra ou um princípio.

Sobre a matéria, Robert Alexy (2008, p. 90-91) ressalta que o ponto decisivo à distinção entre regras e princípios está no fato de que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Para tanto, os princípios figuram como mandatos de otimização que estão caracterizados pelo direito de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não apenas depende das possibilidades reais senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. As regras, no

⁷³ “O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com este sentido que a teoria do estado o considera, já no século XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no século XIX, no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia. Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso foi erigido à dignidade de princípio constitucional” (CANOTILHO, 2003, p. 266-267).

entanto, são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais e nem menos. Porém, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. E conclui: “toda norma é ou uma regra ou um princípio”. Já José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1.162) afirma que a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios; concebe “regras e princípios” como espécies de “norma jurídica”, de modo que “a distinção entre regras e princípios constitui uma diferenciação entre duas espécies de normas”. Caso se concretize a característica conflitual entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou *standards* que devem ser realizados no primeiro plano. Já no caso de regras, estas contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias (CANOTILHO, 2003, p. 1.162).

A concepção de que existe um conceito amplo de “normas jurídicas” que engloba regras e princípios permite a concepção de um constitucionalismo mais adequado e menos codificado da estrutura sistematizada, possibilitando, assim, a compreensão do texto constitucional como um “sistema aberto de regras e princípios”. Nas explicações na forma de análise crítica de Joaquim Gomes Canotilho:

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa - “legalismo” - do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um “sistema de segurança”, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional. O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do “possível” fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema (2003, p. 1.161).

Daí porque o Estado Constitucional exige o entendimento do direito constitucional como o sistema jurídico aberto de regras e princípios, e que, como tal, carece de regras jurídicas e princípios jurídicos. Indubitavelmente, no direito contemporâneo a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a

valores jurídicos suprapositivos, na qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Rememore-se que o modelo jurídico tradicional fora concebido apenas para a interpretação e aplicação de regras. Modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham um papel referente à segurança jurídica - previsibilidade e objetividade das condutas - e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto (BARROSO, 2009, p. 316).

Ao argumento de que as decisões judiciais devam ser baseadas em princípios, porquanto os direitos individuais preferem aos fins coletivos, Ronald Dworkin (*apud* CHUEIRI, 2006, p. 261) segue a tese de que sempre haverá uma resposta certa, a melhor possível, aos conflitos que demandam a atividade jurisdicional. A tese da resposta certa, de acordo com essa teoria, conduz à concepção do direito como cadeia a qual se constrói a partir de analogia do direito com a narrativa literária e, conseqüentemente, do juiz com o autor. Assim concebido, o direito experimenta o que se pode chamar de guinada interpretativa⁷⁴. Dessa forma, não faz sentido falar em criação de normas jurídicas, isto é, em ato discricionário do juiz. A resposta certa não é algo dado, mas construído argumentativamente, ou seja, ao juiz não é dado descobrir ou inventar nada, mas sim interpretar os argumentos que lhe são apresentados. Essa atitude interpretativa leva em conta as convicções morais e políticas do julgador, como também aquilo que outros juízes decidiram no passado e, ainda, os padrões morais da comunidade envolvida de forma que a tese de que há sempre uma resposta certa para o direito - mesmo nos casos difíceis - significa que sempre haverá um princípio no qual o juiz fundamentará sua decisão (CHUEIRI, 2006, p. 260-261).

José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1159) salienta, na moderna constitucionalística, que à riqueza de forma da Constituição corresponde a multifuncionalidade das normas constitucionais apontando para a necessidade dogmática de uma classificação tipológica da estrutura normativa. Preleciona que saber distinguir, no

⁷⁴ A tese da resposta certa é uma contribuição importante de Ronald Dworkin para a compreensão do direito democrático. Para Ronald Dworkin o desenvolvimento dessa teoria indicou uma resistência fundamental às teses sustentadas pelas concepções do convencionalismo e do pragmatismo que se apresenta como ponto fundamental à discricionariedade judicial. Na esteira das teses anteriores, Ronald Dworkin parte da compreensão do Direito como um conceito interpretativo da prática jurídica. Somente a partir de uma atitude interpretativa - crítico - hermenêutica, em relação à prática jurídica é possível compreender o direito para além de sua descrição, normativamente (Ronald Dworkin *apud* CHUEIRI, 2006, p. 261-262).

âmbito do superconceito “norma”, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios que o citado autor sugere:

a) grau de abstração: os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto regras são susceptíveis de aplicação direta; c) caráter de fundamentabilidade no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (exemplo: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (exemplo: princípio do Estado de direito); d) proximidade da idéia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculados radicados nas exigências de justiça ou na idéia de direito; as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e f) natureza normogênica: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogênica fundamentante (CANOTILHO, 2003, p.1.160-1.161).

Essa complexidade, segundo o autor, deriva muitas vezes do fato de não se esclarecerem duas questões fundamentais: a) “saber qual a função dos princípios, ou seja, se têm uma função retórica-argumentativa ou são normas de conduta” e b) “saber se entre princípios e regras existe um denominador comum, pertencendo a mesma família e havendo apenas uma diferença do grau ou se, pelo contrário, os princípios e as regras são susceptíveis de uma diferenciação qualitativa”. Conclui dizendo que os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, comparáveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos ao passo que as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem, ou proíbem) que é ou não cumprida. Em consequência, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, a lógica “do tudo ou nada”) consoante o seu peso e ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. Já as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Realça ainda que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia) enquanto as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas). (CANOTILHO, 2003, p. 1.161-162).

É oportuno observar com Walter Claudius Rothenburg (1999, p. 15-16), que “tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda de expressões deônticas básicas do mandamento, da permissão e da

proibição”. Os princípios, tal como as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre dois tipos de normas. Acrescenta que “se os princípios têm suas propriedades, diferenciando-se por sua natureza (qualitativamente) dos demais preceitos jurídicos, a distinção está em que constituem eles expressão primeira dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico, informando materialmente as demais normas”. As características materiais dos princípios fazem-se acompanhar de uma diferenciação formal, ou distinta forma de apresentação, ou seja, “os princípios são dotados de um elevado grau de abstração o que não significa impossibilidade de determinação e, conseqüentemente, de baixa densidade⁷⁵ semântico-normativa ao passo que as demais normas - regras - possuem menor grau de abstração e alta densidade normativa”. Pontua que “os princípios são dotados de vagueza, no sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas de direção das quais deve orientar todo o ordenamento jurídico”. Trata-se da expressão dos valores principais de uma concepção do Direito, naturalmente abstratos e abrangentes (ROTHENBUG, 1999, p. 17- 18). Isso não significa que os princípios são inteiramente ou sempre genéricos ou imprecisos, ao contrário, “possuem um significado determinado, passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações de aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato, assim que os princípios sejam determináveis em concreto” (ROTHENBUG, 1999, p. 18).

Cármem Lúcia Antunes Rocha, se referindo aos princípios constitucionais, assinalou:

Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-o, assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e melhores condições de ter efetividade jurídica e social (1994, p. 23).

⁷⁵ Fernando Muniz Santos (*apud* ROTHENBUG, 1999, p. 18) esclarece que por densidade normativa compreende-se a capacidade ou não de uma determinada norma jurídica incidir num caso concreto de maneira direta, sem a necessidade da já aludida mediação concretizadora, por parte dos operadores jurídicos.

Convém assinalar que os princípios jurídicos, especialmente os de natureza constitucional, viveram um vertiginoso processo de ascensão que os levou de fonte subsidiária do Direito, nas hipóteses de lacuna⁷⁶, ao centro do sistema jurídico. No ambiente pós-positivista de reaproximação entre direito e a ética, os princípios constitucionais se transformaram na porta de entrada dos valores dentro do universo jurídico (BARROSO, 2009, p. 317). É de se ressaltar, entretanto, que a complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levaram ao abrigo da Constituição valores, interesses e direitos variados, que eventualmente entram em choque e os critérios tradicionais de solução de conflitos entre normas infraconstitucionais não são próprio para esse tipo de situação uma vez que tais antinomias não se colocam quer no plano de validade, quer no da vigência das proposições normativas. Luís Roberto Barroso menciona três tipos de situação em que ocorre o entrechoque de normas constitucionais:

a) colisão entre princípios constitucionais, que decorre do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam em documento dialético e compromissário que é a Constituição, posto não existir hierarquia em abstrato entre tais princípios, devendo a prevalência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto; b) colisão entre direitos fundamentais que não deixa de ser, de certa forma, uma particularização dos conflitos de princípios. É que, em rigor, a estrutura normativa e o modo de aplicação dos direitos fundamentais se equiparam aos princípios. Assim, direitos que convivem em harmonia no seu relato abstrato podem produzir antinomias no seu exercício concreto; e c) colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais voltados para a proteção do interesse público ou do interesse coletivo como a preservação de direitos individuais à liberdade, ao devido processo legal, e à presunção de inocência entre outros (2009, p. 329-331).

Durante muito tempo a subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do direito e que continua sendo fundamental para sua dinâmica. Contudo, já não é mais suficiente para lidar com as situações que envolvam colisão de princípios ou de direitos fundamentais. Nessas hipóteses mais de uma norma postula aplicação sobre os mesmos fatos, ou seja, há várias premissas maiores e apenas uma premissa menor. Essa lógica não seria aceitável em virtude do princípio da unidade da Constituição. Porém, “quando se trata de colocar em prática um princípio, de nada vale a aplicação imediata do método da subsunção, uma vez que os princípios não necessitam estar, obrigatoriamente, contidos uns nos outros, como tampouco,

⁷⁶ Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito (artigo 4º, do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 - Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro).

mandatoriamente hierarquizados, nem expressados cronológica ou especificadamente”⁷⁷ (MOREIRA NETO, 2008, p. 91).

2.4.3 O Princípio da Proporcionalidade e as Normas Constitucionais

Foi preciso desenvolver novas técnicas de interpretação constitucional com a finalidade de promover uma solução dotada de racionalidade e de controlabilidade diante da colisão de normas constitucionais. Nesse cenário, a ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete por via da qual se fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou proceder-se à escolha do bem ou direito que irá prevalecer em concreto a fim de realizar adequadamente a vontade constitucional. Esse dever de ponderação está vinculado ao princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade cuja compreensão da importância na aplicação das normas constitucionais exige a verificação prévia acerca das semelhanças entre “proporcionalidade” e “razoabilidade”, muitas vezes empregadas como sinônimas, apesar das evidentes diferenças.

2.4.3.1 Razoabilidade e proporcionalidade e suas diferenças

De acordo com Paulo Henrique dos Santos Lucon (2005, p. 1), “as noções de proporcionalidade e razoabilidade sempre caminharam juntas”, considerando que “para quem as diferencia, a proporcionalidade diz respeito a uma comparação entre duas variáveis: meio e fim; já a razoabilidade não tem como requisito uma relação entre dois ou mais elementos, mas representa um padrão de avaliação geral”. O princípio da razoabilidade funciona como parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para avaliar se estão “informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico” que é a “justiça”. O princípio da

⁷⁷ “A aplicação de um preceito se realiza pelo método da subsunção, ou seja, basta que se verifique se a hipótese está contida na tese posta pela norma e se, por sua vez, o conteúdo da norma, a ele diretamente aplicável, está compreendido na norma de hierarquia superior. Em caso de colidência de preceitos, o método de subsunção se vale de três critérios clássicos de solução: o da anterioridade (*lex posterior derogat legi priori*), o da superioridade (*lex superior derogat legi inferiori*) e o da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*). Ao contrário, é comum que, sobre um caso particular convirjam vários princípios, até mesmo antagônicos, de modo que o método aplicativo não será necessariamente de exclusão de um deles para que o outro se afirme, mas o da harmonização e de compromisso balanceado entre eles, para que se alcance o melhor resultado possível, o que vem a ser o conceito do método de ponderação” (MOREIRA NETO, 2008, p. 91-92).

razoabilidade é mais fácil de ser sentido do que conceituado e se dilui “em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva” (BARROSO, 1996, p. 1). O Estado atua na produção de normas jurídicas por meio do Poder Legislativo, que normalmente age em face de determinadas circunstâncias ou fatos concretos, criando normas destinadas à realização das finalidades previstas. Deste modo, destacam-se como fatores presentes, invariavelmente, em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos ou circunstâncias de fato, os fins e os meios. Além disto, deve-se levar em conta sempre os valores fundamentais explícitos ou implícitos da organização do Estado, a exemplo da ordem, da paz, da segurança, da solidariedade e, em última análise, da justiça. Com efeito, na concepção norte-americana, ou do sistema *common law*, a razoabilidade é precisamente a adequação de sentido que deve existir entre estes elementos que juntos formam o conceito do valor “justo” ou “justiça” (BARROSO, 1996, p. 1).

Com efeito, a razoabilidade deve ser cotejada, em primeiro lugar, dentro da lei (razoabilidade interna), na verificação da existência de uma relação racional e proporcional entre os motivos, os fins e os meios da criação do direito. A adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo direito constitucional é definida como “razoabilidade externa”. Se o texto da lei afrontar valores implícitos ou expressos nas normas constitucionais não será considerada legítima nem razoável à luz da Constituição. Esta exigência de conformação ou adequação dos meios aos fins, que já existia na construção norte-americana do princípio da razoabilidade, é ponto de consenso entre autores tanto de origem anglo-saxônica como romano-germânica (BARROSO, 1996, p. 1).

Destaca-se que no direito dos países de tradição jurídica romano-germânica, que adotaram o sistema *civil law*, como o brasileiro, a doutrina e a jurisprudência costumam fazer referência ao princípio da proporcionalidade e não ao princípio da razoabilidade adotado pelo sistema *common law*. Embora similar à razoabilidade do *common law*, o “princípio da proporcionalidade”, construído pelo sistema jurídico romano-germânico (*civil law*), é um pouco mais amplo porque além da adequação, que é o critério de aferição da razoabilidade, contém mais dois outros requisitos que o qualificam: a exigibilidade ou necessidade da medida e a “justa medida” ou “proporcionalidade em sentido estrito”. A doutrina brasileira, que se inspira no conhecimento jurídico alemão, reproduz e endossa essa tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade como é mais comumente referido pelos autores na Alemanha: adequação (razoabilidade), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (BARROSO, 1996, p. 1). Assim, enquanto a razoabilidade se refere à adequação, ou seja, à legitimidade da escolha dos fins que justificam o ativismo estatal, a proporcionalidade

verifica se os meios são necessários, adequados e proporcionais aqueles fins previamente escolhidos. Em essência, para além da busca pela “justa medida” em um caso concreto (proporcionalidade em sentido estreito), determinada por condições de espaço, tempo e cultura, a proporcionalidade em seu aspecto amplo “traz em si as noções de equidade, adequação, suficiência, ausência de abuso ou excesso, equilíbrio de conduta e idoneidade” (ZANETTI JÚNIOR, 2000, p. 10). Ao tratar do tema Hermes Zanetti Júnior expõe que:

Enquanto a razoabilidade é a noção do razoável, um padrão de avaliação geral, a proporcionalidade é ligada à avaliação de duas variáveis: meio e fim (de acordo com os padrões de adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*). Assim, enquanto na proporcionalidade se trabalha com componentes objetivos, mensuráveis, no exame da razoabilidade estas variáveis são subjetivas e englobam todas as circunstâncias do caso (2000, p. 10-11).

No mesmo sentido são os esclarecimentos de Chaïm Perelman:

Toda vez que um direito ou um poder qualquer, mesmo discricionário, é concedido a uma autoridade ou a uma pessoa de direito privado, esse direito ou esse poder será censurado se for exercido de uma forma desarrazoada. Esse uso inadmissível do direito será qualificado tecnicamente de formas variadas, como abuso de direito, como excesso ou desvio de poderes, como iniquidade ou má-fé, como aplicação ridícula ou inadequada de disposições legais, como contrário aos princípios gerais do direito comum a todos os povos civilizados. Pouco importa as categorias jurídicas invocadas. O que é essencial é que, num Estado de direito, quando um poder legítimo ou um direito qualquer é submetido ao controle judiciário, ele poderá ser censurado se for exercido de forma desarrazoada, portanto inaceitável (*apud* ZANETTI JÚNIOR, 2000, p. 13).

Chaïm Perelman enfatiza que “razoabilidade e proporcionalidade podem até ser magnitudes diversas”, porém acredita que “o princípio da proporcionalidade carrega em si a noção de razoabilidade, em uma relação inextricável, e que não pode ser dissolvida, justificando, assim, a intercambialidade dos termos proporcionalidade e razoabilidade no ordenamento brasileiro” (*apud* ZANETTI JÚNIOR, 2000, p. 13). Em suma no sistema *common law*, a razoabilidade é definida como a adequação de sentido entre os motivos ou circunstâncias de fato, os fins e os meios, que juntos formam o conceito do valor “justiça”. No Brasil utiliza-se o princípio da proporcionalidade, por muitos chamado de razoabilidade e proporcionalidade. Na verdade qualquer expressão é correta desde que não seja apenas “razoabilidade,” posto que na forma como definida pelo sistema *common law* a razoabilidade resume-se à adequação que é apenas um dos elementos que compõe a “proporcionalidade” na

forma idealizada e desenvolvida pelos alemães que, por sua vez, adotam o mesmo sistema jurídico que inspirou o legislador brasileiro, qual seja, o sistema romano-germânico do *civil Law* (BARROSO, 1996, p.1).

José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 266 e ss.) denomina o princípio da proporcionalidade de “princípio da proibição do excesso”, explicando que este princípio significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada, razoável), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). Ao tratar dos princípios do Estado de Direito, José Joaquim Gomes Canotilho enumera os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proibição dos excessos e da proteção jurídica. O princípio da proibição dos excessos, que surgiu com o intuito de limitar os poderes do Estado, se traduz no conceito de princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Trata-se de um critério de proporcionalidade (2003, p. 266 e ss.). Assim, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo (ou da proibição do excesso) significa que qualquer restrição de direitos, liberdades e garantias, deve ser razoável, necessária e proporcional. A exigência da razoabilidade (adequação) aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins); a exigência da necessidade pretende evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de proteção visados pelo direito. Uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos coativo, relativamente aos direitos restringidos; a proporcionalidade em sentido restrito (ou justa medida) significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote cargas coativas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionadas em relação aos resultados obtidos⁷⁸ (CANOTILHO, 2003, p. 268).

⁷⁸ Através de *standards* jurisprudenciais como o da proporcionalidade, da razoabilidade, da proibição de excesso, é possível hoje recolocar os poderes públicos num plano menos sobranceiro e incontestado relativamente ao cidadão. Assim, por exemplo, quando se pedir a um juiz uma apreciação dos danos causados pela carga policial numa manifestação, o que se visa não é contestar a legitimidade da Administração Pública na defesa do interesse e ordem públicos, mas sim o de averiguar da razoabilidade, proporcionalidade e necessidade da medida de polícia. Também quando se procura um Tribunal para decidir sobre a adequação de medidas expropriatórias para salvaguardar o património paisagístico e cultural, o cidadão demandante não pretende que o juiz se substitua à Administração Pública como responsável pela defesa do património, mas apenas que aprecie a proporcionalidade da intervenção ablatória da Administração Pública, tendo em conta o escopo invocado para a prática do acto expropriativo. Este controle (razoabilidade-coerência, razoabilidade-adequação, proporcionalidade-necessidade) é hoje objecto de difusão em toda a Europa através do Tribunal de Justiça das Comunidades. Trata-se, afinal, de um controle de natureza equitativa que, não pondo em

2.4.3.2 O princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro

O princípio da proporcionalidade no direito brasileiro tem sido utilizado na interpretação constitucional e infraconstitucional, principalmente como técnica de controle de limites aos direitos fundamentais, porquanto a dignidade da pessoa humana, acolhida como fundamento da República Federativa do Brasil, determina que o juiz tem como principal função aplicar as normas jurídicas de acordo com a gravidade do ato e o grau de importância do bem jurídico constitucionalmente protegido. Na doutrina brasileira não há consenso quanto à denominação do princípio da proporcionalidade. Muitas vezes é abordado como equivalente ao termo “razoabilidade”, que nem sempre consegue retratar com fidelidade o sentido técnico do assunto em questão. Abordando esta temática, Fernando Barcellos de Almeida esclarece que:

O princípio da razoabilidade é um princípio plurivalente, porque se aplica a várias ciências sociais e, nas ciências jurídicas, a várias de suas diferentes áreas. Mas é também um princípio monovalente quando se aplica ao direito público ou a cada ramo do direito público, especialmente no direito administrativo e no direito constitucional (1996, p. 42).

Conforme Suzana de Toledo Barros, “o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro técnico”, visto que “por meio dele verifica-se se os fatores de restrição tomados em consideração são adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes. Afinal, o que se busca é garantir aos indivíduos uma esfera composta por alguns direitos, tidos por fundamentais”. Sua utilidade prática é evidente, porquanto além de permitir um efetivo controle das leis, por viabilizar a detecção de situações inconstitucionais, serve, ainda, para o juiz, de fundamento para “justificar uma excessiva intervenção do legislador na seara dos direitos individuais” (2000, p. 28). No direito constitucional brasileiro, a proporcionalidade é um princípio implícito, inexistindo norma específica na Constituição Federal de 1988 sobre o tema, como ocorre, por exemplo, nas Constituições portuguesa e alemã. Dessa circunstância, porém, não se extrai que tenha o princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro expressão e eficácia menor. A expressão e eficácia de um

causa os poderes constitucionalmente competentes para a prática de atos autoritativos e sem afetar a certeza do direito, contribui para a integração do momento de justiça no palco da conflitualidade social. O princípio da proporcionalidade é também utilizado na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos na concretização/aplicação de algumas normas da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. As medidas restritivas dos direitos fundamentais devem ser proporcionais ao fim visado e jamais atingirem a substância do direito (CANOTILHO, 2003, p. 268-269).

princípio dizem menos em relação à circunstância de estar, ou não, expressamente positivados e mais em relação à carga axiológica que conduz. É, na verdade, um sobreprincípio, vale dizer, aquele que decorre do amalgamento e da força vetorial de outros princípios explícitos, como o da legalidade e da igualdade.

Neste contexto, Paulo Bonavides afirma que:

No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito (2009, p. 434).

Ao contrário do que ocorre em alguns países, no Brasil o princípio da proporcionalidade não é disposto de forma expressa: “com minoritária discordância, a maioria dos autores pátrios, ladeados pelo Supremo Tribunal Federal, entendem ser ele previsto pelo artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal”. Assim, revelando-se como princípio orientador de justiça, seria de se dizer que o princípio da proporcionalidade se mostra como um princípio que mesmo implícito ao preâmbulo da Constituição, sua idéia maior já está lá definida (BARROSO, 1996, p. 1). Dessa forma, o princípio da proibição do excesso encontra-se no postulado de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, caracterizado na idéia do *due process of law*. A partir da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal passou a incrementar o uso do princípio como parâmetro para o controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos e judiciais. O direito constitucional brasileiro acolhe expressões nítidas e especiais de proporcionalidade, ou seja, “regras de aplicação particularizada ou específica do princípio”, a que faz referências a Constituição Federal de 1988, todavia sem explicitá-lo, como acontece, por exemplo, com alguns direitos sociais, de direito tributário (parágrafo 1º, do artigo 149) ou eleitoral, aqui em relação “à representação proporcional como regra constitucional de composição de uma das Casas do Poder Legislativo” (parágrafo 1º, *caput*, do artigo 45) (BONAVIDES, 2009, p. 434).

Para Suzana de Toledo Barros, a Constituição Federal de 1988 assimilou, de um modo geral, “as tendências do novo arquétipo do Estado Constitucional”, sendo que além de considerar expressamente a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado brasileiro (artigo 1º) e de aumentar, em relação aos textos constitucionais anteriores, o

rol dos direitos e garantias fundamentais, conferiu-lhes “aplicabilidade imediata” (artigo 5º, parágrafo 1º) e tratou de assegurar-lhes expectativas de expansão, segundo a cláusula aberta assim redigida: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (artigo 5º, parágrafo 2º). Ainda, sinalizando mudanças substanciais para dar especial proteção aos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988, mantendo a garantia de eternidade (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV) e o princípio da reserva legal (artigo 5º, inciso II), ampliou o princípio da proteção judiciária (artigo 5º, inciso XXXV) com a criação de instrumentos processuais tendentes a coibir a omissão legislativa, como o mandado de injunção (artigo 5º, inciso LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, parágrafo 2º), e explicitou a garantia do devido processo legal para a restrição da liberdade ou da propriedade (artigo 5º, inciso LIV) (BARROS, 2000, p. 93). Em termos gerais:

[...] o princípio da proporcionalidade ou de proibição de excesso, limitando o poder do Estado, demonstra-se como um princípio geral do direito público, o qual rege o estabelecimento e a aplicação de toda a sorte de medidas restritivas de direitos e de liberdades (BARROS, 2000, p. 47).

Sob esse aspecto, a proporcionalidade promove o devido equilíbrio ou mesmo um divisor para que em determinados casos haja a prevalência de um princípio sem que isto importe na negação do outro, ou seja, haja um balanceamento efetivo dos direitos em conflito. Porém:

[...] deve-se tomar o caminho da proporcionalidade em seus três sentidos: de adequação, exigibilidade e estrito. Assim, na análise de um caso concreto, onde se dará a preponderância de um princípio sobre o outro, primeiramente, deve-se fazer uma relação de adequação entre a medida a ser adotada e o fim buscado (adequação); em seguida, o fim a ser alcançado deve atingir o mínimo possível o cidadão, impondo-lhe a menor desvantagem (exigibilidade); finalmente, no sentido estrito, faz-se uma avaliação se o meio utilizado é proporcional ao fim buscado, ou pesagem entre vantagens e desvantagens do escopo pretendido pelo Poder Público (DOMINGOS, 2000. p. 30-31).

Segundo Suzana de Toledo Barros (2000, p. 93) como uma das várias idéias jurídicas fundantes da Constituição Federal de 1988, o “princípio da proporcionalidade”:

[...] tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes (Hesse) (BARROS, 2000, p. 93).

Inúmeros são os preceitos constitucionais tuteladores dos direitos fundamentais e outros estruturantes do Estado de Direito de onde nasce o princípio da proporcionalidade e a necessidade de, em seu nome e fundamento, proceder-se uma interpretação que possa concretizá-lo. É dessa conjugação e dessa relação indissociável e dialética entre Estado de Direito e direitos fundamentais, que se extrai, em toda a sua extensão e plenitude, o princípio da proporcionalidade. Conforme afirma Suzana de Toledo Barros, “dentro do contexto de um Estado assim desenhado, as questões relativas ao controle dos seus atos orientam-se por uma nova perspectiva”, sendo que a lei, enquanto “instrumento de regulação da vida em sociedade” deve permitir e propiciar “uma existência ao indivíduo considerando o maior espaço possível para o desenvolvimento da sua personalidade e garantindo-lhe as mais amplas possibilidades de suprir suas necessidades”, posto que “já não são os direitos fundamentais que valem unicamente na moldura das leis, mas as leis na moldura dos direitos fundamentais”. Dessa forma, a lei tem um evidente significado material e não apenas formal e, quando cuidar de restringir direitos fundamentais, visando harmonizar os diversos interesses concorrentes, “deve poder ter sua *ratio essendi* testada, ou seja, deve entrar no âmbito do seu controle e problema de se saber se é realmente adequada para conseguir o objetivo em questão”. Sob este enfoque constata-se claramente que “o princípio da proporcionalidade decorre do Estado de Direito, ou do Estado Democrático de Direito, ou da idéia mesma de direitos fundamentais” (2000, p. 97-98). Assim, ainda que se admita que o princípio da proporcionalidade não tenha sido formulado como princípio explícito, sua força e eficácia provêm da força dos diversos princípios estruturantes do Estado de Direito, com extraordinária carga axiológica.

Na doutrina de Willis Santiago Guerra Filho, o modelo de sistema jurídico adotado no Brasil é formado por dois tipos básicos de normas: regras e princípios, que serão aplicados por meio de uma ordenação em que as regras são entendidas e validadas pela sua referência aos princípios os quais, por sua vez, possuem graus diversos de relevância para o atingimento da finalidade do sistema (legalidade, com respeito à dignidade da pessoa humana), o que requer uma aplicação baseada na proporcionalidade a fim de que haja o maior atendimento

possível de certos princípios, com a mínima desatenção dos demais. Afirma ainda que “para evitar o excesso de obediência a um princípio que destrói o outro e termina aniquilando os dois, deve-se lançar mão daquele que, por isso mesmo, há de ser considerado o princípio dos princípios: o princípio da proporcionalidade” (2001, p. 136; 149). Paulo Bonavides enfatiza que:

Pertence o princípio da proporcionalidade àqueles princípios da Constituição que desempenham um notável e destacado papel na judicatura da Corte Constitucional. De início, o Tribunal empregou apenas de forma hesitante e casual, sem consequência sistemática evidente; desde o “Apotheken-Urteil”, porém, ele o tem utilizado de maneira cada vez mais reiterada e em campos sempre mais largos do Direito Constitucional como de aferição da constitucionalidade dos atos do Estado. Sua principal função, o princípio da proporcionalidade, a exercita na esfera dos direitos fundamentais; aqui serve ele antes de mais nada (e não somente para isto) à atualização e efetivação da proteção da liberdade aos direitos fundamentais. A vinculação do princípio da proporcionalidade ao direito constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que o princípio da proporcionalidade ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardiais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade⁷⁹(2009, p. 395).

Aduz que “tanto a jurisprudência constitucional em vários países da Europa como os órgãos da Comunidade Européia, já não vacilam em fazer uso freqüente desse princípio”. E complementa afirmando que a “doutrina, por sua vez, busca consolidá-lo como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito, fazendo assim da proporcionalidade um princípio essencial da Constituição” (BONAVIDES, 2009, p. 396). Oportuno destacar o trecho de importante decisão do Supremo Tribunal Federal ao julgar a Intervenção Federal nº 2.257/SP, em 26 de março de 2003, tendo como Relator o Ministro Gilmar Mendes:

[...] o princípio da proporcionalidade representa um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito ente normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela

⁷⁹ A proporcionalidade é algo mais que um critério, regra ou elemento de juízo tecnicamente utilizável para afirmar consequências jurídicas, porquanto é princípio consubstancial ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, ao mesmo passo que a exigência de sua utilização se apresenta como uma das garantias básicas que se não de observar em toda hipótese em que os direitos e as liberdades sejam lesados. Com efeito, “cânone de grau constitucional” com que os juízes corrigem o defeito da verdade da lei, bem como, em determinadas ocasiões, “as insuficiências legislativas provocadas pelo próprio Estado com lesão de espaços jurídicos fundamentais”, [...] o princípio da proporcionalidade assume, de último, importância que só faz crescer [...] (BONAVIDES, 2009, p. 395-396).

ponderação de peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais. Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação de máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [...], há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto). Registre-se, por oportuno, que o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário, tal como lembra José Joaquim Gomes Canotilho. [...].

Veja-se, portanto, que a ponderação encontra-se presente no discurso jurídico desde a matriz constitucional, espraia-se pela etapa de concretização legislativa, chegando ao seu grau de maior concretude decisória nas atividades administrativa e judicial (BINENBOJM, 2008, p. 109).

2.4.4 A Supremacia das Normas Constitucionais

A Constituição é dotada de supremacia e prevalece sobre o processo político majoritário, ou seja, sobre o poder constituído e sobre as leis em geral, porquanto é fruto de uma manifestação especial da vontade popular, em uma conjuntura própria, em um momento constitucional⁸⁰. Expressão da ideologia liberal, o constitucionalismo surge como uma doutrina de limitação do poder estatal. Como consequência, desde suas origens, sempre foi da essência da Constituição a separação de poderes e a garantia dos direitos e ao longo dos séculos, o elenco de direitos tidos como fundamentais ampliou-se significativamente, para incluir, além dos direitos políticos e individuais, também direitos sociais e coletivos passando a abranger princípios fundamentais e fins públicos relevantes.

⁸⁰ “O poder constituinte cria ou refunda o Estado, por meio de uma Constituição. Com a promulgação da Constituição, a soberania popular se converte em supremacia constitucional. Do ponto de vista jurídico, este é o principal traço distintivo da Constituição: sua posição hierárquica superior às demais normas do sistema” (BARROSO, 2009, p. 299).

A Constituição de um Estado democrático tem duas funções principais. Em primeiro lugar compete a ela verificar consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático os quais não devem ser afetados por maiorias políticas ocasionais. Em segundo, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos⁸¹ (BARROSO, 2009, p. 89). A participação popular, os meios de comunicação social, a opinião pública, as demandas dos grupos de pressão e dos movimentos sociais imprimem à política e à legislação uma dinâmica própria e exigem representatividade e legitimidade corrente do poder⁸². Longe de serem conceitos antagônicos, o constitucionalismo e a democracia são fenômenos que se complementam e se apoiam mutuamente no Estado contemporâneo. Ambos se destinam, em última análise, a prover a justiça, segurança jurídica e bem-estar social.

A idéia segundo a qual as Constituições, axiologicamente, são dotadas de superioridade jurídica em relação às leis ordinárias, faz parte do conhecimento convencional da cultura constitucional. Porém, à luz da teoria democrática, ela é menos simples do que possa parecer. É que a Constituição, em diversas conjunturas, desempenha um papel contramajoritário, isto é, impede que prevaleça a vontade popular dominante em dado momento. Impõe-se, por conseguinte, a justificação dessa supremacia, a exposição analítica de seu fundamento de legitimidade. Nas palavras de Arend Lijphart:

Quem o Governo deve atender quando houver desacordo entre o povo por divergências de preferências? Se a opção é pela prevalência da vontade da maioria, resposta é majoritária. Se for a prevalência da vontade do maior número possível de pessoas, a resposta é consensual. “O Governo ‘pelo povo e para o povo’, segundo Abraham Lincoln, coloca a questão de saber quem governa e a quais interesses o governo deve atender quando houver desacordo entre o povo por divergências de preferências. A resposta majoritária ao dilema posto é a opção pela prevalência da vontade da maioria. A resposta consensual ao problema levantado é a prevalência da vontade do maior número possível de pessoas. Neste sentido, não há uma diferença profunda entre os dois modelos de democracia quanto à legitimidade do governo da maioria em contraposição ao governo da minoria. É clássica na literatura política a análise dos efeitos dos sistemas eleitorais sobre a composição do Legislativo. A noção básica é que sistemas mais desproporcionais criam “maiorias fabricadas” que reduzem, de modo artificial, o número de partidos efetivos, já que as distorções sempre favorecem os maiores partidos. Quanto

⁸¹ “Esses consensos elementares, embora possam variar em função das circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada país, envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação e a organização dos Poderes constituídos e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa” (BARROSO, 2009, p. 89).

⁸² “Há um conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo a cada momento histórico. A Constituição não pode, não deve nem tem a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária” (BARROSO, 2009, p. 89-90).

mais desproporcional for o sistema, mais majoritário ele será” (grifo do original) (LIJPHART, 2003, p. 229 e ss.).

Nesse sentido, a supremacia constitucional acaba sendo uma forma de proteger as bases da democracia contra a volatilidade da política e das paixões partidarizadas. Ademais, a moderna dogmática constitucional também não se impressiona com o argumento de autoridade⁸³, nem se satisfaz com a visão positivista do fenômeno jurídico: “vale porque está escrito na norma”. É imperioso demonstrar os valores e os fins que são atendidos por determinada proposição⁸⁴. José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1.150) fala de Constituição normativa, normatividade da Constituição, força normativa da Constituição, cujas expressões significam - e é esse o sentido atribuído pela doutrina dominante - que a Constituição é uma lei vinculativa dotada de efetividade e aplicabilidade. Essa força normativa da Constituição

⁸³ Argumento *ab auctoritate* é considerado, por muitos, argumento sofisticado, uma vez que parte da infalibilidade das autoridades. Todavia, o Direito admite esse tipo de argumento em se tratando de doutrina e jurisprudência. Seve como complemento de argumentação, ao invés de constituir única prova. Esse argumento é combatido pelo argumento que busca a verdade (CARNEIRO, 1999, p. 170). Alfredo Gaspar define argumento de autoridade como sendo “argumento psicológico de grande peso [...] em que o orador abona sua opinião no ensinamento de um autor renomado, ou de um texto consagrado, fora de qualquer suspeição”. Como argumento, não há dúvida de que o melhor é sempre aquele que conta com maior aceitação do auditório, mas é pouco provável que se possa definir o argumento *magister dixit* como sendo apenas aquele que provém de fonte fora de qualquer suspeição. Suspeitas sempre existem, ainda que consagrados os textos. Por isso, não basta um texto de uma autoridade para comprovar uma tese, devendo ser ela apenas parte de um raciocínio mais complexo e aprofundado do próprio argumentante (GASPAR, 1998, p. 63).

⁸⁴ No escólio de Luís Roberto Barroso, o poder constituinte, titularizado pelo povo, elabora a Constituição. Concluído o trabalho, ele volta ao seu estado latente e a soberania popular se converte em supremacia da Constituição. Esse autor ressalta que: [...] inserir determinada matéria no texto constitucional significa retirá-la do âmbito de atuação das maiorias futuras, a menos que estejam estas qualificadas por quórum expressivo (geralmente dois terços e, em alguns casos, de três quintos). O que autoriza uma maioria reunida no passado - no caso americano, por exemplo, há mais de dois séculos - a impor restrições às maiorias futuras, integrantes de gerações que têm outras circunstâncias e outros problemas a equacionar e resolver? Há dois fundamentos para a aceitação histórica do postulado da supremacia constitucional: um subjetivo e outro objetivo. Do ponto de vista objetivo, uma Constituição é obra do povo. Normalmente, ela é elaborada em situações de ampla mobilização popular e de exercício consciente da cidadania. A superação do status quo anterior, decorrente da perda da legitimidade que sustentava a ordem jurídica preexistente, envolverá, como regra geral, eventos protagonizados pela massa da cidadania. [...]. Portanto, na história dos Estados, há momentos constitucionais nos quais o povo, a cidadania, impulsiona de maneira transformadora o processo social. Institucionalizada a nova ordem, o poder constituinte cede passo ao poder constituído, o povo dá a vez a seus representantes. Esse aspecto envolvendo a participação cívica constitui um elemento diferenciador fundamental porque, via de regra, os membros da assembléia constituinte e aqueles que vêm a integrar o Parlamento acabam sendo substancialmente os mesmos. Mas as condições históricas e políticas de sua atuação, em razão do grau de mobilização popular, são muito diferentes. Do ponto de vista objetivo, a superioridade da Constituição se deve à transcendência de bens jurídicos que ela tutela: a limitação do poder, os valores fundamentais da sociedade, a soberania popular e os procedimentos democráticos. [...]. A democracia não se resume ao princípio majoritário ou às regras procedimentais de participação política. No seu âmbito encontram-se abrigados, igualmente, valores substantivos e direitos fundamentais (BARROSO, 2009, p. 142-144).

visa exprimir, muito simplesmente, na opinião desse autor, que a Constituição sendo uma lei como lei dever ser aplicada, afastando-se a tese generalizada aceita nos fins do século XX que atribuía à Constituição um “valor declaratório”, “uma natureza de simples direção política”, um caráter programático despido da força jurídica atual caracterizadora das verdadeiras leis, acrescentando ainda:

Se a Constituição é uma lei como outras, em alguma coisa, na verdade, se distingue delas. O caráter aberto e a estrutura de muitas normas da Constituição obrigam à mediação criativa e concretizadora dos “interpretes da Constituição” começando pelo legislador (primado da competência concretizadora do legislador) e pelos juízes, sem esquecermos hoje o primordial papel concretizador desempenhado pelo governo quer na sua qualidade de órgão encarregado da “direção política” quer na qualidade de órgão que dirige, superintende ou tutela a administração pública (grifos do original) (CANOTILHO, 2003, p. 1.150)⁸⁵.

As leis constitucionais (BONAVIDES, 2009, p. 104-105) “não só pressupõem a Constituição como valem em razão desta, gravitando pois numa esfera de relatividade”. Acima delas, acham-se “os valores existenciais da Constituição, isto é, aquela unidade essencial de existência, integridade e segurança, que a decisão política fundamental exprime”. Para Carl Schmitt “a idéia de Constituição não se equipara apenas a um simples conjunto de leis constitucionais”, ou seja, “a Constituição é a decisão consciente de uma unidade política concreta que define a forma e o modo de sua existência”⁸⁶ (*apud* BONAVIDES, 2009, p. 104). Todas essas mudanças, conforme Dalmo de Abreu Dallari, resultaram:

[...] “a ampliação do papel político e social do Estado, que deixou de ser apenas o protetor da liberdade e dos direitos para assumir um papel ativo na criação de condições para efetivação dos direitos. Desse modo, foram rompidas as barreiras que limitavam as ações do Estado em nome da proteção dos direitos individuais. Tudo isso gerou um surto de novas Constituições, determinando também importantes inovações no papel constitucional dos Poderes do Estado, pois surgiu a necessidade de uma nova legislação contemplando essas mudanças. O Executivo também sofreu transformações na organização e na definição dos instrumentos de atuação e o Judiciário passou a ser muito mais do que um garantidor de respeito à legalidade estrita, para ser, em muitos casos, um complementador das normas constitucionais, visando-

⁸⁵ “Saber em que medida as normas constitucionais se aplicam diretamente ou carecem de uma *interpositio regulativa* isso dependerá, em larga medida, de estrutura e natureza das normas constitucionais em causa” (CANOTILHO, 2003, p. 1.150).

⁸⁶ “A polêmica Kelsen-Schmitt nos anos 1930 em Colônia constituiu um dos momentos decisivos da reação que o formalismo provoca na Alemanha, produzindo um divisor de águas na teoria do século XX. Nasceria daí uma corrente realista e renovadora, de inspiração tanto filosófica como sociológica, que perdura até os nossos dias” (Carl Schmitt *apud* BONAVIDES, 2009, p. 104).

lhes efetividade. Essas mudanças vêm sendo objeto de inovações teóricas apresentadas dentro da rubrica de sentido muito amplo que é o neoconstitucionalismo, já estando definidos alguns pontos fundamentais como a afirmação da natureza jurídica dos princípios e normas constitucionais, a abrangência universal da Constituição quanto a todos os fatos e a todas as situações que tenham alguma implicação sobre os direitos e, ainda, a superioridade da Constituição no âmbito de um sistema jurídico”⁸⁷(DALLARI, 2009, p. 204).

Atuando como padrão jurídico fundamental, que impõe ao Estado, aos governantes e aos governados, as normas constitucionais condicionam todo o sistema jurídico, daí resultando a exigência absoluta de que lhes sejam conformes todos os atos que pretendam produzir efeitos jurídicos dentro do sistema. Dalmo de Abreu Dallari acrescenta ainda que:

Na verdade, entretanto, não desapareceu a necessidade de impor limitações ao poder para proteção dos valores fundamentais do indivíduo. Ainda que se considere superada, como de fato se deve considerar, a concepção ultra-individualista de direito e liberdade, criada pelo liberalismo e utilizada para sustentar privilégios, o indivíduo continua a ser a base da vida social, devendo-se proceder à conjugação dos valores individuais e sociais e promovê-los adequadamente. E para a proteção e a promoção dos valores fundamentais de convivência é indispensável o Estado Democrático, que impõe a observância de padrões jurídicos básicos, nascidos da própria realidade. Não está, portanto, superada a necessidade de se preservar a supremacia da Constituição, como padrão jurídico fundamental e que não pode ser contrariado por qualquer norma integrante do mesmo sistema jurídico. As normas constitucionais, em qualquer sistema regular, são as que têm o máximo de eficácia, não sendo admissível a existência, no mesmo Estado, de normas que com elas concorram em eficácia ou que lhes sejam superiores. (DALLARI, 2009, p. 204-205).

A partir de 1988, e mais notadamente depois do Código Civil de 2002, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios⁸⁸. A própria Teoria Geral do Direito era estudada dentro do direito civil, e só recentemente adquiriu autonomia didática. No caso

⁸⁷ “A noção de sistema não representa nenhuma novidade. Desde os períodos clássicos da antiguidade foi familiar ao pensamento científico e filosófico. Sistema é palavra grega; originariamente significa reunião, conjunto ou todo. Esse sentido se ampliou de tal modo que por sistema veio a entender-se, a seguir, o conjunto organizado de partes, relacionadas entre si e postas em mútua dependência” (BONAVIDES, 2009, p. 108).

⁸⁸ “Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo o Brasil, a constitucionalização do Direito é um processo mais recente, embora muito intenso. Verificou-se entre nós, o mesmo movimento translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem da Constituição do centro do sistema jurídico” (BARROSO, 2009, p. 362).

brasileiro o Código Civil já vinha perdendo influência no âmbito do próprio direito privado e na medida em que ia envelhecendo inúmeras leis específicas foram editadas, passando a formar microssistemas autônomos em temas dos mais variados, resultando na descodificação do direito civil Nas palavras de Pietro Perlingieri:

No plano legislativo, sob influência da Corte Constitucional, foram aprovadas, ao longo dos anos, modificações profundas no direito do trabalho e no direito da família, inclusive com relação ao divórcio e ao regime de adoção. Estas alterações, levadas a efeito por leis especiais, provocaram a denominada “descodificação” do direito civil. [...]. O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional (grifo do original) (PERLINGIERI, 1999, p. 5-6).

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si - com sua ordem, unidade e harmonia - mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Maria Celina Bodim de Moraes, assere:

Neste contexto, dito pós-positivista, o respeito das normas inferiores à Constituição não é examinado apenas sob o ponto de vista formal, a partir do procedimento de sua criação, mas com base em sua correspondência substancial aos valores que, incorporados ao texto constitucional, passam a conformar todo o sistema jurídico. Valores que adquirem positividade na medida em que consagrados normativamente sob a forma de princípios. Assim, a solução normativa aos problemas concretos não se pauta mais pela subsunção do fato à regra específica, mas exige do intérprete um procedimento de avaliação condizente com os diversos princípios jurídicos envolvidos. Mesmo a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República no art. 1º, III, da CF, dispositivo inicialmente observado com ceticismo, hoje é reconhecidamente uma conquista determinante e transformação subversiva de toda a ordem jurídica privada. De fato, a escolha do constituinte ao elevá-la ao topo do ordenamento alterou radicalmente a estrutura tradicional do direito civil na medida em que determinou o predomínio necessário das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais (MORAES, 2007, p. 234).

As dificuldades enfrentadas, notadamente no Brasil, estão na concretização desses postulados encontrando inclusive justificativas históricas para as resistências quanto à aceitação da decodificação dos direitos e à constitucionalização do direito civil. Como já consignado, o sistema jurídico adotado no Brasil é o sistema romano-germânico, conhecido como direito codificado ou *civil law*. Historicamente, não se tratou de uma livre escolha, mas de um legado, já que os colonizadores implantaram esse sistema no território brasileiro desde seu descobrimento permanecendo até os dias de hoje. Justamente pelas fortes raízes que se

formaram desde sempre é que se torna complexo promover mudanças no direito positivo brasileiro. No embate entre as teorias, é mais comum a opção pelas teses mais conservadoras, porquanto a cultura brasileira secular, formada pelo costume e pelo individualismo fortemente influenciado por diversos fatores, permanece ainda atrelada ao conceito de direito privado liberal. Entretanto, essa clássica dicotomia entre direito público e direito privado vem sendo superada, conforme observa Francisco Amaral ao afirmar que:

[...] as matérias tratadas pelos civilistas entraram na Constituição [...] representando a substituição dos fundamentos constitucionais do direito civil pelos fundamentos civis do direito constitucional, tudo isso traduzindo, de imediato, a superação da clássica dicotomia direito público e direito privado. Na verdade, o direito civil constitucional é materialmente direito civil contido na Constituição e só formalmente direito constitucional. E a Constituição Federal preside, por sua própria natureza, a ordem jurídica brasileira (1998, p. 146).

No mesmo sentido, Paulo Bonavides:

O direito hoje está nas Constituições, como ontem esteve nos códigos. De último, sua legitimidade, após atravessar a crise das ideologias, assenta sobre princípios. Dentre estes, avulta, por envolver todo o direito: “o princípio da constitucionalidade”. Antigamente a legitimidade cabia toda na lei e nos códigos, porque não se desmembrava da legalidade. O princípio legal, derivado da razão, que o amparava regia todas as ramificações do poder. Doravante, porém, com a legitimidade, sobreposta à lei, governa a Constituição os órgãos por onde a soberania se exerce. Desde algumas décadas a axiologia da justiça é o portal da legitimidade. Dantes a lógica da razão, com a regra, a lei, o código; daqui por diante, o humanismo das idéias com o valor, o princípio, a Constituição e a justiça escrevendo a evolução do direito, depois de atravessar a crise das ideologias e assentar sobre princípios a normatividade das Constituições (grifo do original) (2009, p. 584-585).

Nessa linha, ao considerar as transformações sociais, Lafayette Pozzoli ressalta:

“Considerando as transformações profundas e rápidas que se processam hoje nas áreas econômica, política, social e cultural, persistindo ainda dissensões políticas, econômicas, raciais e ideológicas, o homem contemporâneo, diante de tal complexidade tem dificuldade de discernir os verdadeiros valores perenes harmonizando-os, de modo adequado, com as descobertas e inovações recentes nas várias áreas do conhecimento humano” (Lafayette Pozzoli *in* POZZOLI; SOUZA, 2001, p. 64).

A teoria da constitucionalização do direito civil, embasada nos critérios e características da interpenetração do direito constitucional e do direito civil, da interferência

do Estado nas relações privadas e dos vários dispositivos da Constituição Federal de 1988 que regulam relações entre particulares, vem ganhando cada vez mais adeptos, sendo que, conforme Regina Beatriz Tavares da Silva:

[...] a corrente de pensamento que defende a idéia de um direito civil constitucionalizado tem embasamento na nova posição que assumiu o direito constitucional, com vistas à defesa da posição do indivíduo não só frente ao Estado, mas também, frente a outros indivíduos, inclusive em suas relações familiares (2001, p. 1).

Até o advento da Constituição Federal de 1988, o direito civil codificado foi considerado a constituição dos direitos do cidadão brasileiro. Serviu ao seu tempo, idealizado para regular a sociedade agropatriarcal do início do século XX, essencialmente individualista e patrimonial, muito diversa da sociedade de hoje, cada vez mais complexa e pluralista. Acompanhando a cultura jurídica da época, não se admitia a interferência do Estado nas relações privadas e, por isso, era preciso garantir a atividade econômica privada por meio de mecanismos que propiciassem a estabilidade nas relações jurídicas de caráter privado. Porém, com o passar do tempo, a sociedade se torna mais exigente e complexa em suas relações. O Estado Liberal perde muito de sua estabilidade de forma que o direito civil começa a abandonar o excessivo rigorismo formal como também o seu caráter individual-patrimonialista, assumindo uma postura ético-jurídica, colocando no centro de suas atenções a pessoa humana, e não mais o patrimônio. Nesse sentido, Nelson Finotti Silva, afirma:

Desde a Revolução Francesa até os dias de hoje passamos por quatro grandes revoluções, cada uma delas procurando definir efetivamente uma forma de Estado; a primeira impondo o Estado liberal; depois o Estado socialista; a seguir o Estado social das constituições programáticas e por último, o Estado social dos direitos fundamentais, capacitado da juridicidade para garantir esses direitos (SILVA, 2005, p. 2).

No Brasil, esse processo vem ocorrendo de forma lenta e gradativa tendo seu ápice na Constituição cujas atenções voltaram-se para a pessoa em si mesma, à tutela de sua personalidade e de sua dignidade como ser humano. A Constituição passou a ser a norma máxima do direito brasileiro, regulando, por conseguinte, também matéria de direito privado ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como um dos principais fundamentos da República.

2.3.5 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Supremacia que Justifica a Abordagem em Apartado

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático de Direito, o Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu em outros países – além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal (SARLET, 2010a, p. 75)

Aliás, não é outro o entendimento que subjaz ao artigo 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, ao proclamar que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. O legislador constituinte de 1988, ao instituir o Estado democrático, assegurou o exercício dos direitos sociais e individuais já no preâmbulo da Constituição⁸⁹, embora não constitua norma central, ou seja, não possuir força normativa como já decidiu o Supremo Tribunal Federal⁹⁰, como valores

⁸⁹ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”. CF. 1988 – Preâmbulo.

⁹⁰ [...] “o preâmbulo da Constituição, constituiria ele norma central da Constituição? [...]. O preâmbulo, segundo Jorge Miranda, “proclamação mais ou menos solene, mais ou menos significativo, anteposta ao articulado constitucional não é componente necessário de qualquer Constituição, mas tão somente um elemento natural de Constituições feitas em momentos de ruptura histórica ou de grande transformação político-social”. Jorge Miranda registra três posições da doutrina a respeito do tema: “a tese da irrelevância jurídica; a tese da plena eficácia, colocando o preâmbulo em pé igualdade com quaisquer disposições constitucionais; entre as duas, a tese da relevância jurídica indireta, não confundindo preâmbulo e preceitos normativos. Para quem defende a primeira tese, o preâmbulo não se situa no domínio do Direito, situa-se no domínio da política; para quem defende a segunda, ele acaba por ser também um conjunto de normas jurídicas, conquanto sob forma não articulada; para quem defende a terceira, o preâmbulo participa das características jurídicas da Constituição, mas resta saber que papel lhe cabe no seu sistema global. E acrescenta [...] que essa terceira maneira de ver é a que tem seu apoio, mas reconhece que o preâmbulo “não cria direitos ou deveres” e que “não há inconstitucionalidade por violação do preâmbulo [...]”. Para Paulino Jacques, o preâmbulo não tem força normativa, mas vale como princípio informador da Constituição. [...] Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina que “o preâmbulo da Constituição não tem força obrigatória, destina-se simplesmente a indicar a intenção do constituinte”, contendo “simplesmente afirmações de princípios. Estas desenharam um ideal mas não fixam normas obrigatórias” [...] (STF, ADI nº 2.076 /AC, 2003. Relator Ministro Carlos Velloso).

supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. É oportuno ressaltar que, embora não previsto expressamente no ordenamento jurídico pátrio, os operadores do direito começam a ver a fraternidade como elemento importante a ser levado em conta na solução de conflitos, posto que está inserido como um dos valores que compõe os direitos humanos. Assim, a fraternidade avulta como elemento essencial no reconhecimento dos direitos humanos que, nas palavras de Carlos Ayres de Brito, alcançam:

“segmentos que não se movimentam nos espaços institucionais com desembaraço igualitário. Dessa forma, o objetivo é o de promover a igualdade em favor de mulheres, idosos, negros, deficientes físicos, analfabetos, homossexuais e outros grupos que enfrentam muito mais dificuldade no seu caminhar institucional cotidiano do que outros segmentos da sociedade. [...] A Constituição no art. 3º, inciso IV, consagrou como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil os direitos fraternais ao propor o bem-estar de todos sem preconceitos de origem, idade, cor, sexo ou qualquer outra forma de discriminação” (BRITO, 2004, p. 1).

André Franco Montoro, se referindo à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, afirmou que:

Com a experiência que tenho agora, não como jurista ou cientista, mas como simples ser pensante, inserido na realidade do dia-a-dia, sei que algumas coisas são realmente fundamentais e imutáveis, por exemplo, o respeito à dignidade da pessoa humana. Por isso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é um documento moderno, sempre atual (*apud* Lafayette Pozzoli *in* SANTOS, 2000, p. 11).

Para Paulo Bonavides, a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹¹,

“é o estatuto da liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano” (2009, p. 574).

⁹¹ “Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto mais alto no século XX. Trata-se de um documento de convergência e ao mesmo passo de uma síntese. Convergência de anseios e esperanças, porquanto tem sido, desde sua promulgação, uma espécie de carta de alforria para os povos que a subscreveram, após a guerra de extermínio dos anos trinta e quarenta, sem dúvida o mais grave duelo da liberdade com a servidão de todos os tempos. Síntese, também, porque no bronze daquele momento se estamparam de forma lapidar direitos e garantias que nenhuma Constituição insuladamente lograria ainda consagrar ao redor de um consenso universal. [...]. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948 será porém um texto meramente romântico de bons propósitos e louvável retórica, se os países signatários não se aparelharem de meios e órgãos com que cumprir as regras estabelecidas naquele documento de proteção de direitos fundamentais e sobretudo produzir uma consciência nacional de tais direitos são invioláveis” (BONAVIDES, 2009, p. 574-578).

Lafayette Pozzoli, ao considerar a pessoa como um ser comunitário, consignou que:

[...] o pensamento humanista, tal como aparece na concepção de Jacques Maritain, é um grande propulsor do surgimento de verdadeiras identidades culturais, contribuindo, desse modo, para a existência de uma sociedade pluralista. Ao afirmar o valor inalienável de cada pessoa e ao considerar pessoa como um ser comunitário, valoriza o típico de cada grupo sem perder de vista o universal contido no humano de todos. Na sociedade atual, de modo especial a brasileira, em busca da democratização em todos os níveis da organização e convivências sociais, um pensamento impulsionador de práticas pluralistas é fator de grande ajuda para implantação nos mais variados campos de atuação humana de propostas adequadas ao ideal de melhoria de vida segundo o ideal de bem comum (POZZOLI; SOUZA, 2001. p. 64).

Assim, no humanismo de Jacques Maritain, o ser humano é concebido como uma dignidade humana, ou seja, uma pessoa humana dotada de racionalidade, vontade, valores, individualidade, formando um todo completo, digno de respeito e liberdade. Como afirma Maritain, “o ser humano é um todo em si, um todo aberto que precisa viver em sociedade pelas próprias necessidades naturais” (*apud* GARUTTI, 2001, p. 23-24). No novo Estado de Direito, das cinco dimensões de direitos fundamentais, vem coroar, por conseguinte, aquele espírito de humanismo que, no parâmetro da juridicidade, habita as regiões sociais e perpassa o direito em todas as suas dimensões⁹². Pode-se dizer, com Gustavo Binbenojm (2008b, 50-56; 103), que há entre direitos fundamentais e democracia uma relação de interdependência ou reciprocidade cuja conjugação desses dois elementos é que surge o Estado democrático de direito, estruturado como conjunto de instituições jurídico-políticas erigidas sob o fundamento e para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana⁹³.

A dignidade independe das circunstâncias concretas, já que é inerente a toda e qualquer pessoa humana posto que, em princípio, todos, mesmos o maior dos criminosos, são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas, ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo

⁹² “Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em dimensões sucessivas: os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade; os da segunda geração são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou da coletividade; os da terceira se assenta sobre a fraternidade; os da quarta o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo e, finalmente, os da quinta geração que é o direito à paz “ (BONAVIDES, 2009. p. 563-583).

⁹³ “O papel de tais direitos básicos é o de assegurar a autonomia pública e privada dos cidadãos para que estes possam deliberar num ambiente de liberdade e igualdade, no qual a única forma de coerção seja o melhor argumento” (BINENBOJM, 2008b, p. 103).

mesmos⁹⁴. Assim, mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana como forma de comportamento, admitindo-se os atos dignos e indignos, ainda assim, exatamente por constituir atributo intrínseco da pessoa humana e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderia ser objeto de desconsideração (SILVA, 1998, p. 93). Ingo Wolfgang Sarlet propõe o seguinte conceito de dignidade da pessoa humana:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2010a, p. 70).

Fundando-se em seu próprio sistema de referência, conforme aduz Gofredo Telles Junior, “o ser humano situa todas as coisas do universo em grandes escalas de seres, escalas estas de diversas ordens, e onde os seres são hierarquizados segundo o valor que o próprio ser humano lhes atribui”⁹⁵ (TELLES JUNIOR, 2003, p. 236). Ronald Dworkin, nessa mesma

⁹⁴ “O homem não é apenas indivíduo; é ao mesmo tempo um ser social. Embora possua um ser independente, não deixa de ser, por outro lado, parte de um todo, que é a comunidade humana. É um ser gregário por natureza, é um ser eminentemente social, não só pelo instinto sociável, mas também por força de sua inteligência, que lhe demonstra que é melhor viver em sociedade para atingir seus objetivos. [...]. O homem é essencialmente coexistência. Realmente o homem não é solidão dentro do mundo. Não apenas existe, mas coexiste. Isto é, vive, necessariamente, em companhia de outros homens. Para ele, viver é conviver; a sua existência só é possível dentro do contexto convivencial, e neste a existência torna-se compartilhada, a conduta de cada um interfere nas dos demais. Logo, vive e age em contato, em interação com outros homens” (DINIZ, 1999, p. 18-19).

⁹⁵ “Desde os prótons, elétrons e nêutrons até o ser humano, desde a vida do citoplasma até a vida do conhecimento sensível, desde a vida do conhecimento sensível até a vida da inteligência, essas escalas se estendem, a demonstrar que é tendência natural do ser humano julgar todas as coisas e conferir-lhes valor [...]. Diferentemente de outros animais, o ser humano tem consciência de suas imperfeições. Ele sabe que algo há que precisa ser atingido, para além do que ele é, em cada momento de sua história. Ele sabe que algo há de que ele necessita para seu perfazimento, para sua perfeição. Assim como, há um milhão de anos, a natureza fez surgir, entre os animais e na vizinhança dos símios, um ser dotado, desde sua origem, dos rudimentos da mentalidade humana, com aspirações que o transformaram em Homo Sapiens, a mesma natureza fez surgir, no seio da humanidade, o tipo humano que, pela progressão crescente de sua consciência, é conduzido por aspirações sempre mais altas [...]. Não nos esqueçamos, porém, de que, só ontem, há cerca de seis mil anos, o ser humano saiu da Idade da Pedra. Realmente, o mais privilegiado descendente dos antropóides levou um ou dois milhões de anos para inventar, no 4º milênio a. C., a roda e a charrua, o boi como animal de tração e a vela para os barcos. Só foi nesse milênio, também, que ele descobriu o cultivo da terra, a ordenha, a tosquia, a fiação, o

linha, parte do pressuposto de que a dignidade possui “tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que ambas encontram-se conectadas” de tal sorte que é no “valor intrínseco da vida humana de todo e qualquer ser humano que se encontra a explicação para o fato de que mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la considerada e respeitada” (1998, p. 307-309). O autor reporta-se diretamente à doutrina de Immanuel Kant concernente a qual o ser humano não poderá jamais ser tratado como objeto, isto é, como mero instrumento para realização dos fins alheios, destacando, todavia, que tal postulado não exige que nunca se coloque alguém em situação de desvantagem em prol de outrem, mas sim, que as pessoas nunca poderão ser tratadas de tal forma que venha a negar a importância distintiva de suas próprias vidas⁹⁶. Immanuel Kant afirma expressamente que “o ser humano constitui um fim em si mesmo e não pode servir simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade” (*apud* SARLET, 2010a, p. 37-38). Nessa perspectiva parte-se do princípio de que o desempenho das funções sociais em geral encontra-se vinculado a uma recíproca sujeição, de tal sorte que a dignidade da pessoa humana, compreendida como vedação da instrumentalização humana, em princípio, proíbe a completa e egoística disponibilização do outro, no sentido de que se está a utilizar outra pessoa apenas como meio para alcançar determinada finalidade. Ingo Wolfgang Sarlet verifica que também nesta perspectiva,

“a dignidade da pessoa humana (independentemente, no nosso sentir, de aceitar, ou não, a tese da dignidade da vida não humana) há de ser compreendida como um conceito inclusivo, no sentido de que a sua aceitação não significa privilegiar a espécie humana acima de outras espécies, mas sim, aceitar que do reconhecimento da dignidade da pessoa humana resultam

arco, o cozimento e torneamento do barro, a fundição do cobre, a fabricação do bronze, a escrita.” (TELLES JUNIOR, 2003, p. 236, 251 e 255).

⁹⁶ Como “princípio da dignidade humana” entende-se a exigência enunciada por Immanuel Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: “age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente com um meio”. Esse imperativo estabelece que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, p. ex. um preço), mas intrínseco, ou seja, a dignidade. “O que tem preço pode ser substituído por alguma outra coisa equivalente, o que é superior a qualquer preço, e por isso não permite nenhuma equivalência, tem dignidade”. “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade [...]. Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois, só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto, moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade”. “De acordo com Immanuel Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço (*preis*) e a dignidade (*würden*). Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade” (ABBAGNANO, 2000, p. 276-277).

obrigações para com os outros seres e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção” (SARLET, 2010a, p. 41).

Maria Celina Bodin de Moraes observa que do substrato material da dignidade decorrem quatro princípios jurídicos fundamentais, nomeadamente os da igualdade que, em suma, veda toda e qualquer discriminação arbitrária e fundada nas qualidades das pessoas; da liberdade, que assegura a autonomia ética e, portanto, a capacidade para a liberdade pessoal; da integridade física e moral, que inclui a garantia de um conjunto de prestações materiais que asseguram uma vida com dignidade, e o da solidariedade, que diz com a garantia e promoção da coexistência humana, em suas diversas manifestações (2006, p. 105-147.). José Joaquim Gomes Canotilho, ao perguntar o que é ou que sentido tem uma República baseada na dignidade da pessoa humana, responde que se deve tomar em consideração o princípio material subjacente à idéia de dignidade da pessoa humana, ressaltando o princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis*, ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual (2003, p. 225). Esse mesmo autor acrescenta que perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano, como a inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, e genocídios étnicos, a dignidade da pessoa humana com base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República que é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais⁹⁷. Na intelecção de Eduardo Henrique Lopes Figueiredo:

Os indivíduos em sociedade são concebidos como atores, e a ação social, elevada a uma categoria compreensiva enriquecida, desempenha a concepção de movimento ou deslocamento no contexto de situações sociais. [...] Na verdade, o homem concreto precisa da sociedade para viver, embora isto não queira dizer que ele faça parte dela. Segue-se daí que a juridicidade das relações inter-humanas não é dedutível da natureza humana. O direito é visto, então, como uma estrutura que define os limites e as interações da sociedade (FIGUEIREDO, 2003, p. 140).

⁹⁷ “A dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à idéia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico. O exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como núcleo essencial da República significará assim, o contrário de ‘verdades’ ou ‘fixismos’ políticos, religiosos ou filosóficos. O republicanismo clássico exprime esta idéia através do princípio da não identificação e da neutralidade, pois a República só poderia conceber-se como ordem livre na medida em que não se identificasse com qualquer ‘tese’, ‘dogma’, ‘religião’ ou ‘verdade’ de compreensão do mundo e da vida. O republicanismo não pressupõe qualquer doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente” (grifos do original) (CANOTILHO, 2003, p. 225-256).

Carmem Lúcia Antunes Rocha lembra que se está à frente de um conceito em permanente progresso de construção e desenvolvimento e que há necessidade de se reconhecer que o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais (1999, p. 23-48). A dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles, assim os individuais como os políticos e os sociais. A transposição do princípio da dignidade da pessoa humana dos planos religioso e ético para o domínio do direito, não foi uma tarefa singela⁹⁸. Com efeito, “a dignidade encontra fundamento na circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, mas também radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana”, de tal forma que “por força de sua dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, existe em função da sua própria dignidade” (SARLET, 2010a, p.34). Contudo, Ingo Sarlet analisando a questão da eficácia dos direitos fundamentais como direitos a prestações, ou seja, direitos subjetivos como saúde, educação e assistência social, conclui que há certos limites principalmente com relação à reserva do possível⁹⁹. Dito de outra forma:

“Diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade de seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação. Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos” (SARLET, 2010b, p. 286).

⁹⁸ “Na primeira fase do cristianismo, quando este havia assumido a condição de religião oficial do Império, destaca-se o pensamento do Papa São Leão Magno, sustentando que os seres humanos possuem dignidade pelo fato de que Deus os criou à sua imagem e semelhança, e que, ao tornar-se homem, dignificou a natureza humana, além de revigorar a relação entre o Homem e Deus mediante a voluntária crucificação de Jesus Cristo. Logo depois, no período inicial da Idade Média, Anício Manlio Severino Boécio, cujo pensamento foi em parte retomado por São Tomás de Aquino, formulou, para a época, um novo conceito de pessoa e acabou por influenciar a noção contemporânea de dignidade da pessoa humana ao definir a pessoa como substância individual de natureza racional” (SARLET, 2010a, p. 34).

⁹⁹ A “reserva do possível” é tradução da expressão *Vorbehalt des Möglichen* cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha: “Os direitos a prestações (...) não são determinados previamente, mas sujeitos à reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão (TORRES, 2010, p. 74, nota 61).

O Estado “deve assegurar pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar as pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais” (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p. 20). Ana Paula de Barcelos afirma que “o chamado mínimo existencial”, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica, ou seja:

“o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça (...), esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, a *fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário” (*apud* TORRES, 2010, p. 70).

Não há que se considerar, no entanto, embora possa haver entendimento contrário, que esses direitos possam estar consubstanciados em normas constitucionais programáticas, segundo as quais há uma alta carga axiológica e uma baixa carga de concreção, porquanto não seria lícito ao Estado converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu indeclinável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental. J.J. Gomes Canotilho elucida essa questão sobre o sentido das normas programáticas ao afirmar que:

(...) pode e deve falar-se da “morte” das “normas constitucionais programáticas. (...) O sentido dessas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: “simples programas”, “exortações morais”, “declarações”, “sentenças políticas”, “aforismo políticos”, “promessas”, “apelos ao legislador”, “programas futuros”, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às “normas programáticas” é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico aos dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político. (...) Em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às “normas programáticas”, deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre “norma jurídica actual” e “norma programática” (...) todas as normas são actuais, isto é, têm uma força normativa independente do acto de transformação legislativa. Não há, pois, na constituição, “simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor” (Garcia de Enterría). (CANOTILHO, 2003, p. 1176-1177). (grifos do original).

Como acentua Ricardo Lobo Torres, “a proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas” (TORRES, 2010, p. 74). Todavia, segundo Ricardo Seibel de Freitas Lima, não se pode deixar de examinar nessa relação o binômio: “razoabilidade da pretensão individual deduzida em face do Poder Público e a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”¹⁰⁰ (LIMA, 2010, p. 250). Não é outra a opinião de Ingo Sarlet ao afirmar que:

(...) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende (...) da ponderação por parte do legislador (SARLET, 2010b, p. 287).

Nessa linha de entendimento em torno da cláusula da reserva do possível e da necessidade preservação, em favor dos indivíduos, da integridade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial, assim se manifestou o Supremo Tribunal Federal ao decidir a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n° 45:

(...) a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações

¹⁰⁰ (...) “a simples restrição orçamentária não autoriza o ente público a deixar de cumprir seu dever de prestação (...), nem pode o Estado simplesmente alegar a reserva do possível para se eximir de suas obrigações constitucionais na área social, situação que pode e deve ser examinada pelo Poder Judiciário, para verificação da efetiva impossibilidade de prestação. No entanto, a limitação de recursos públicos, especialmente em um País como o Brasil, é um fato a ser considerado, sendo utopia imaginar ou defender que o Estado possa conceder toda e qualquer prestação na área da saúde a toda e qualquer pessoa, situação que não existe em qualquer País do mundo, nem mesmo naqueles de melhor condição econômica (LIMA, 2010, p. 250).

constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04).

Ana Paula de Barcellos, ponderando o significado da reserva do possível¹⁰¹ e do mínimo existencial, ressalva:

“Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (BARCELLOS, 2002, p. 245-246).

O fato é que o orçamento público, bem como sua execução e controle, como uma das principais ferramentas de gestão e planejamento do Estado, está relacionado intrinsecamente com o princípio constitucional da eficiência. Para tanto, a Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁰² consagrou o princípio do planejamento, induzindo a Administração Pública à melhoria na qualidade dos gastos públicos, de forma responsável em

¹⁰¹ Segundo essa autora, “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico de limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. (...) significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir juridicamente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que sustenta – é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo”. (BARCELLOS, 2002, p. 236-237).

¹⁰² A Lei Complementar n° 101, de 4 de maio de 2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, estabelece normas delineadoras das metas da Administração Pública, definindo a responsabilidade da gestão fiscal do administrador público, proibindo a renúncia de receitas, o aumento irresponsável das despesas públicas precipuamente no que pertine àquelas efetuadas com pessoal. A Lei de Responsabilidade Fiscal impõem, assim, uma significativa e austera melhoria no controle das contas públicas destacando, sobremaneira, o comprometimento dos governantes com a elaboração de seus orçamentos programáticos e o cumprimento das metas fixadas, quando da operacionalização da atividade financeira estatal (ALVES, GOMES, AFFONSO, 2001, p. 1-2).

todas as esferas governamentais, voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Seus pilares são a valorização do processo de planejamento orçamentário e a transparência da aplicação dos recursos públicos. Nesse contexto, César Sabbag defende a participação popular na moldagem das escolhas financeiras, porquanto esta abertura “divide responsabilidades e impede que a cobrança sobre os desacertos da política orçamentária seja direcionada apenas ao Poder Executivo” (*apud* AMARAL, MELO, 2010, p. 93). A autonomia para o Executivo decidir unilateralmente sobre a oportunidade e conveniência da implementação dos direitos sociais cessou a partir do momento em que a Constituição de 1988 instituiu expressa ou implicitamente a tutela de tais direitos como deveres do Estado. Nesse sentido, afirmar que somente a Administração poderia aferir onde há interesse público, é negar a relevância da vontade popular. (*apud* AMARAL, MELO, 2010, p. 93)

Nesse contexto André Franco Matoro assinala que:

[...] não se trata, simplesmente, de receber passivamente os benefícios do progresso, mas de tomar parte nas decisões e no esforço para a sua realização. Em lugar de ser tratado como objeto das atenções paternalistas dos detentores do poder, o homem tem o direito de ser considerado pessoa consciente e responsável, capaz de ser sujeito e agente no processo do desenvolvimento (1995, p. 228).

Assim, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. Ronald Dworkin complementa afirmando que:

Em face da já referida contextualização histórico-cultural da dignidade da pessoa humana, é de perguntar-se até que ponto a dignidade não está acima das especificidades culturais reais, que, muitas vezes, justificam atos que, para a maior parte da humanidade, são considerados atentatórios à dignidade da pessoa humana, mas que, em certos quadrantes, são tidos por legítimos, encontrando-se profundamente enraizados na prática social e jurídica de determinadas comunidades. Em verdade, ainda que se pudesse ter o conceito de dignidade como universal, isto é, comum a todas as pessoas em todos os lugares, não haveria como evitar uma disparidade e até mesmo conflituosidade sempre que tivesse de avaliar se uma determinada conduta é, ou não, ofensiva

da dignidade. [...] Sustentar a existência de um direito das pessoas de não serem tratadas de forma indigna, refere que qualquer sociedade civilizada tem seus próprios padrões e convenções a respeito do que constitui essa indignidade, critérios que variam conforme o local e época (DWORKIN, 1998, p. 305).

Nesse passo vale ressaltar o voto do Ministro Eros Grau do STF no Agravo Regimental na Reclamação nº 3.034, referente à interpretação e aplicação do Direito:

“Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito – porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação – ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos menos leitores de seus textos – para o que nos bastaria a alfabetização – mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento. (STF, AG. RG. na Reclamação n. 3.034, Rel. Sepúlveda Pertence, julg. 21.09.06).

Não se pode perder de vista que o princípio da eficiência não deverá ser aplicado em detrimento dos direitos fundamentais. A noção de juridicidade, como representativa do novo perfil do princípio da legalidade, assim impõe. Indispensável, na coexistência entre eficiência e os demais princípios administrativos e direitos fundamentais, o manejo do princípio da proporcionalidade, para que, numa ponderação de valores, possa-se optar, no caso concreto, pelo valor constitucional mais satisfatório ao interesse público (NOBRE JÚNIOR, 2006, p. 158).

Assim, apresentado os valores da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico-constitucional brasileiro, dando seqüência à linha de pesquisa adotada para nortear este estudo, o capítulo seguinte é dedicado às questões que emergem em torno dos espaços: público e privado cada vez mais preenchidos pela idéia de um direito social patrocinado por um Estado que tem a função de zelar pelo bem-estar comum, defendendo-se, para tanto, a inserção de novos modelos de gestão administrativa descentralizada na busca da eficiência pelo resultado, com o necessário apoio das organizações públicas não-estatal.

CAPÍTULO 3 - OS ESPAÇOS: PÚBLICO E PRIVADO

Uma das grandes dicotomias sobre as quais se erigiu o pensamento político e social foi exatamente a distinção entre os espaços: público e privado que deram origem ao clássico desdobramento entre o Direito público e o Direito privado, cujos conceitos estão mergulhados na cultura, tendo variado no tempo e no espaço sendo extremamente móveis e instáveis. O que se observa, entretanto, é que essa distinção continua ainda extremamente arraigada no pensamento jurídico contemporâneo e se baseia numa visão que guarda resquícios do Estado absoluto, ao qualificar a relação entre cidadão e Estado como uma relação de subordinação afastando, conseqüentemente, a tendência contemporânea de estabelecer relações consensuais travadas entre a Administração Pública e os administrados na via inversa do princípio constitucional da eficiência (SARMENTO, 2010, p. 29; 32). No Estado democrático de Direito brasileiro, inaugurado a partir da Constituição de 1988, a delimitação entre o direito público e o direito privado deixa de ser ontológica para assumir uma mera feição didático-pedagógica. Os espaços: público e privado ficam cada vez mais preenchidos pela idéia de um direito social patrocinado por um Estado que tem a função de zelar pelo bem-estar comum, ficando cada vez mais difícil a delimitação das fronteiras entre o público e o privado. A ponderação exsurge como o melhor caminho para compatibilizar os interesses públicos e privados envolvidos sem que um prevaleça, como regra, em detrimento do outro. O Estado constitucional brasileiro vem cada vez mais direcionando suas diretrizes no sentido de compatibilizar as esferas do público e do privado com a formulação de políticas de regulação dos serviços públicos estimulando o desenvolvimento, universalização e a modernização a fim de garantir a eficiência na sua prestação. Portanto, a perspectiva dicotômica da distinção entre direito público e direito privado vem sendo superada com a percepção de que o público não se confunde com o estatal¹⁰³ cuja constatação se manifesta em planos diversos como observa Luiz Roberto Barroso:

No domínio público, a democracia contemporânea assumiu uma feição deliberativa, em que as decisões dos órgãos estatais são freqüentemente produzidas em um ambiente de audiências e debates públicos, que incluem manifestações de diferentes seguimentos sociais e ampla utilização dos meios

¹⁰³ Jürgen Habermas asseve que as associações livres constituem os entrelaçamentos de uma rede de comunicação que surge do entroncamento de espaços públicos autônomos e que tais associações são especializadas na geração e programação de convicções práticas, ou seja, em descobrir temas de relevância para o conjunto da sociedade, em contribuir com possíveis soluções para os problemas, em interpretar valores, produzir bons fundamentos, desqualificar outros (*apud* BARROSO, 2009, p. 62).

de comunicação de massa. O jogo democrático já não é jogado apenas em uma data fixa – a dos pleitos eleitorais –, nem se limita à formação de uma vontade majoritária que reinará absoluta por prazo certo. Ao contrário, a legitimidade do poder depende da participação social permanente, produzindo uma esfera pública informal, na qual governantes e governados estabelecem um diálogo permanente acerca da condução dos negócios públicos. Assim, a organização dicotômica clássica “público-privado”, agrega-se um novo importante elemento: a esfera pública não estatal (BARROSO, 2009, p. 61-62). (grifos do original).

Neste contexto, as fronteiras entre as categorias: público e privado estão cada vez mais nebulosas se tornando uma relação altamente complexa diante da emergência de uma nova concepção de espaço público, não mais associada necessariamente à atividade estatal¹⁰⁴.

3.1 A Dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado

Conforme Anacleto de Oliveira Faria, o direito tem por objeto a atividade humana social, ou seja, “visa disciplinar as relações entre os seres humanos” em seu convívio entre os pares, em sociedade (1980, p. 13). Tais relações sociais podem dar-se de diversos modos; “entre particulares uns para com os outros, ou entre particulares e o Estado, ou ainda, de Estados (pessoas jurídicas de direito público) entre si”. Essa acepção conduz à divisão fundamental do direito: o direito privado para reger relações entre particulares; e o direito público para regular as relações em que haja a participação de um ente público (FARIA, 1980, p. 13). Assim, desses dois grandes ramos: direito público e direito privado, a ciência jurídica convive com vários segmentos. Dentre as diversas distinções da dogmática jurídica, a que contrapõe o direito público e o direito privado é a mais célebre pela sua importância histórica e porque ainda conserva uma parte do seu interesse e permanece sendo objeto de importantes polêmicas e discussões doutrinárias. Como lembra Maria João Estorninho, é preciso não esquecer o tipo de interesses subjacentes a uma qualificação jurídico-pública ou jurídico-privada de determinada atuação, pois a análise histórica mostra que a escolha entre

¹⁰⁴ No Estado liberal o público correspondia ao Estado e o privado a uma sociedade civil regida pelo mercado, considerada como o locus em que os indivíduos perseguiram egoisticamente seus interesses particulares, robustece-se agora um terceiro setor, que é o público, mas não estatal. Ele é composto por ONGs, associações de moradores, entidades de classe e outros movimentos sociais, que atuam em prol de interesses da coletividade, e agem aglutinando e canalizando para o sistema público demandas importantes, muitas vezes negligenciadas pelas instâncias representativas tradicionais (SARMENTO, 2010, p. 47).

qualificações privatísticas e publicísticas se baseia, em grande medida, em fundamentos meta-jurídicos e meta-técnicos (1999, p.140).

Fazendo-se um rápido apanhado histórico sobre a tradicional dicotomia entre direito público e direito privado, verifica-se que foi em Roma que tal distinção foi ensaiada. A doutrina indica que *Eneo Domitius Ulpianus* ou simplesmente *Ulpiano* (jurista romano que viveu entre 150 d.C. e 200 d.C.) foi quem se referiu pela primeira vez à distinção de direito público e direito privado, além de apontar a existência de duas perspectivas possíveis para o estudo do direito: modo de ser do Estado romano (normas sobre a organização política e religiosa do Estado) e interesses privados (SUNDFELD, 1992, p. 132). No entanto, os espaços “público” e “privado” já eram conhecidos pelos longínquos ancestrais. Em sua clássica obra “A Cidade Antiga”, Numa Denis Foustel de Coulanges (1830-1889) menciona que na Antiguidade clássica existia a *Agora*, nome dado às praças públicas da Grécia Antiga que serviam para reunir as pessoas para discutirem os assuntos ligados à vida da *Pólis*, a cidade grega da Antiguidade clássica; e a *Urbe*, um lugar onde os antigos romanos se reuniam para tomar as decisões de interesse da cidade, assim concebida a associação religiosa e política das famílias e das tribos romanas da Antiguidade clássica.

Sobre os espaços privados, Fustel de Coulanges conta que cada família antiga tinha um lar construído em volta do fogo sagrado e essa parte do solo se tornava propriedade privada da família. Essa família, por dever e por religião, ficava agrupada em torno do altar estabelecendo estrita relação entre a família e o solo fixando sua residência permanente, que jamais poderia ser abandonada a não ser quando obrigado por força superior. Como o lar, a família ocuparia sempre esse lugar sendo sua propriedade, não de um homem somente, mas de uma família, cujos diferentes membros deveriam um após os outros, nascer e morrer ali (COULANGES, 2006, p. 89). Apesar de os povos antigos gregos e romanos conhecerem a distinção dos espaços públicos e privados, foi apenas no Império Romano que a diferença entre direito público e privado foi idealizada. Foi quando *Ulpiano* afirmou que o direito privado é aquele destinado a reger as utilidades dos particulares e o direito público é aquele que corresponde ao Estado e seus interesses. Contudo, a distinção entre direito público e direito privado só veio a adquirir relevância e despertar o interesse geral depois do advento do Estado de Direito. A partir daí, muitas outras tentativas foram feitas¹⁰⁵ sendo que hoje em dia esta dicotomia não é mais sustentada com o mesmo rigor de outrora.

¹⁰⁵ “Até então, o direito privado evoluíra muito e constantemente, enquanto o direito público se mantinha como categoria de pouca relevância, seja porque este último flutuou demais, seja porque

Hannah Arendt fala sobre as esferas: público-privado, nos seguintes termos:

[...] “se é bem verdade que para o indivíduo, viver uma vida privada significa, antes de tudo, ser destituído de coisas essenciais à vida verdadeiramente humana, pois só na esfera pública, enquanto mundo comum podemos reunir-nos uns aos outros, também é verdade que a humana condição reclama a proteção daquilo que é íntimo, vale dizer, de um espaço onde não somos atingidos pelas exigências niveladoras do social e do conformismo inerente a toda a sociedade” (ARENDR, 2010, p. 12).

Na interpretação de Amauri Mascaro Nascimento a distinção entre o direito público e o direito privado sofre variações no tempo e no espaço porque é meramente ideológica. Explica que a distinção entre direito público e direito privado “surgiu por motivos meramente ideológicos de fortalecimento do Estado romano e de centralização política após uma fase anterior de direito positivo marcadamente privatístico e tribal” (1997, p. 177). Esclarece que no direito tribal, “a positivação da norma jurídica emanava do próprio chefe do grupo, o ancião ou o *pater*, que concentrava em suas mãos o poder religioso, econômico, jurídico e político”. Foi o Estado romano que separou a coisa privada (dos grupos sociais) da coisa pública (do Estado romano) e fomentou uma crescente elaboração jurídica no sentido de institucionalizar essa diferenciação na ordem do direito (NASCIMENTO, 1997, p. 176). No seu pensar, não se trata de algo essencial, posto que o direito existiria ainda que não existisse essa discriminação de setores, mas entende que seu valor não extrapola os limites do método de estudo acadêmico. Nestes termos, Amauri Mascaro Nascimento admite, com fundamento no pensamento de Hans Kelsen:

[...] o caráter ideológico do dualismo direito público e direito privado significando que, assim como o liberalismo pode representar a dissolução do direito público no direito privado, o socialismo também poderá ter o efeito de diluição do direito privado no direito público, como realmente acontece. Assim, a divisão do direito elaborada pelo Estado está de certo modo condicionada à organização do poder político, de cuja maior ou menor interferência resulta as conseqüentes setorizações (1997, p. 177).

Essa característica meramente ideológica da dicotomia entre direito público e direito privado é consente na doutrina e mesmo no campo das idéias. Ocorre, porém, que essa dicotomia, apesar de inserida na cultura jurídica e, portanto, reduzida pela perspectiva estrita que ela propicia, é de uso assistemático de forma que é inócua a busca de um único critério

encerrava pequeno arsenal de normas considerando que no período absolutista tudo se reduzia à regra de que o poder do Estado era ilimitado e devia ser acatado” (SUNDFELD, 1992, p. 132).

para, dentro da ciência jurídica, desvendar o significado de público e privado (SUNDFELD, 1992, p. 133-134). Para entender melhor esse dualismo, é necessário levar em consideração que em Portugal e, como conseqüência, no Brasil, houve grande atraso na chegada do Estado Liberal, permanecendo os traços do patrimonialismo o que contribuiu sobremaneira para a conservação do domínio territorial do rei, da igreja e da nobreza¹⁰⁶.

Hans Kelsen faz a distinção entre direito privado e público com base na sistematização do direito. Assim, a teoria tradicional designa como direito privado as normas que estipulam deveres e direitos entre pessoas privadas; e como direito público as normas que estipulam deveres e direitos entre os entes públicos e entre o Estado e pessoas privadas¹⁰⁷ (2005, p. 290). Vicente Paulo Francisco Ráo coloca como um dos mais árduos problemas da ciência jurídica contemporânea promover a distinção do direito objetivo em direito público e direito privado que, em síntese, define da seguinte forma:

Direito público é o conjunto sistemático de princípios e de normas que disciplinam a organização e a atividade política e jurisdicional do Estado e das entidades políticas ou administrativas por ele criadas, bem como suas relações, de igual caráter, mantidas com os indivíduos, regulando, ademais, os meios tendentes a assegurar a defesa da ordem jurídica, dentro da comunhão social. Já o direito privado é o conjunto sistemático de princípios e de normas que disciplinam as relações, desprovidas de natureza política ou jurisdicional, que os indivíduos mantêm entre si, ou com o Estado, ou com entidades por ele criadas para a realização de seus fins próprios (1997, p. 215-223).

¹⁰⁶ “O colonialismo português, que como o espanhol, foi produto de uma monarquia absoluta, legou-nos o ranço das relações políticas, econômicas e sociais de base patrimonialista, que predispõem à burocracia, ao paternalismo, à ineficiência e à corrupção. Os administradores designados ligavam-se ao monarca por laços de lealdade pessoal e por objetivos comuns de lucro, antes que por princípios de legitimidade e de dever funcional. A gestão da coisa pública tradicionalmente se deu em obediência a pressupostos privatistas e estamentais. Por trás das idas e vindas, do avanço e recuo, diafanamente encoberta, a herança maldita do patrimonialismo: o cargo público. O poder de nomear, de creditar-se favores, de cobrar do agente público antes o reconhecimento e a gratidão do que o dever funcional. A lealdade ao chefe, não ao Estado, muito menos ao povo. A autoridade, em vez de institucionalizar-se, personaliza-se. Em seguida, corrompe-se, nem sempre por dinheiro, mas pelo favor, devido ou buscado (o termo ‘patrimonialismo’ colocado pelo autor significa: ‘apropriação da coisa pública como se fosse uma possessão privada, passível de uso em benefício próprio ou dos amigos, ou ainda em detrimento dos inimigos. O agente público que se vale de sua posição ou do patrimônio estatal para obter vantagem, praticar ou cobrar favores e prejudicar terceiros, de forma personalista, viola o princípio republicano’)” (grifos do original) (BARROSO, 2009, p. 66).

¹⁰⁷ Segundo Hans Kelsen, essa definição, porém, não pretende excluir o Estado das relações jurídicas entre pessoas privadas. No direito privado, o Estado está realmente presente, mas está presente apenas como árbitro dos direitos e deveres que existem entre um de seus sujeitos e o outro. No direito público, o Estado não é apenas árbitro, mas também uma das partes interessadas. Os direitos e deveres com que ele lida dizem respeito ao próprio, por um lado, e aos seus sujeitos, por outro. O traço característico do direito público é essa união em uma personalidade dos atributos de juiz e de parte (2005, p. 290).

Marcello Caetano, depois de lembrar que os dois principais critérios utilizados para distinguir o público e o privado são principalmente o do interesse e o do sujeito da relação jurídica, afirma que:

[...] para nós, uma norma é de direito público quando diretamente protege um interesse público (considerando interesses públicos os que respeitam à existência, conservação e desenvolvimento da sociedade política) e só indiretamente beneficia (se beneficia) interesses privados (*apud* ESTORNINHO, 1999, p. 142-143).

Não existe consenso quando se trata da dicotomia entre direito público-privado, inclusive sobre sua existência. Porém, não se pode afirmar que os novos tempos provocaram a publicização do direito privado ou a privatização do direito público, nem mesmo que tais direitos foram substituídos por outra espécie qualquer. No entanto, é inegável que ocorreu certa atenuação das suas fronteiras. A distinção entre direito público e direito privado permanece problemática, apesar da evidente flexibilização quanto à rigidez originária.

3.2 Definição de Público e Privado no Sistema Jurídico Brasileiro

Como mencionado, o Brasil jamais se libertou de herança patrimonialista deixada pelos colonizadores. Tem vivido assim por décadas sob o signo da má definição do público e do privado sob a atávica apropriação do Estado e do espaço público pelo interesse privado dos seguimentos sociais dominantes¹⁰⁸. Do descobrimento ao início do terceiro milênio, o povo brasileiro vive uma história de opressão, insensibilidade e miséria¹⁰⁹. No Brasil, o modelo de Administração Pública implantado a reboque da colonização de exploração, somado ao

¹⁰⁸ Neste último sentido, é relevante trazer à tona a crítica feminina contra a dicotomia: público-privado, que teria se prestado para manter a falocracia – dominação do homem sobre a mulher – em espaços como o lar, mesmo depois do advento do voto feminino na esfera pública (SARMENTO, 2010, p. 49).

¹⁰⁹ “A Constituição Federal de 1824, primeiro esforço de institucionalização do novo país independente, pretendeu iniciar, apesar das vicissitudes que levaram à sua outorga, um Estado de direito, quiçá um protótipo de Estado Liberal. Mas foi apenas o primeiro capítulo de uma instabilidade cíclica, que marcou, inclusive e, sobretudo, a experiência republicana brasileira, jamais permitindo a consolidação do modelo liberal e tampouco de um Estado verdadeiramente social. De visível mesmo, a existência paralela e onipotente de um Estado corporativo, cartorial, financiador dos interesses da burguesia industrial, sucessora dos senhores de escravo e dos exportadores de café” (BARROSO, 2009, p. 67).

patrimonialismo da Coroa portuguesa que se tornou nota característica da cultura política brasileira, encontrou no figurino francês do direito administrativo material farto para se institucionalizar e legitimar¹¹⁰. Essa evidência foi sintetizada por Marçal Justen Filho da seguinte forma:

Ocorre que o instrumental teórico do direito administrativo se reporta ao século XIX. Assim se passa com os conceitos de Estado de Direito, princípio da legalidade, discricionariedade administrativa. [...]. A organização do aparato administrativo se modela nas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar. [...]. O conteúdo e as interpretações do direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do direito administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás (2005, p. 13).

Na ótica de Daniel Sarmento, “essa idéia de separação rígida entre o público é o privado, embora seja útil para compreensão de uma série de conceitos e institutos jurídicos e políticos surgidos no cenário norte-atlântico e depois importados para o país”, de certa forma:

“nunca correspondeu à realidade na experiência nacional. Muito pelo contrário, os grandes estudiosos da história e da alma brasileiras costumam apontar, como uma das características essenciais de nossa formação, a existência de uma arraigada confusão entre o público e o privado, caracterizada pela penetração na esfera estatal da lógica do patrimonialismo, na qual as relações de confiança, amizade e compadrio [...], quase sempre prevalecem sobre a ordenação impessoal dos interesses que deveria pautar a ação do governo e dos seus agentes. (SARMENTO, 2010, p. 38).

Vale lembrar, com Patrícia Ferreira Baptista, que o direito administrativo nasceu e se desenvolveu em um período marcado pela crença na completude das grandes codificações escritas, embora não exista, até hoje, uma única compilação geral de suas normas, caracterizadas, ao revés, por sua fragmentação e falta de organização sistemática (*apud* BINENBOJM, 2008b, p. 12). A institucionalização desse regime jurídico-administrativo e sua surpreendente identidade com a estrutura de poder das monarquias absolutista revelam o

¹¹⁰ Nos Estados Unidos, diferentemente do Brasil, o direito administrativo só veio a ser reconhecido como disciplina autônoma no século XX. (...) “a certidão de nascimento do direito administrativo foi a Lei 28 Pluviose do ano VIII, editada em 1800, nos albores da Revolução Francesa, organizando e limitando externamente a Administração Pública. Tal lei simbolizaria a superação da estrutura de poder do Antigo Regime fundada, não no direito, mas na vontade do soberano (*quod regi placuit lex est*). A mesma lei que organiza a estrutura da burocracia estatal e define suas funções operaria como instrumento de contenção do seu poder, agora subordinado à vontade heterônoma do Poder Legislativo” (BINENBOJM, 2010, p. 2).

quanto o direito administrativo, em seu nascedouro, era alheio a qualquer propósito garantístico¹¹¹. Sobre o assunto, Paulo Otero consignou “que só por manifesta ilusão de ótica ou equívoco se poderá vislumbrar um gênese garantística no direito administrativo: o direito administrativo nasce como direito da Administração Pública e não como direito dos administrados” (2001, p. 227). Textualmente, esta é a expressão utilizada por Prosper Weil para explicar o surgimento do direito administrativo:

“A própria existência de um direito administrativo é em alguma medida fruto de um milagre. O direito que rege a actividade dos particulares é imposto a estes de fora e o respeito pelos direitos e obrigações que ele comporta encontra-se colocado sob a autoridade e a sanção de um poder exterior e superior: o do Estado. Mas causa admiração que o próprio Estado se considere ligado (vinculado) pelo direito. (...) Não esqueçamos, aliás, as lições da história: a conquista do Estado pelo direito é relativamente recente e não está ainda terminada por toda a parte. (...) Fruto de um milagre, o direito administrativo só subsiste, de resto, por um prodígio a cada dia renovado. (...) Para que o milagre se realize e se prolongue devem ser preenchidas diversas condições que dependem da forma do Estado, do prestígio do direito e dos juizes, do espírito do tempo” (WEIL, 1977, P. 7-10).

Trata-se, na verdade, de uma teoria elaborada com vistas à preservação de uma lógica de autoridade, como ocorre com a utilização de alguns institutos como: a discricionariedade administrativa e a sua conseqüente subtração automática à apreciação dos órgãos de controle; o poder de polícia e o seu desenvolvimento teórico sem qualquer referência ao regime constitucional dos direitos fundamentais; e o serviço público, construído a partir de critérios que tinham em vista o interesse do Estado, personificador da sociedade e não dos interesses constitucionalizados dos cidadãos¹¹². Nesse contexto, Gustavo Binbenojm ressalta que as categorias básicas do direito administrativo, como discricionariedade e sua insindicabilidade perante os órgãos contenciosos, a supremacia do interesse público e as prerrogativas jurídicas da Administração Pública, foram criadas pelo Estado em proveito próprio que, na melhor tradição absolutista, além de propriamente administrar, os donos do poder criam o direito que lhes é aplicável e os aplicam às situações litigiosas com caráter de

¹¹¹ “Ao contrário, seu intuito primeiro foi o de diminuir as garantias que os cidadãos dispunham caso pudessem submeter o controle da atividade administrativa a um poder equidistante, independente e imparcial - o Poder Judiciário. Nenhum cunho garantístico dos direitos individuais se pode esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas jurídicas e julga soberanamente seus litígios com os administrados” (BINENBOJM, 2008b, p. 12-13).

¹¹² “Os esquemas tradicionais mencionados dos quais se move o ineficiente aparelho burocrático do Estado, em grande parte, é devido ao baixo grau de racionalidade do regime jurídico administrativo” (BINENBOJM, 2008b, p. 3).

definitividade (2008b, p. 15). Nessa mesma direção foi o voto da Ministra Eliana Calmon, Relatora do Recurso Especial nº 429.570/GO, ao se referir aos novos paradigmas da administração, mormente à (re)interpretação do princípio da legalidade e ao mérito do ato administrativo, cujo trecho merece destaque:

“O primeiro aspecto a considerar diz respeito à atuação do Poder Judiciário, em relação à Administração. No passado, estava o Judiciário atrelado ao princípio da legalidade, expressão maior do Estado de direito, entendendo-se como tal a submissão de todos os poderes à lei. A visão exacerbada e literal do princípio transformou o Legislativo em um super poder, com supremacia absoluta, fazendo-o bom parceiro do Executivo, que dele merecia conteúdo normativo abrangente e vazio de comando, deixando-se por conta da Administração o *facere* ou *non facere*, ao que se chamou de mérito administrativo, longe do alcance do Judiciário. A partir da última década do Século XX, o Brasil, com grande atraso, promoveu a sua revisão crítica do Direito, que consistiu em retirar do Legislador a supremacia de super poder, ao dar nova interpretação ao princípio da legalidade. Em verdade, é inconcebível que se submeta a Administração, de forma absoluta e total, à lei. Muitas vezes, o vínculo de legalidade significa só a atribuição de competência, deixando zonas de ampla liberdade ao administrador, com o cuidado de não fomentar o arbítrio. Para tanto, deu-se ao Poder Judiciário maior atribuição para imiscuir-se no âmago do ato administrativo, a fim de, mesmo nesse íntimo campo, exercer o juízo de legalidade, coibindo abusos ou vulneração aos princípios constitucionais, na dimensão globalizada do orçamento. A tendência, portanto, é a de manter fiscalizado o espaço livre de entendimento da Administração, espaço este gerado pela discricionariedade, chamado de "Cavalo de Tróia" pelo alemão Huber, transcrito em "Direito Administrativo em Evolução", de Odete Medauar. Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle. E, diga-se, porque pertinente, não apenas o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública” (STJ, REsp 429570/GO).

Corroborando esse mesmo entendimento Marçal Justen Filho assevera que:

A supremacia da Constituição não pode ser mero elemento do discurso político. Deve constituir o núcleo concreto e real das atividades administrativas por meio de soluções opacas e destituídas de transparência, tais como discricionariedade administrativa, conveniência e oportunidade e interesse público. Essas fórmulas não devem ser definitivamente suprimidas, mas sua extensão e importância têm de ser restringidas à dimensão constitucional e democrática (2005, p. 14).

Exemplo dessas fórmulas magistrais muito utilizadas ainda é a afirmação de Hely Lopes Meirelles segundo a qual “na Administração Pública não há liberdade nem vontade

peçoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza” (1994, p. 82-83). Esta descrição romântica do fenômeno de surgimento do direito administrativo é acolhida por Caio Tácito:

O episódio central da história administrativa do século XIX é a subordinação do Estado ao regime da legalidade. A lei como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como sobre as autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vedação legal. O Poder Executivo opera dentro dos limites traçados pelo Legislativo, sob a vigilância do Poder Judiciário (1997, p. 2).

Quanto a princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares, a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello é clássica:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados (1999, p. 60).

Gustavo Binimbojm (2008a, p. 63) comenta, no entanto, que “tal história seria esclarecedora, e até mesmo louvável, se não fosse falsa, posto que, descendo-se da superfície dos exemplos genéricos às profundezas dos detalhes, verifica-se que a história da origem e do desenvolvimento do direito administrativo é bem outra”. Observa com clareza que a noção de um princípio jurídico que preconize a prevalência *a priori* de interesse da coletividade sobre os interesses individuais revela-se absolutamente incompatível com a idéia da Constituição como sistema aberto de princípios, articulados, não por uma lógica hierárquica estática, mas sim por uma lógica de ponderação proporcional, necessariamente contextualizada, que demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (2008b, p. 30). Trata-se de um dogma sintetizado por Umberto Allegretti segundo o qual “o interesse público é um interesse próprio da pessoa estatal, externo e contraposto aos dos cidadãos” (*apud* Binimbojm, 2010, p. 6). Assim, o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento deste raciocínio é o postulado da proporcionalidade (BINENBOJIM, 2008a, p. 9).

Mas essa crise da vetusta dicotomia entre direito público e direito privado é atenuada na medida em que a Constituição Federal de 1988 assumiu um novo papel no cenário jurídico com o reconhecimento de sua força normativa conforme visto. Outra mudança muito importante no cenário jurídico do neoconstitucionalismo consiste na alteração do significado de determinada norma constitucional, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e sem a necessidade de alteração de seu texto. Trata-se da mutação constitucional. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular¹¹³. Discorrendo sobre o tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 95) comenta que:

[...] “a expressão ‘mutações’, que se tem utilizado para caracterizar as mudanças por que está passando o Estado e o direito, vem emprestada das Ciências da Natureza para descrever, à semelhança do que ocorre com as transformações naturais dos seres vivos, como se estão processando as transformações institucionais contemporâneas, sob o acicute da intensidade e da celeridade dos acontecimentos que marcaram a segunda metade do século XX” (2008, p. 95). (grifo do original).

O autor destaca que a palavra-chave introduzida no Estado em mutação é a “eficiência” como um complexo de resultados em benefício da sociedade que consiste em produzir bens e serviços de melhor qualidade o mais rápido, na maior quantidade possível e com menores custos para a sociedade, para efetivamente atender suas necessidades cada vez mais demandantes¹¹⁴ (2008, p. 103). Essa concepção de eficiência, segundo o autor, passa a

¹¹³ “As Constituições têm vocação de permanência. Idealmente, nelas têm abrigo as matérias que, por sua relevância e transcendência, devem ser preservadas da política ordinária. A constitucionalização retira determinadas decisões fundamentais do âmbito de disposições das maiorias eventuais. Nada obstante isso, as Constituições não são eternas nem pode ter a pretensão de ser imutáveis. Uma geração não pode submeter a outra aos seus desígnios. Os mortos não podem governar os vivos. Porque assim é, as Cartas Políticas prevêm mecanismos institucionais para sua própria alteração e adaptação a novas realidades. Isso não quer dizer que essa seja a única hipótese de mudança do conteúdo das normas constitucionais. Com efeito, a modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional, procedimento previsto na própria Constituição. Já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais” (BARROSO, 2009, p. 122-123).

¹¹⁴ O autor sustenta que “a atual globalização, que se propaga desde o último quartel do século vinte não é só mais ampla e diversificada como, sobretudo, é mais profunda, pois se apresenta como uma

ser vital para todas as nações, embora com diferentes focos e graus, consentâneos com o processo de globalização¹¹⁵ em curso, e erigida a um imperativo não só de desenvolvimento como de sobrevivência, porquanto se trata de atender as instâncias de um mundo em que as demandas não podem deixar de ser satisfeitas a contento, seja pelas instituições públicas, seja pelas instituições privadas. Com efeito, as pessoas de todas as latitudes querem ter seus interesses satisfeitos, pouco importando quem o faça ou deles se ocupe: se uma entidade pública, privada, local, regional, nacional, multi ou metanacional. Em uma palavra: o que realmente importa é a eficiência, aferida pelo resultado (MOREIRA NETO, 2008, p. 104). Dito de outra forma:

O nacionalismo, com sua configuração moderna, deixa de ser a velha idéia-força, aspiração ou mito capaz de compensar a pobreza, o sacrifício e o subdesenvolvimento, para voltar a ser uma simples referência sociológica, entre outras, já que não é mais suficientemente forte para justificar falhas e omissões, mesmo aquela habitual, tão conhecida e passivamente tolerada ineficiência estatal, que, muito embora sempre criticada, acabou sendo absorvida em culturas ocidentais, como as latinas, impregnadas por uma forte relação de subordinação do privado ao público, remanescente do conceito absolutista da supremacia realenga, que adentrou o Estado-Nação contemporâneo disfarçadamente travestida no direito moderno como o perigoso postulado da supremacia de um interesse público que, deveria ser, paradoxalmente, ditado pelo próprio Estado (MOREIRA NETO, 2008, p. 104).

conseqüência inevitável da Revolução das Comunicações, gerando um intenso movimento que tem promovido mudanças radicais nas características da civilização dominante no planeta e, por isso, parece estar vindo sob o signo da permanência. Sob seu influxo, de seus novos meios e de novas mensagens, o mundo vai encolhendo e os indivíduos, os grupos, a sociedade e os Estados ficando cada vez mais próximos e interagentes, integrados pelo desenvolvimento científico e tecnológico que, notadamente nos últimos cem anos, disseminou ecumenicamente o conhecimento e possibilitou a eclosão dessa nova etapa civilizatória de que desfrutamos [...]. Os desdobramentos sociais desse fenômeno explodem, complexos e vertiginosos: as populações passam, sucessivamente, a ter amplo acesso ao conhecimento, e, porque o conhecimento as muda irreversivelmente, a tomar consciência de seus interesses, a reivindicar participação e, como decorrência, a se organizar cada vez mais e a exigir, no final desta cadeia causal, eficiência dos governos no atendimento de suas necessidades” (MOREIRA NETO, 2008, p. 100).

¹¹⁵ No mesmo diapasão, o processo de globalização econômica, impulsionado pelos exponenciais avanços tecnológicos no campo das comunicações e informática, não só encurtou distâncias e diluiu fronteiras como também fragilizou o Estado, que tem cada vez menor capacidade para condicionar soberanamente a atuação das forças de seu território. Neste contexto, os poderes privados se fortalecem, sobretudo as grandes empresas transnacionais, que operam em todo o mundo muitas vezes fora do alcance das soberanias dos Estados nacionais, principalmente dos periféricos. Aliás, torna-se cada vez mais irreal a idéia de soberania, neste quadro em que os agentes econômicos se emancipam das amarras impostas pelos Estados. (SARMENTO, 2010, p. 42-43).

Vale observar, nesse contexto, que o interesse público, bem como a prestação de serviços públicos, não é monopólio do Estado, porquanto cabe ao Poder Público velar pela sua primazia do interesse geral, sendo que este também pode ser titularizado por entidades públicas não-estatais cujos objetivos refletem-se na execução de atividades meritorias e de alcance coletivo muitas vezes inserido no âmbito das políticas públicas, a cargo dos entes federados. Nesse sentido é a lição de Günther Teubner:

“Não gostaria de sugerir apenas a rejeição da separação entre setor público e privado como uma simplificação grosseira demais da atual estrutura social, mas também proporia o abandono de todas as idéias de uma fusão de aspectos públicos e privados. Ao invés disso, a simples dicotomia público/privado significa que as atividades da sociedade não podem mais ser analisadas com ajuda de uma única classificação binária; ao contrário, a atual fragmentação da sociedade numa multiplicidade de setores sociais exige uma multiplicidade de perspectivas de autodescrição. Analogamente, o singelo dualismo Estado/sociedade, refletido na divisão do direito em público e privado, deve ser substituído por uma pluralidade de setores sociais reproduzindo-se, por sua vez, no direito” (TEUBNER *apud* Mendes *in* STF, ADI 1923-5 MC, 2007).

E prossegue o mencionado autor agora tratando dos regimes de transferência de serviços públicos para entidades de direito privado:

“A própria onda de privatizações revela-se sob um aspecto completamente diferente, quando se abre mão da simples dicotomia público/privado em favor de uma policontextualidade mais sofisticada da sociedade, quando se reconhece que a autonomia privada única do indivíduo livre transforma-se nas diversas autonomias privadas de criações normativas espontâneas. Nesse sentido, privatização não se trata mais, como normalmente se entende, de redefinir a fronteira entre o agir público e o privado, mas de alterar a autonomia de esferas sociais parciais por meio da substituição de seus mecanismos de acoplamento estrutural com outros sistemas sociais. Não se trata mais simplesmente de um processo em que atividades genuinamente políticas, antes dirigidas aos interesses públicos, transformam-se em transações de mercado economicamente voltadas ao lucro. Antes, o que se altera pela privatização de atividades sociais autônomas - pesquisa, educação ou saúde, por exemplo -, que apresentam seus próprios princípios de racionalidade e normatividade, é o seu regime institucional. Em lugar de uma relação bipolar entre economia e política, deve-se apresentar a privatização como uma relação triangular entre esses dois setores e o de atividades sociais. Torna-se, assim, diretamente compreensível que a privatização leva, de fato, a uma impressionante liberação de todas as energias até então bloqueadas pelo antigo regime público. Paralelamente, no entanto, novos bloqueios desencadeados pelo novo regime tornam-se visíveis. Um antigo *mismatch*, um antigo desequilíbrio entre atividade e regime, é substituído por um novo *mismatch*” (Günther Teubner *apud* Gilmar Mendes *in* STF, ADI 1923-5 MC, 2007.).

Assim, o administrador público pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário porquanto o princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade, ou mais precisamente, em princípio da juridicidade (BARROSO, 2009, p. 375-376). Gustavo Binimbojm, nessa mesma linha, cita quatro paradigmas clássicos do direito administrativo que fizeram carreira no Brasil e que se encontra em crise atualmente:

a) o dito princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses privados, que serviria de fundamento e fator e de legitimação para todo o conjunto de privilégios de natureza material e processual que constituem o cerne do regime jurídico-administrativo; b) a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, traduzida numa suposta submissão total do agir administrativo à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo, o qual costuma ser sintetizado na negação formal de qualquer vontade autônoma aos órgãos administrativos, que só estariam autorizados a agir de acordo com o que a lei rigidamente prescrevesse ou facultasse; c) a intangibilidade do mérito administrativo que consiste na incontabilidade das escolhas discricionárias da Administração Pública, seja pelos órgãos do contencioso administrativo, seja pelo Poder Judiciário, seja pelos cidadãos, através de mecanismos de participação direta na gestão da máquina administrativa; e d) a idéia de um Poder Executivo unitário, fundada em relações de subordinação hierárquica - formal ou política, entre a burocracia e os órgãos de cúpula do governo (2008a, p. 5-6).

Para cada um desses vetustos paradigmas, Gustavo Binimbojm (2008a, p. 7) propõe novos modelos compatíveis com a nova dogmática jurídica. Assim tem-se que:

a) a Constituição, e não mais a lei, passa a atuar no cerne da vinculação administrativa à juridicidade; b) a definição do que é interesse público, e de sua proclamada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados; c) a discricionariedade¹¹⁶ deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vista à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa; d) a noção de um Poder Executivo unitário cede espaço a uma miríade de autoridades administrativas independentes, denominadas entre nós, à moda anglo-saxônica, agências reguladoras

¹¹⁶ Relativamente à discricionariedade, o autor ressalta que “com o incremento da incidência direta dos princípios constitucionais sobre a atividade administrativa e a entrada no Brasil da teoria dos conceitos indeterminados, abandona-se a tradicional dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, passando-se a um sistema de graus de vinculação à juridicidade” (BINENBOJM, 2008a, p. 7).

independentes¹¹⁷, que não se situa na linha hierárquica do Chefe do Executivo¹¹⁸.

Observa-se que o autor não nega o conceito de interesse público, mas apenas a existência de um princípio da supremacia do interesse público por ser um conceito jurídico indeterminado, só aferível pelos juízos de ponderação¹¹⁹ entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz das circunstâncias concretas, ou seja:

Um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia. Daí propor-se que é o postulado da proporcionalidade que, na verdade, explica como se define o que é o interesse público, em cada caso. O problema teórico verdadeiro não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer (BINENBOJM, 2008a, p. 9).

Daí é fácil constatar por que a idéia de uma prioridade absoluta do coletivo sobre o individual ou, melhor dizendo, do público sobre o privado, é incompatível com o Estado democrático de Direito. É que, de acordo com o imperativo categórico kantiano que considera cada pessoa como um fim em si mesmo, a noção de dignidade da pessoa humana não se compadece com a instrumentalização das individualidades em proveito de um suposto organismo superior¹²⁰. Ademais, o conteúdo constitucional serve também como fundamento para rejeitar a colisão entre interesses públicos e privados na medida em que ambos

¹¹⁷ As agências reguladoras serão analisadas oportunamente.

¹¹⁸ Segundo o autor, “a doutrina mais atualizada encontra-se dividida entre aqueles que defendem a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público e aqueles outros que advogam apenas a necessidade de sua reconstrução, mas que em ambos os casos os autores concordam em que, nos Estados democráticos e constitucionais, não há mais espaço para a defesa da prevalência *a priori* e descontextualizada dos interesses coletivos sobre os direitos individuais. [...]. Com efeito, uma norma que preconiza a supremacia *a priori* de um valor, princípio ou direito sobre outros não pode ser qualificada como princípio. Ao contrário, um princípio, por definição, é norma de textura aberta, cujo fim ou estado de coisas para o qual aponta deve ser sempre contextualizado e ponderado com outros princípios igualmente previstos no ordenamento jurídico. A prevalência apriorística e descontextualizada de um princípio constitui uma contradição em termos. Por outra via, a norma de supremacia pressupõe uma necessária dissociação entre o interesse público e os interesses privados, posto que, muitas vezes, a promoção do interesse público - entendido como conjunto de metas gerais da coletividade juridicamente consagradas consiste, justamente, na preservação de um direito individual, na maior medida possível” (BINENBOJM, 2008a, p. 6-8).

¹¹⁹ Vide STF, Intervenção Federal nº 2.257/SP, 2003, p. 00116.

¹²⁰ “Como instrumento de proteção e promoção dos direitos do homem, o Estado é que deve ser sempre o instrumento de emancipação moral e material dos indivíduos, condição de sua autonomia nas esferas pública e privada”, ou seja, “o Estado, como entidade jurídico-política, existe para viabilizar, de forma ordenada e racional, a persecução de projetos e objetivos próprios de cada indivíduo, independentemente das razões do Estado que a comunidade política possa invocar” (BINENBOJM, 2008b, p. 83).

encontram-se enraizados na Constituição de sorte a haver uma conexão estrutural entre eles e não essa efetiva contradição. Nas palavras de Humberto Bergmann Ávila:

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos na Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (por exemplo, o preâmbulo e direitos fundamentais) (1999, p. 111)¹²¹.

A emergência e a expansão do constitucionalismo inviabilizaram a subsistência do princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares atenuando inclusive a dicotomia entre o público e o privado, oferecendo em seu lugar o dever de ponderação proporcional como fator de legitimação do Estado democrático de direito e princípio reitor da atividade administrativa. Vale dizer, a Constituição Federal de 1988 é orientada sob o influxo do princípio da dignidade da pessoa humana do que deflui a necessidade de estabelecer-se a proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado frente aos interesses gerais da coletividade promovidos pelo Estado. Nesse contexto são as palavras de Ana Paula de Barcellos:

A opção da Constituição Federal de 1988 pela dignidade da pessoa humana é robustecida ainda pelo exame sistemático da própria Carta [...]. É que o constituinte, além de fixar a dignidade como um princípio central do Estado, juridicizando o valor humanista, disciplinou a matéria ao longo do texto através de um conjunto de outros princípios, subprincípios e regras, que procuram concretizá-lo e explicitar os efeitos que dele devem ser extraídos (*apud* BINENBOJM, 2008b, p. 96).

Na ótica de Patrícia Ferreira Baptista:

Da condição de súdito, de mero sujeito subordinado à Administração, o administrado foi levado à condição de cidadão. Essa nova posição do indivíduo, amparada no desenvolvimento do discurso dos direitos fundamentais, demandou a alteração do papel tradicional da Administração Pública. Direcionada para o respeito à dignidade da pessoa humana, a Administração, constitucionalizada, vê-se compelida a abandonar o modelo autoritário de gestão da coisa pública para se transformar em um centro de

¹²¹ Na opinião de Gustavo Binbenbojm, a “indissociabilidade” abordada pelo referido autor “entre os interesses públicos e privados merece maiores reflexões na medida em que ela decorre não apenas da existência de um ordenamento jurídico pautado por garantias e direitos individuais aos quais o Estado deve reverência e proteção, traduzindo a idéia de que a realização de interesses privados (reconhecidos pela Constituição como direitos fundamentais) quando em confronto com interesses públicos não constitui desvio de finalidade para a Administração, pois a promoção daqueles também constitui um fim público” (2008b, p. 97).

captação e ordenação dos múltiplos interesses existentes no substrato social (2003, p. 129-130).

Nesse mesmo sentido e direção, Clémerson Merlin Cléve, reconhecendo a primazia da dignidade da pessoa humana, assim se manifestou:

[...] o Estado é uma realidade instrumental [...]. Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando (2003, p. 388).

Em seu contraditório percurso histórico, conforme pontua Gustavo Binbenbojm (2008b, p. 72), “o direito administrativo erigiu institutos muito mais voltados à lógica da autoridade do que à lógica da liberdade”. Categorias administrativas básicas como “interesse público, poder de polícia e serviço público” foram elaboradas “sem qualquer consideração com os direitos fundamentais”, sendo que “só recentemente alguns publicistas brasileiros atentaram para a necessidade de redefinir tais categorias em deferência à supremacia da Constituição e à centralidade dos direitos fundamentais na ordem jurídica e na própria estrutura teleológica do Estado”. Por conseguinte, é preciso que “o próprio resultado da gestão administrativa”, na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “atenda as legítimas pretensões e necessidades dos administrados e o faça eficientemente” porquanto a “legitimidade deve estar também nos fins e não apenas nos procedimentos e os resultados só podem ser considerados suficientemente satisfatórios se atenderem eficientemente as finalidades constitucionalmente cometidas ao Estado”. Melhor explicando:

Como se pode observar legitimidade e eficiência não são apenas requisitos internos da ação administrativa, mas devem ser também aferidas em função da satisfação dos anseios, expectativas e necessidades dos administrados, constitucionalmente assegurados, pois esta é a principal razão de ser das Constituições: o serviço das pessoas. Em suma, está no resultado quiçá o paradigma contemporâneo mais significativo, pois, na prática é através dele que se pode lograr uma efetiva atuação do amplo sistema de controle posto constitucionalmente à disposição da cidadania: o controle administrativo, o controle de contas, o controle político, o controle social, o controle pela imprensa e, na cúpula, o controle jurisdicional (MOREIRA NETO, 2008, p. 30-31).

Na eficiência administrativa avulta a importância pela aplicação dos princípios constitucionais que levam determinados institutos de direito público para o direito privado

sendo que o fenômeno em questão não é nem de publicização¹²² de um, nem da privatização de outro, mas da constitucionalização de ambos. Daí observa-se que disso tudo resulta em uma diluição do rigor da dicotomia entre o direito público e o direito privado, produzindo áreas de confluência e fazendo com que a distinção passe a ser antes quantitativa do que qualitativa. Gustavo Tepedino, discorrendo sobre a distinção entre direito público e direito privado, assim se manifestou:

Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico, e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores (2004, p. 19).

Observa-se que as demandas sociais levaram à expansão do espaço público transformando-o em um ambiente de interesses transindividuais, ou seja, o espaço público não estatal em progressivo crescimento que logo passou a exigir uma disciplina jusadministrativa que, por isso, não mais se contém nem no direito privado, nem no direito público: um direito administrativo caracteristicamente pós-moderno.

Tornou-se, assim, necessário, na ótica de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 109-110), reinventar um direito administrativo disciplinador de interesses transindividuais juridicamente relevantes, apto a mobilizar todas as instituições que se proponham, oficialmente ou não, a concorrerem solidariamente para atendê-los: desde as organizações não governamentais, incluindo todas as executoras de atividades privadas de interesse geral, às estruturas administrativas convencionais. Dito de outra forma:

¹²² Vicente Paulo Francisco Ráo, invocando os conceitos de Charles de Montesquieu (1689-1755), consoante o qual não se devem regular segundo os princípios os princípios do direito público as coisas que dependem dos princípios do direito civil, assinala e repele a tendência moderna de se transformar o direito privado em direito público e lembra que, para designar a nova corrente de idéias criou-se o neologismo “publicização do direito”, que os políticos substituem por denominação outra, a tal de “socialização do direito”, como se o direito somente agora se revelasse uma ciência social. Prossegue explicando que “partidários menos ortodoxos desses conceitos, chegaram a propor uma terceira designação para as relações civis assim submetidas à intervenção do Estado: tais relações formariam um direito semi-público” (RÁO, 1997, p. 220-221). Em que pese às considerações desse consagrado autor, ousa-se manifestar nossa singela opinião para dissentir, posto que, com a constitucionalização do direito administrativo, a dicotomia entre direito público e direito privado restou superada como alhures mencionado.

“É neste sentido que se pode conceber um novo direito administrativo, sucintamente, como um direito disciplinador de interesses transindividuais: um direito do cidadão, entendido não apenas como uma referência ao Estado em que goze de direitos políticos convencionais, mas a qualquer Estado que se encontre, vivendo, trabalhando ou recreando-se, no gozo pleno dos direitos humanos fundamentais, que lhes são inatos, que lhe devem ser garantidos e proporcionados com eficiência (MOREIRA NETO, 2008, p. 109-110).

Com a evolução o direito administrativo vem se transformando em um direito comum voltado à realização de interesses fundamentais, não sendo mais entendido como um isolado ramo do direito público. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 102) comenta que essa mudança foi tão rápida e dramática que levou a conspícuos jusadministrativistas contemporâneos a radicalizar ainda mais esse conceito de transformação, tal como fez Sabino Cassese na edição de suas bases do direito administrativo, nos seguintes termos “o direito administrativo não é, em nenhum país, parte do direito público, consistindo, ao contrário, em uma combinação das normas e princípios privatísticos, sem uma (unitária) hierarquia entre as duas” (Sabino Cassese *apud* MOREIRA NETO, 2008, p. 102). Insustentáveis, portanto, os receios dos que imaginam que essas transformações no direito administrativo tenderão a condená-lo à redução e até mesmo ao desaparecimento, como tampouco a uma perda de importância relativa, ao contrário, todas elas não só ampliam além do tradicional espaço público estatal, adentrando o renovador público não-estatal (MOREIRA NETO, 2008, p. 102-103).

Carlos Antonio Morales afirma que à primeira vista parece haver convergência entre a tendência espontânea da sociedade em se auto-organizar para prestar os serviços sociais que lhe faltam e a proposta de publicização¹²³ que vem surgindo pelo lado do Estado e acrescenta que:

“Além de atacar o problema da precariedade dos serviços públicos, esta convergência traria benefícios adicionais para as questões específicas de cada lado. Para o Estado, representaria a possibilidade de equacionar o problema da crise de governança e a oportunidade de criar um ambiente competitivo na prestação de serviços públicos, afastando-se, dessa forma, da armadilha do monopólio. Para a sociedade civil organizada, seria a chance de avançar na participação política e no controle social.” (MORALES, 1998, p. 119).

Esse autor acrescenta ainda que a estratégia de publicização¹²⁴ das organizações estatais deriva da finalidade de executar atividades de interesse público que não são exclusivas de Estado, ou seja, órgãos estatais encarregados de prestar serviços sociais são

¹²³ Nesse contexto, o autor se refere à produção não-estatal de bens e serviços por entidades do terceiro setor (MORALES, 1998, p. 139, nota 10).

¹²⁴ Luis Carlos Bresser Pereira refere ao termo “publicização” como o processo de transformação de órgãos da área social do Estado em órgãos públicos, sem fins lucrativos, mas não estatais (1995, p. 1).

transformadas, por iniciativa governamental, em organizações públicas não-estatais, com o objetivo de reduzir o *déficit* público, avançar na administração pós-burocrática e fortalecer o controle social. Portanto, muito mais importante do que digladiar sobre a questão dos critérios diferenciadores entre direito público e direito privado, de promover discussões infundáveis sobre as diferenças, vantagens e desvantagens de um ou de outro na prestação de determinado serviço público, se deve ou não ser realizada por órgãos estatais ou por organizações públicas não-estatais, cuja utilidade ocorre apenas no campo científico-pedagógico, é desenvolver mecanismos para que os serviços públicos sejam prestados com eficiência porquanto, consoante alhures mencionado, as pessoas querem que seus interesses sejam satisfeitos “pouco importando quem será o prestador: se for uma entidade pública, privada, local, regional, nacional, multi ou metanacional. Em uma palavra: “o que realmente importa é a eficiência aferida pelo resultado” (MOREIRA NETO, 2008, p. 105).

Por tudo isto, nas palavras de Daniel Samento, que “o critério público-privado não é útil para a resolução de conflitos de interesses que se estabeleçam numa sociedade aberta e democrática”, seja pela “imprecisão e indeterminação intrínsecas aos respectivos conceitos, seja pelo reconhecimento de que ambas as dimensões da vida humana, pública e privada – se é que de apenas duas dimensões se pode falar – são igualmente importantes para a realização existencial da pessoa” (2010, p. 50). Dito de outra forma:

[...] “é a pessoa, e não o Estado, o ‘valor fonte’ do ordenamento jurídico, na feliz expressão de Miguel Reale. Não há por outro lado, dois ordenamentos distintos, correspondentes ao Direito Público e ao Direito Privado, mas uma única ordem jurídica, que tem no seu cimo uma Constituição, cujos princípios e valores devem informar a resolução dos conflitos surgidos em qualquer seara” (SARMENTO, 2010, p. 50) (grifos do original).

Portanto, a clivagem público-privado torna-se por demais singela para explicar o cenário atual, em que há múltiplos espaços da vida humana, pautados por lógicas diversas. Tais espaços, no dizer de Daniel Samento, (2010, p. 48) “não são separados de modo tão rígido e esquemático, penetrando-se e entrecruzando-se frequentemente”¹²⁵.

¹²⁵ Boaventura de Souza Santos propõe um novo “mapa estrutural das sociedades capitalistas”, composto não mais por apenas dois espaços – público e privado, mas por quatro: espaço doméstico, espaço da produção, espaço da cidadania e espaço mundial, cada um deles dotado de uma unidade de prática social, uma forma institucional, um mecanismo de poder, uma forma de Direito e um modo de racionalidade próprios (SANTOS, 2000, p. 124;127).

CAPÍTULO 4 - O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A Administração de resultado, conforme observa Alexandre Santos de Aragão, carrega consigo um dilema de difícil superação, sobretudo durante a passagem de um modelo de Administração autoritativa, unilateral, unitária, coercitiva e jurídico-formal, para uma Administração caracterizada pelo pluralismo, pela negociação, pelo caráter residual e subsidiário do emprego da autoridade. (2005, p. 107). Enrique Groisman, nesse sentido, verifica que:

[...] “a mera juridicidade da atuação estatal como elemento de legitimação se tornou insatisfatória a partir do momento em que começou também a ser exigida a obtenção de resultados. Não se considera mais suficiente que os governantes não violem a lei: exige-se deles a redução do desemprego, o crescimento econômico, o combate à pobreza, solução para os problemas de habitação e saúde. A discussão sempre se coloca em relação às quais são as políticas mais adequadas para atingir estes fins, mas não há dúvidas de que a lei deixou de ser apenas um meio para impedir a arbitrariedade para se converter em ponto de partida para uma série de atividades nas quais há uma maior margem de delegação e de discricionariedade e um crescente espaço para a técnica”. (*apud* ARAGÃO, 2005, p. 107).

Nesse momento da pesquisa as atenções voltam-se à análise do princípio constitucional da eficiência na Administração Pública no Estado Constitucional brasileiro para enfrentar a questão da sua concretização e defender a inserção de novos modelos de gestão administrativa, na busca da eficiência pelo resultado, com o necessário apoio das organizações públicas não-estatais.

4.1 O Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência, no geral, se traduz na articulação do “princípio da boa administração que visa alcançar o efeito que se deseja com base nos resultados que se espera obter ou, nas palavras de Roberto Dromi¹²⁶:

¹²⁶ A dimensão axiológica encontra na eficiência administrativa a congruência na proteção, na ação e no resultado das atividades administrativas que a tais fins confluem as seguintes ações: 1) realizar o

A eficiência e eficácia administrativa se traduzem no dever jurídico de satisfação concreta a uma situação subjetiva de requerer em forma de quantidade e qualidade e com os meios e recursos que resultam idôneos para a gestão. A sociedade aspira assegurar a eficiência ao acionar toda a organização administrativa compreendendo a consecução dos planos, a regulação das contratações e serviços, a descentralização por privatização, competência e desmonopolização, fiscalização, estabilização, conversão e consolidação na promoção e fomento transmissão tecnológica financeira. Isto leva a busca de uma administração racional do bem-estar geral, sem burocracias e sem estruturas excessivas e obsoletas (DROMI, 2009, p. 229). (tradução livre).

A eficiência¹²⁷ é definida como a capacidade de obter bons resultados, de ser eficaz. Já a eficácia é o agir com eficiência. Embora “eficiência” e “eficácia” sejam palavras consideradas como sinônimas, no âmbito científico, as duas expressões nem sempre possuem o mesmo conceito. (ABBAGNANO, 2000, p. 307). Antônio Carlos Cintra do Amaral (2002, p. 4), buscando subsídios na “ciência da administração”, que segundo consta tem melhor estudado o assunto se comparado com a ciência do direito, afirma que “a eficiência refere-se aos meios, enquanto a eficácia está relacionada com os resultados”. Idalberto Chiavenato esclarece que para a ciência da administração:

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. [...]. Contudo, nem sempre a eficácia e a eficiência andam de mãos dadas. Uma empresa pode ser eficiente em suas operações e pode não ser eficaz, ou vice-versa. Pode ser ineficiente em suas operações e, apesar disso, ser eficaz, muito embora a eficácia fosse bem melhor quando acompanhada da eficiência. Pode também não ser nem eficiente nem eficaz. O ideal seria uma empresa igualmente eficiente e eficaz (*apud* AMARAL, 2002, p. 4).

À luz da ciência da administração, Antônio Carlos Cintra do Amaral define o conceito jurídico de eficiência diferenciando-o de eficácia porquanto a eficiência faz

adequado diagnóstico das necessidades públicas, 2) cumprir os objetivos no espaço-temporal programado, 3) alcançar a finalidade pública, 4) obedecer o controle público, 5) satisfazer as necessidades públicas com custos razoáveis, 6) respeitar regras de celeridade e simplicidade, 7) atuar com economia processual e preservar a legalidade administrativa (DROMI, 2009, p. 229). (tradução livre).

¹²⁷ Eficiência, em sentido próprio, é a ação da causa eficiente. Mas hoje, em todas as línguas, esse termo é empregado com significado diferente, como correspondência ou adequação de um instrumento à sua função ou de uma pessoa à sua tarefa. Diz se também eficiência de uma organização para indicar a adequação de uma organização às suas funções, e, correspondentemente, fala-se da ineficiência (ABBAGNANO, 2000, p. 307).

referências aos meios e a eficácia aos resultados¹²⁸. Assim, uma instituição pública atuará com eficiência quando conseguir obter o máximo dos recursos disponíveis e será eficaz quando alcança os objetivos propostos (AMARAL, 2002, p. 4). Para Manuel Álvarez Rico, no entanto, não existe base suficiente para distinguir os conceitos de eficácia e eficiência, considerando ambos como sinônimos de capacidade de gestão. (*apud* MORENO, 2006, p. 2). A própria Constituição Federal de 1988¹²⁹, ao estabelecer que os Poderes do Estado manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com diversas finalidades, dentre elas a de “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”, obriga a sua diferenciação conceitual. Paulo Modesto menciona que o termo eficiência não é privativo de nenhuma ciência e afirma que:

[...] “é um termo da língua natural, apropriado pelo legislador em sua acepção comum ou com sentido técnico próprio. São os juristas, como agentes ativos no processo de construção do sentido dos signos jurídicos, os responsáveis diretos pela exploração do conteúdo jurídico desse princípio no contexto do ordenamento normativo nacional”¹³⁰ (2000, p. 110).

O princípio da eficiência pode ser percebido também como uma exigência inerente a toda atividade pública, ou seja, se entendemos a atividade de gestão pública como atividade necessariamente racional e instrumental voltada a servir ao público, na justa proporção das necessidades coletivas, tem de admitir como inadmissível juridicamente o comportamento administrativo negligente, contraprodutivo, ineficiente (MODESTO, 2000, p. 109). Mesmo na atividade inerente ao poder de polícia, mais recentemente denominada de administração ordenadora, não poderá dissorciar-se da eficiência, porquanto “a limitação de direitos e atividades não poderá ser tão intensa que elimine a essência da liberdade individual, devendo, ao invés, restringir-se ao estritamente necessário à garantia do bem-estar-geral”, nesses casos:

¹²⁸ Veja-se o seguinte exemplo: “ser eficiente é jogar futebol com arte, enquanto eficácia reside em ganhar a partida” (Idalberto Chiavenato *apud* AMARAL, 2002, p. 4).

¹²⁹ Constituição Federal, artigo 74, II.

¹³⁰ João Carlos Gonçalves Loureiro assere que o princípio da eficiência é percebido inclusive como uma decorrência da idéia de Justiça. No seu dizer: “um mínimo de eficiência é uma exigência que integra a idéia de Justiça” (*apud* MODESTO, 2000, p. 110).

A proporcionalidade, que governa tal competência administrativa, reclama a adoção de instrumentos eficientes para a restrição de direitos, evitando-se ações inadequadas e desnecessárias. O liame entre eficiência e o poder de polícia é bem destacado por Juliano Henrique da Cruz Cereijido, ao acentuar que a não observância daquela “nos atos coercitivos decorrentes do poder de polícia podem trazer agressão tão grande aos direitos e garantias fundamentais, especialmente aos valores da liberdade e da propriedade, os mais afetados pelo exercício de tal limitação administrativa” (NOBRE JÚNIOR, 2006, p. 148). (destaque do original).

O Princípio Constitucional da Eficiência insculpido no artigo 37, *caput* da CF, não legitima a aplicação cega de regras legais que leve a uma consecução ineficiente ou menos eficiente dos objetivos legais primários. As normas jurídicas “passam a ter o seu critério de validade aferido não apenas em virtude da higidez do seu procedimento criador, como da sua aptidão para atender aos objetivos da política pública, além da sua capacidade de resolver os males que esta pretende combater” (ARAGÃO, 2005, p. 108).

4.1.1 O Princípio da Eficiência no Arcabouço Jurídico Brasileiro

Existem algumas dúvidas quanto à origem do princípio da eficiência no arcabouço jurídico brasileiro. No entanto, de forma textual no sentido de que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de (...) eficiência”, somente ocorreu com a reforma promovida pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, que alterou a redação do *caput* do artigo 37. No âmbito infraconstitucional, a matéria já era tratada anteriormente pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que promoveu à época a reforma administrativa submetendo toda a atividade do Poder Executivo ao controle de resultado, fortalecendo o sistema de mérito e sujeitando a Administração Pública indireta à supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa – art. 13; 25, V, VII; 26, III, V. Somente após três décadas a matéria passou a ser expressamente prevista na Constituição Federal. Desde então “a Administração Pública passou, explicitamente, a ter o dever de ser eficiente” (AMARAL, 2002, p. 1). Não obstante, a aceitação da previsão expressa do princípio da eficiência no texto constitucional encontra resistência na doutrina conforme a visão de Lúcia Valle Figueiredo:

“É de se perquirir o que muda com a inclusão do princípio da eficiência, pois ao que se infere, com segurança, à Administração Pública sempre coube agir

com eficiência administrativa para seus cometimentos” (Figueiredo, 2001, p. 60)

A mesma opinião foi consignada por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao afirmar que:

“Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que bulitam o texto”. (*apud* França, 2007, p. 5).

O fato é que o princípio da eficiência, ao passar a ter previsão expressa na Constituição Federal reformada, tornou-se norma plenamente exigível e concretizável vinculando a Administração Pública, diferentemente do que ocorre com os princípios implícitos que necessita da apreensão doutrinária. Vladimir da Rocha França, esclarece:

“O princípio da eficiência vem expresso na Constituição Federal reformada. Quando um princípio jurídico é encontrado por disposição expressa no texto legal, constitui norma plenamente exigível e concretizável, vinculando imediatamente o agente público e o cidadão. No caso dos princípios implícitos no ordenamento jurídico, é preciso sua apreensão doutrinária e jurisprudencial, somente encontrando concretização viável quando indicado e imposto pela decisão judicial. (...) Para que a eficiência seja considerada princípio, é preciso que a sua violação baste para invalidar a conduta administrativa, sem a necessidade de regra. O princípio deve ser suficiente para eliminar o atentado ao seu conteúdo, pois, do contrário, não poderá ser enquadrado em tal categoria” (FRANÇA, 2007, p. 3-7).

Acrescenta ainda que:

“O princípio da eficiência administrativa têm bastante relevância quando se apura o respeito à ordem jurídica quando se está diante da discricionariedade administrativa (...) e no controle de proporcionalidade dos atos administrativos (...) para a aferição da presença dos requisitos de necessidade, adequação e razoabilidade (FRANÇA, 2007, p. 3-7).

Assim, a eficiência, quando interpretada em conjunto com os demais princípios jurídicos, em especial os da moralidade e o da proporcionalidade, pode orientar a aferição da juridicidade da ação administrativa no sentido de que seja dado pleno atendimento ou satisfação às necessidades a que visa suprir, em momento oportuno e de forma adequada

impondo aos agentes administrativos o cumprimento estrito do dever de boa administração¹³¹.
É o que se deduz dos Acórdãos a seguir colacionados:

Ementa: Administrativo. Mandado de Segurança. Ato Omissivo. Autorização. Execução de Serviços de Radiofusão Comunitária. 1. O exercício da atividade administrativa está submetido ao princípio da eficiência, nos termos do art. 37, caput, CF/88. 2. Configura-se ofensiva ao princípio da eficiência a conduta omissiva da autoridade competente, que deixa transcorrer longo lapso temporal sem processar pedido de autorização de funcionamento de rádio comunitária. 3. Ordem parcialmente concedida. A Administração Pública e, conseqüentemente, os seus agentes, desimportante o seu nível hierárquico, estão adstritos, por expressa disposição constitucional (art. 37, caput), à observância de determinados princípios, dentre os quais se destaca o princípio da eficiência, inserido no dispositivo em virtude da alteração procedida pela Emenda Constitucional n. 19/98. A atividade administrativa, dessa forma, deve desenvolver-se no sentido de dar pleno atendimento ou satisfação às necessidades a que visa suprir, em momento oportuno e de forma adequada. Impõe-se aos agentes administrativos, em outras palavras, o cumprimento estrito do 'dever de boa administração'. No caso em apreço, a eficiência da atividade administrativa implica, necessariamente, criteriosa análise dos processos de autorização de execução de serviços de radiodifusão comunitária conjugada com a observância de prazo razoável para a emanção do ato pretendido (autorização) [...]. (MS, 7762 - DF).

Ementa: Recurso Especial. Administrativo e Processual Civil. Art. 535 do CPC. Aposentadoria. Atraso na Concessão. Indenização. Princípios Constitucionais. Art. 49 da lei nº 9.784/99. 1. Não há que se falar em cerceamento de defesa ou omissão de pontos suscitados pelo recorrente [...] 2. Ao processo administrativo devem ser aplicados os princípios constitucionais insculpidos no artigo 37 da Carta Magna. 3. É dever da Administração Pública pautar seus atos pelos princípios constitucionais, notadamente pelo princípio da eficiência, que se concretiza também pelo cumprimento dos prazos legalmente determinados. 4. Não demonstrados óbices que justifiquem a demora na concessão da aposentadoria requerida pela servidora, restam feridos os princípios constitucionais elencados no artigo 37 Constituição da República. 5. Legítimo o pagamento de indenização, em razão

¹³¹ O Poder Judiciário não pode compelir a tomada de decisão que entende ser de maior grau de eficiência. Todos temos nossa ideologia, elemento imprescindível à qualquer ser humano. Mas o ordenamento jurídico rejeita qualquer relevância do que seja ideal para o juiz quando no exercício da função jurisdicional, haja vista o ordenamento jurídico não tolerar outra ideologia senão aquela compatível com os valores e fins constitucionalmente assentados. (...) É evidente que uma administração pública que atende os cânones da proporcionalidade e da moralidade está sendo juridicamente mais eficiente, havendo um controle jurisdicional de eficiência quanto às vias empregadas pela administração pública no caso concreto. Verifica-se, portanto, se a administração pública optou devidamente por vias lícitas. (...) A função do Poder Judiciário é esgotada pela comprovação de que as vias eleitas, bem como sua correlação com o interesse público no caso concreto, estão em conformidade com o regime jurídico administrativo. Não cabe ao juiz, verificando que o administrador atendeu aos padrões de legalidade, impessoalidade, proporcionalidade, isonomia, moralidade e publicidade, determinar-se a medida vai ser eficiente ou não, caso ainda não tenha sido concretizada. (FRANÇA, 2007, p. 12).

da injustificada demora na concessão da aposentadoria. 6. Recurso especial não provido. (STJ, REsp. 1.031.533 – MS).

Ementa: Recurso Especial Administrativo. Aposentadoria. Atraso na concessão. Indenização. Princípios Constitucionais. Art. 49 da lei nº 9.784/99. 1. Ao processo administrativo devem ser aplicados os princípios constitucionais insculpidos no artigo 37 da Carta Magna. 2. É dever da Administração Pública pautar seus atos dentro dos princípios constitucionais, notadamente pelo princípio da eficiência, que se concretiza também pelo cumprimento dos prazos legalmente determinados. 3. Não demonstrado óbices que justifiquem a demora na concessão da aposentadoria requerida pela servidora, restam feridos os princípios constitucionais elencados no artigo 37 da Carta Magna. 4. Legítimo o pagamento de indenização, em razão da injustificada demora na concessão da aposentadoria. 5. Recurso especial provido. (STJ. REsp.687947/MS).

Ementa: 1. Recurso Extraordinário. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. Recurso Extraordinário. Inadmissibilidade. Alegação de ofensa aos artigos 5º, inciso II e 37, da Constituição Federal de 1988. Ofensa constitucional indireta. Agravo regimental não provido. Alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência se dependentes de reexame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição. 3. Recurso de Agravo Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria [...] (STF, AI 565.223 AgR/SC, 2006, p. 00060).

Ementa: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Administrativo. Administração Pública. Servidor Público. Vencimentos. Proventos. Acumulação. A Administração Pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (artigo 37, da Constituição Federal de 1988). Outros também se evidenciam na carta política. Dentre eles, o princípio da eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público. Daí, a proibição de acumulação de cargos. As exceções se justificam. [...]. A eficiência não se esgota no exercício da atividade funcional. Alcança arco mais amplo para compreender também a eficiência para a carreira (STJ, RMS 5.590/DF, 1996. p. 20395).

Ementa: Administrativo. Rádio Comunitária. Processo Administrativo. Pedido de Autorização. Mora da Administração. Espera de cinco anos da Rádio. Razoabilidade. Inexistência. Vulneração ao artigo 535, II do código de processo civil. Ausência de ingerência do Poder Judiciário na seara do Poder Executivo. Recurso Especial conhecido pela alegativa de violação aos artigos 6º da lei 9612/98 e 9º, inciso II, do Decreto 2615/98 em face da ausência de prequestionamento dos demais artigos elencados pela Recorrente. Desprovimento. 1. Não existe afronta ao artigo 535, II do Código de Processo Civil [...] 2. Merece confirmação o acórdão que julga procedente pedido para que a União se abstenha de impedir o funcionamento provisório dos serviços

de radiodifusão [...] 3. A Lei 9.784/99 foi promulgada justamente para introduzir no nosso ordenamento jurídico o instituto da Mora Administrativa como forma de reprimir o arbítrio administrativo, pois não obstante a discricionariedade que reveste o ato da autorização, não se pode conceber que o cidadão fique sujeito à uma espera abusiva que não deve ser tolerada e que está sujeita, sim, ao controle do Judiciário a quem incumbe a preservação dos direitos, posto que visa a efetiva observância da lei em cada caso concreto. 4. "O Poder Concedente deve observar prazos razoáveis para instrução e conclusão dos processos de outorga de autorização para funcionamento, não podendo estes prolongar-se por tempo indeterminado", sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoabilidade. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido. STJ. REsp.531349/RS).

Há também que se considerar as normas que possam criar entraves à eficiência administrativa dificultando seu alcance ou burocratizando desmedidamente o serviço público. Ruy Samuie Espíndola argumenta:

(...) “leis que criem entraves à eficiência, que burocratizem desmedidamente o serviço público, desatendendo à racionalidade necessária à boa consecução do serviço, poderão ser invalidadas nas vias do controle de constitucionalidade, por inconstitucionalidade material, por malferimento ao princípio constitucional da eficiência” (*apud* NOBRE JÚNIOR, 2006, p. 140).

O princípio da eficiência pode ser percebido como exigência inerente a toda atividade pública de forma a orientar-se para alcançar resultado de interesse público no sentido de dar pleno atendimento ou satisfação às necessidades a que visa suprir, em momento oportuno e de forma adequada em cumprimento estrito do dever de boa administração. Paulo Modesto explica:

Se entendermos a atividade de gestão pública como atividade necessariamente racional e instrumental, voltada a servir ao público, na justa proporção das necessidades coletivas, temos de admitir como inadmissível juridicamente o comportamento administrativo negligente, contra-produtivo, ineficiente. Não se trata de uma extravagância retórica (200b, p. 6-7).

Ao definir o princípio da eficiência como “a exigência jurídica, imposta à Administração Pública e àqueles que lhe fazem às vezes”, ou que apenas “recebem recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhe forem confiadas por lei ou por ato ou contrato de direito público”, esse autor refere às dimensões do princípio da eficiência da seguinte forma:

Na primeira dimensão do princípio da eficiência insere-se a exigência de economicidade, igualmente positivada entre nós, sendo o desperdício a idéia oposta imediata. Trata-se aqui da eficiência como qualidade da ação administrativa que maximiza recursos na obtenção de resultados previstos. Na segunda dimensão, cuida-se da eficiência como qualidade da ação administrativa que obtém resultados satisfatórios ou excelentes, constituindo a obtenção de resultados inúteis ou insatisfatórios uma das formas de contravenção mais comum ao princípio¹³² (MODESTO, 2000, p. 113-114).

Percebido essas duas dimensões básicas, “o princípio da eficiência (...) pode ser equiparado ao princípio tradicional da boa administração”, ou seja, “na administração prestadora, constitutiva. Não basta ao administrador atuar de forma legal e neutra, é fundamental que atue com eficiência, com rendimento, maximizando recursos e produzindo resultados satisfatórios¹³³ (MODESTO, 2000, p. 113). Pode-se dizer que o princípio da eficiência, na forma como posto no ordenamento jurídico atual consiste em uma:

[...] exigência jurídica, imposta aos exercentes de função administrativa, ou simplesmente aos que manipulam recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização de finalidades públicas assinaladas por lei, ato ou contrato de direito público (MODESTO, 2000b, p. 10).

Nessa mesma esteira, Maria Sylvia Zanella Di Pietro revela que “o princípio da eficiência impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabe ao Estado alcançar” (2000, p. 73). O princípio da eficiência se concretiza por meio da desconcentração e da descentralização administrativa visando aproximar os decisores e os particulares. A pretensão desse princípio é dar maior racionalidade nas decisões da Administração Pública, além de possibilitar a obtenção de decisões ótimas, ou seja, “com os melhores resultados e com o menor grau de custos” (FONTES, 2003, p. 33). Na opinião de Luís Lingnau Silveira (1998, p. 18-19), “a Administração Pública deve aproximar os seus serviços da população, agindo por forma

¹³² A primeira face ou dimensão do princípio é enfatizada por diversas disposições constitucionais (em especial, o artigo 39, parágrafo 7º, e artigo 74, inciso II, da Constituição Federal de 1988). Enfatizam o segundo aspecto as disposições sobre “avaliação de resultado”, em especial o referido no artigo 37, parágrafo 3º “avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços” e a necessidade de lei para disciplinar a “representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública”. Vale, neste ponto, conferir também o prescrito nos artigos 41, parágrafo 3º e 41, parágrafo 1º, inciso III e 247 (MODESTO, 2000, p. 113-114).

¹³³ O autor refere que a obrigação de atuação eficiente, portanto, em termos simplificados, impõe: a) ação idônea (eficaz); b) ação econômica (otimizada); c) ação satisfatória (dotada de qualidade) (MODESTO, 2000, p. 113).

desburocratizada, para facilitar a rapidez, economia e eficiência da sua ação”. Como anota Lucio Iannotta:

“Administração de resultado – como Administração obrigada a assegurar com rapidez, eficiência, transparência e economicidade, bens e serviços à comunidade e às pessoas – tende, de um lado, a transformar a legalidade mais em uma obrigação de respeito a princípios do que de respeito a preceitos, e, por outro lado, a assumir parâmetros de avaliação de tipo informal e substancial ou até mesmo econômico-empresarial, expressos em termos de quantidade e qualidade dos bens e dos serviços assegurados, de tempestividade das prestações, de quantidade dos recursos empregados, de prejuízos causados a terceiros, de relação custos-benefícios” (apud ARAGÃO, 2005, p. 107).

No pensamento de Diogo Freitas do Amaral o princípio da eficiência:

[...] implica que a Administração Pública deve organizar-se de modo a possibilitar uma utilização racional dos meios ao seu dispor, simplificando tanto quanto possível as suas operações como o relacionamento com os particulares. É este um princípio que impõe um objectivo difícil de alcançar, e que obriga a uma renovação permanente das estruturas e dos métodos de funcionamento da Administração Pública, a fim de o respeitar (2001, p. 308)

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da eficiência na Administração Pública parece mais um enfeite, porém não pode ser concebido “senão na intimidade do princípio da legalidade” (1999, p. 104). Já Wilson J. Granjeiro diferencia as expressões “dever de eficiência” e “princípio da eficiência”, nos seguintes termos:

Concebe como dever de eficiência “aquele que impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional”. Com efeito, o dever de eficiência abrange a produtividade do exercente do cargo ou da função, como a perfeição do trabalho e sua adequação técnica aos fins. Destarte, “a verificação da eficiência atinge os aspectos quantitativos e qualitativos do serviço, para aquilatar seu rendimento efetivo, seu custo operacional e sua real utilidade para os administrados e para a Administração Pública” (GRANJEIRO, 2005, p. 17).

O princípio da eficiência é o mais moderno princípio de Administração Pública, sendo que “a eficiência consiste em realizar as atribuições de uma função pública com competência, presteza, perfeição e rendimento funcional, buscando, com isso, superar as expectativas do cidadão-cliente” (GRANJEIRO, 2005, p. 57). Lúcia Valle Figueiredo lembra que “a Administração Pública sempre teve o dever praticamente natural de agir com

eficiência, por isso é preciso perquirir o que de fato mudou com a inclusão textual da eficiência como princípio da Administração Pública”. Nas suas palavras:

Na verdade, no novo conceito instaurado de Administração Gerencial, de “cliente”, em lugar de administrado, o novo “clichê” produzido pelos reformadores, fazia-se importante, até para justificar perante o país as mudanças constitucionais pretendidas, trazer ao texto o princípio da eficiência (grifos do original) (2001, p. 63).

Para Diogenes Gasparini (2003, p. 20), o princípio da eficiência, conhecido entre os italianos como “dever de boa administração”, impõe à Administração Pública direta e indireta “a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade”. Significa que o desempenho das tarefas realizadas por entes públicos deve ser rápido e oferecido, sem procrastinação, de modo a “satisfazer os interesses dos administrados em particular e da coletividade em geral”.

4.1.2 Princípio da eficiência e a reforma do Estado

Uma das novidades inseridas no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, como visto, foi o princípio da eficiência que passa a ser de obediência obrigatória à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O processo de inserção do princípio da eficiência como princípio constitucional a ser atendido pela Administração Pública começou na década de noventa, com o “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”¹³⁴. A tarefa principal era reconstruir o Estado com a proposta de superar a crise em que se encontrava, especialmente no que concernia à forma de administrá-lo consoante um modelo rotulado como “burocrático tradicional”, que segundo Luis Carlos Bresser Pereira deveria:

[...] rever a estrutura do aparelho estatal e do seu pessoal, a partir de uma crítica não apenas das velhas práticas patrimonialistas ou clientelistas, mas também do modelo burocrático clássico, com o objetivo de tornar seus serviços mais baratos e de melhor qualidade. Em qualquer das três hipóteses reformar o Estado significa dar uma resposta positiva ao problema fundamental do último quartel deste século: a crise do Estado (1995, p. 1).

¹³⁴ O Plano Diretor da Reforma do Estado foi elaborado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, aprovado pela Câmara de Reforma do Estado em 21 de setembro de 1995, submetido e aprovado pelo Presidente da República (MARE, 1995).

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado¹³⁵ definiu novos objetivos e estabeleceu inovadoras diretrizes para a reforma da Administração Pública com o intuito de fortalecer o Estado a fim de torná-lo eficiente em sua ação reguladora no quadro de uma economia de mercado, bem como nos serviços básicos prestados pelo Estado. Estabeleceu como base o diagnóstico de crise do Estado (crise do modo de intervenção, dos modelos de Administração e de financiamento do setor público) e foi concebido levando-se em consideração o conjunto das mudanças estruturais da ordem econômica, política e social, necessárias à inserção competitiva do Brasil na nova ordem mundial decorrente da globalização. Nesse ponto são oportunas as palavras de Edilson Pereira Nobre Júnior sobre as necessidades impostas à Administração no sentido “de adequar-se, nas suas atuações, às exigências reclamadas pela modernidade, imprimindo-lhes um caráter de maior dinamicidade” (NOBRE JÚNIOR, 2006, p. 145).

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado foi idealizado com base na Declaração de Madri, aprovada em 14 de outubro de 1998, pelo Conselho Diretor do Centro Latino-Americano de Administração para o Desenvolvimento - CLAD, que é composto, atualmente, por vinte e cinco países membros dentre os quais o Brasil¹³⁶. Esse trabalho foi

¹³⁵ “É preciso distinguir a reforma do Estado da reforma do aparelho do Estado. A reforma do Estado é um projeto mais amplo que diz respeito às várias áreas do governo e, ainda, ao conjunto da sociedade brasileira, enquanto que a reforma do aparelho do Estado tem um escopo mais restrito: está orientada para tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania. Entende-se por aparelho do Estado a administração pública em sentido amplo, ou seja, a estrutura organizacional do Estado, em seus três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e três níveis (União, Estados-membros e Municípios). O aparelho do Estado é constituído pelo governo, isto é, pela cúpula dirigente nos Três Poderes, por um corpo de funcionários, e pela força militar. O Estado, por sua vez, é mais abrangente que o aparelho, porque compreende adicionalmente o sistema constitucional-legal, que regula a população nos limites de um território. O Estado é a organização burocrática que tem o monopólio da violência legal é o aparelho que tem o poder de legislar e tributar a população de um determinado território. A reforma do Estado deve ser entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento” (Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado - novembro de 1995).

¹³⁶ O Centro Latino-Americano de Administração para o Desenvolvimento - CLAD é um organismo público internacional, de caráter intergovernamental. Foi constituído em 1972 por iniciativa dos governos do México, Peru e Venezuela. Sua criação foi respaldada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução nº 2845 (XXVI), de 20 de dezembro de 1971, que trata da Administração Pública e desenvolvimento, com o ideal de estabelecer uma entidade regional que tem como base de sua atividade a modernização das administrações públicas, como fator estratégico do processo de desenvolvimento econômico e social. Sua missão é a de promover a análise e o intercâmbio de experiências e conhecimentos em torno da reforma do Estado e da modernização da Administração Pública, mediante a organização de reuniões internacionais especializadas, a publicação de obras, a prestação de serviços de documentação e informação, a realização de estudos e investigações e a execução de atividades de cooperação técnica entre seus países membros e provenientes de outras regiões. Por meio do Decreto-Lei nº 77, de 30 de novembro de 1989, o Senado Federal aprovou o texto do Acordo Constitutivo do Centro Latino-Americano de Administração para o

baseado, sobretudo, na modernização do serviço público e na desconcentração das atividades do Estado com a proposta de criação de agências autônomas e no fortalecimento das parcerias com o terceiro setor, posto que:

[...] “muitas reformas dependem da criação de novas instituições, de mudanças constitucionais ou de modificações profundas no sistema administrativo, afetando o *statu quo* de diversos grupos, alguns entrincheirados desde muitas décadas no aparato estatal. [...] Em resumo, a eficiência, a democratização do serviço público e a flexibilidade organizacional são ingredientes fundamentais para a modernização do setor público que o paradigma organizacional da administração pública burocrática não contempla. [...] Nas atividades exclusivas do Estado que permanecem a cargo do governo central, a administração deve ser baseada na desconcentração organizacional. Os órgãos centrais devem delegar a execução das funções para agências descentralizadas” (Declaração de Madri, 1998, p. 8). (tradução livre).

Além de enfatizar a atuação das agências, a Declaração de Madri priorizou o setor público não-estatal¹³⁷, ressaltando que sem essa parceria o Estado deverá enfrentar sérias dificuldades para melhorar a prestação dos serviços públicos, ou seja:

“[...] o Estado precisa aumentar sua capacidade de cooperação com a comunidade, o terceiro setor e o mercado. Sem isso, os governos terão dificuldades para melhorar a prestação dos serviços públicos. Assim, na associação com o mercado, surgem novos recursos, algo extremamente importante no atual momento de escassez, a associação com a comunidade, a participação ativa dos principais interessados na política, em parceria com o terceiro setor, gera um conhecimento especializado na atuação de grupos altamente motivados a resolver os problemas. Na realidade, a solução para os complexos problemas contemporâneos está no equilíbrio entre as diversas instituições: Estado, mercado e público não-estatal. Por estas razões,

Desenvolvimento - CLAD, concluído em Caracas em 30 de junho de 1972. O Acordo Constitutivo do Centro Latino-Americano de Administração para o Desenvolvimento entrou em vigor para o Brasil em 21 de agosto de 1990, e foi promulgado por meio do Decreto nº 5.020, de 19 de março de 2004, do Presidente da República. Já a “Declaração de Madri - Uma Nova Gestão Pública para a América Latina”, foi assinada no Congresso que ocorreu em outubro de 1998 na Espanha, pelos ministros da Administração Pública dos países-membros do Centro Latino-Americano de Administração para o Desenvolvimento (CLAD, 1995).

¹³⁷ A expressão “Organização Não-Governamental - ONG”, referida às entidades do terceiro setor, poderia ser considerada como sinônimo de “Organização Pública Não-Estatal - OPNE”. A Organização Pública Não-Estatal - OPNE seria apenas uma forma mais precisa de referir-se às entidades do terceiro setor sem fins lucrativos, na qual: a) não se confunde Estado com governo, e b) se enfatiza o caráter público, voltado para os interesses de todos, desse tipo de organização voluntária. Na prática, as Organizações Não-Governamentais - ONGs pretendem e são forma “mais moderna” de ação principalmente nas áreas de educação, da saúde, do meio ambiente e da assistência social, não incluindo nem pequenas instituições assistenciais, nem grandes fundações, as quais, todavia, são também Organizações Públicas Não-Estatais - OPNEs (PEREIRA, 1996, p. 270).

propomos aqui a adoção do conceito de Estado capaz de aglutinar as várias lógicas e sujeitos sociais para fazer frente aos graves problemas que afetam os países latino-americanos, particularmente na área social. Finalmente, o setor público não-estatal tem a grande vantagem de tornar mais democrático a prestação e a gestão dos serviços públicos”. (Declaração de Madri, 1998, p. 19). (tradução livre).

Preconiza ainda, como modelo para avaliação de uma Administração Pública baseada em resultados, o contrato de gestão, definido da seguinte forma:

“O denominado contrato de gestão tem como base metas quantitativas definidas *a priori*, e posteriormente avaliadas. O contrato de gestão deve também definir o que fazer após a avaliação, em termos de sanções, prêmios ou outras formas de corrigir os erros. Em suma, o contrato de gestão constitui um instrumento que permite tanto uma estimativa mais rigorosa da eficiência, eficácia e efetividade, como o aumento da transparência da administração pública, uma vez que a sociedade possa saber com antecedência quais são, de fato, os objetivos de cada órgão público, seus resultados e que poderia ser feito para corrigir o mau desempenho”. (Declaração de Madri, 1998, p.16). (tradução livre).

O Plano Diretor de Reforma do Estado partiu de premissas segundo as quais a Constituição Federal de 1988 burocratizou o aparelho estatal, isto é, a Administração Pública em sentido amplo, em seus três poderes e nas diversas esferas governamentais, promovendo um retrocesso sem precedentes. A partir das premissas: pressupostos teóricos - que relaciona, e do diagnóstico que faz da Administração Pública, o Plano Diretor definiu os objetivos e estratégias da reforma do aparelho do Estado, concebidas a partir das dimensões institucional, legal e cultural, bem como da própria gestão objetivando garantir maior capacidade de governar. As linhas mestras dessa reforma evidenciaram que uma das idéias básicas consistiu na substituição do modelo de Administração Pública atual, denominado “burocrático”, caracterizado pelo controle por processo, por um novo modelo, designado gerencial, com controles baseados nos resultados, o que pressupõe maior autonomia do administrador na aplicação de recursos humanos, materiais e financeiros em busca da eficiência da máquina administrativa. Todavia, em se tratando de responsabilização, observa Diogo de Figueiredo Moreira Neto que não é pacífica a aceitação de que a obrigação de atingir resultados qualificados pela legitimidade e pela eficiência, tanto nos meios quanto nos fins, que

efetivamente executem as diretrizes constitucionais, possa ser objeto de controle judicial¹³⁸. Entretanto, acrescenta que a própria Constituição de 1988 estabeleceu o fundamento necessário para a afirmação e aplicação em nosso país da doutrina denominada “administração de resultado” que confere uma base institucional da legalidade finalista, ou seja, por envolver também a legitimidade, uma base institucional da juridicidade finalística no direito público brasileiro¹³⁹ (2008, p. 129-130).

Lúcia Valle Figueiredo, discorrendo sobre o tema, aponta a possibilidade de, em tese, “imputar-se ao Poder Público uma eventual responsabilidade por dano decorrente do planejamento”, posto que a expectativa do resultado de uma política pública orienta e determina a ação privada (FIGUEIREDO, 2002. p. 190). Nessa linha, o inciso II, do artigo 74, da Constituição Federal de 1988, prevê que o Poder Público deve manter de forma integrada sistema de controle interno com a finalidade de avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial¹⁴⁰. Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

[...] “o controle, como função do Estado, exige, como o regime democrático, um grau de desenvolvimento da sociedade e dos agentes da Administração para alcançar seu escopo, evoluindo de forma permanente, como um ciclo de realimentação constante: democracia - controle – democracia”¹⁴¹ (1998, p. 24-25).

¹³⁸ “Tal questão é um desafio, talvez um dos maiores a serem arrostados pelo Direito Público neste século, que se apresenta à racionalização da vida organizada graças às possibilidades abertas pelo neoconstitucionalismo. A racionalização das atividades de governo, no caso, mais particularmente, as que se desdobram em ações administrativas de execução de políticas públicas, deve atender à idéia desenvolvida no neoconstitucionalismo de que os direitos fundamentais pendem de realização pelo Estado, como cumprimento, que se lhe é constitucionalmente imposto, das obrigações a seu cargo. Se assim se tem, assentado este dever constitucional, pode-se dele retirar duas conseqüências: primo, que a formulação de políticas públicas necessita ser entendida, sob aspecto jurídico, como uma garantia da efetivação dos direitos subjetivos dos administrados através de ação político-administrativa processualizada do Estado e, segundo, que é dever constitucional do Estado atingir efetivamente os resultados que concorram para o atendimento de seus cometimentos públicos” (MOREIRA NETO, 2008, p. 129-130).

¹³⁹ “Na realidade, essa promissora doutrina se vem consolidando dentro de uma nova concepção das próprias relações entre os cidadãos e a administração pública, como especificamente voltada à afirmação de seu dever funcional de proporcionar resultados concretos e materializados em uma boa e justa atribuição de bens e serviços às pessoas [...]” (MOREIRA NETO, 2008. p. 130).

¹⁴⁰ “Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...]; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”; [...] CF, art. 74.

¹⁴¹ “Foi sensível a essa questão que a Organização das Nações Unidas, quando consagrou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, erigindo, entre outros, dois direitos: ao desenvolvimento e a participar ativamente no processo de desenvolvimento. [...]. Se é o povo que mantém o Estado e, por

Esse autor, se referindo ao sistema de controle, aduz que o objetivo é “avaliar o andamento de programas e ações governamentais com foco nos resultados das ações permitindo identificar problemas que podem comprometer o alcance dos objetivos pretendidos pela administração pública”. No sistema convencional de controle, a fiscalização se concentrava principalmente na legalidade dos atos da gestão e na correta aplicação dos recursos públicos. Contudo, o sistema de controle moderno “deve ampliar seu foco para os benefícios concretos que as ações e programas trazem à população, principalmente sob os pontos de vista dos princípios constitucionais da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade” (1998, p. 25-26). Nesse sentido, o Plano Diretor de Reforma do Estado trouxe muitos avanços com a introdução de novos modelos de gerenciamento como as agências reguladoras, agências executivas, contrato de gestão, organização social e organização da sociedade civil de interesse público. Luis Carlos Bresser Pereira, ao analisar o caso das atividades não-exclusivas de Estado, propõe que a forma de propriedade dominante seja a pública não-estatal esclarecendo que:

“No capitalismo contemporâneo as formas de propriedade relevantes não são apenas duas, como geralmente se pensa, e como a divisão clássica do Direito entre Direito Público e Privado sugere - a propriedade privada e a pública -, mas são três: a) a propriedade privada, voltada para a realização de lucro (empresas) ou de consumo privado (famílias); b) a propriedade pública estatal; e c) a propriedade pública não-estatal. Com isto estou afirmando que o público não se confunde com o estatal. O espaço público é mais amplo do que o estatal, já que pode ser estatal ou não-estatal” (1996, p. 282).

Para esse autor:

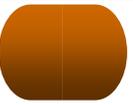
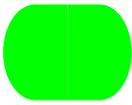
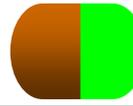
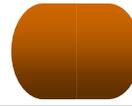
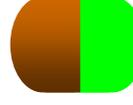
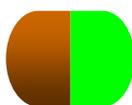
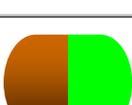
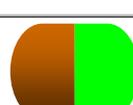
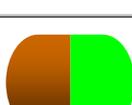
“o reconhecimento de um espaço público não-estatal tornou-se particularmente importante em um momento em que a crise do Estado aprofundou a dicotomia entre o direito público e o direito privado, levando muitos a imaginar que a única alternativa à propriedade estatal é a privada. A privatização seria uma opção interessante na medida em que a instituição possa gerar todas as suas receitas da venda de seus produtos e serviços, e o mercado tenha condições de assumir a coordenação de suas atividades, mas quando isto não ocorre o caminho se abre para o espaço público não-estatal. Por outro lado, no momento em que a crise do Estado exige o reexame das relações entre o Estado e a sociedade, o espaço público não-estatal pode ter um papel de intermediação ou pode facilitar o aparecimento de formas de controle social direto e de parceria, que abrem novas perspectivas para a democracia” (1996, p. 282-283).

meio dos seus legítimos representantes, define a aplicação dos recursos públicos, nada mais adequado do que lhe atribuir a titularidade do controle externo da administração pública” (FERNANDES, 1998, p. 24-25).

No setor dos serviços não-exclusivos de Estado, por exemplo, menciona que “a propriedade deverá ser em princípio pública não-estatal”, ou seja, “não deve ser estatal porque não envolve o uso do poder-de-Estado, e não deve ser privada porque pressupõe transferências do Estado. Deve ser pública para justificar os subsídios recebidos do Estado”, ou melhor, explicando:

“O fato de ser pública não-estatal (...) pressupõe a necessidade da atividade ser controlada de forma mista pelo mercado e pelo Estado. O controle do Estado, entretanto, será necessariamente antecedido e complementado pelo controle social direto, derivado do poder dos conselhos de administração constituídos pela sociedade. E o controle do mercado se materializará na cobrança dos serviços. Desta forma a sociedade estará permanentemente atestando a validade dos serviços prestados, ao mesmo tempo em que se estabelecerá um sistema de parceria ou de co-gestão entre o Estado e a sociedade civil” (1996, p. 283).

O quadro abaixo apresenta o comparativo das formas jurídico-institucionais a que se refere:

Formas jurídico-institucionais	Ad. Direta Autarquia Fund. Públ.	Fundação Estatal	Empresa Pública	Sociedade Anônima S/A	Organização Social OS	OSCIP
Propriedade						
Finalidade						
Governança (controle)						
Governança (participação público/privado)						
Regime Administrativo						



PÚBLICO



PRIVADO

É oportuno consignar que os serviços não exclusivos do Estado:

[...] “corresponde ao setor em que o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado, mas este se faz presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem “economias externas” relevantes, na medida em que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços pela via do mercado. São exemplos desse setor as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus. (...) Já as atividades exclusivas do Estado são aquelas em que somente o Estado pode realizar, ou seja, àquelas em que se exerce o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar” (MARE, 1997, p. 10).

Nesta nova fase de prestação dos serviços públicos, o Estado brasileiro deixa de ser um Estado executor que atuava na ordem econômica por meio de pessoas jurídicas a ele vinculadas (intervenção, monopólio) e passa a ser um Estado Regulador. O “Estado Regulador” é marcado pela redução da atuação direta do ente estatal no domínio econômico, através da transferência de titularidade de prestação de serviços do ente público para os particulares, o que foi consubstanciado no artigo 174, da Constituição Federal, ao estabelecer que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, deverá exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado¹⁴² (BARBOSA, 2000, p. 5). Vale observar um ponto de fundamental importância: a “retirada” do Estado significa abstenção de atuação direta da Administração Pública nas atividades econômicas, mas não implica desregulação da atividade econômica – entendida como auto-regulamentação das atividades pelos próprios particulares (CALIL, 2006, p. 123). Marçal Justen Filho explica:

[...] “o modelo regulatório possui algumas peculiaridades que podem ser da seguinte forma sintetizadas (a) há transferência para a iniciativa privada de atividades onde se exige alto grau de racionalidade econômica, com liberalização de atividades antes monopolizadas pelo Estado; (b) o Estado passa a valer-se somente do instrumental normativo para influenciar os particulares na atividade econômica com intervenção indireta. A atuação direta do Estado é proscribida e somente pode ser admitida em situações de grande excepcionalidade; (c) a relevância dos interesses coletivos envolvidos impede a prevalência da pura e simples busca do lucro, devendo haver intervenção no sentido de garantir a consecução de certos valores; e (d) institucionalização de mecanismos de disciplina permanente de atividade econômica privada” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 24).

¹⁴² Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. CF, artigo 174

Nesses termos, a intervenção regulatória caracteriza-se como um instrumento político fundamental. Deixando o Estado de ser o próprio provedor do bem ou serviço de relevância social, aumenta a necessidade regulatória na medida em que tem que passar a exercer algum tipo de controle sobre esta atividade, sob pena de estar descurando de controlar a produção de uma utilidade dotada de essencialidade e relevância. Isso significa, portanto, que a excepcionalidade da intervenção estatal direta no cenário econômico exige que as necessidades públicas sejam alcançadas pela atuação dos particulares, exigindo-se, em contrapartida, um controle muito mais intenso dessas atividades deixadas à iniciativa privada (CALIL, 2006, p. 124). Marçal Justen Filho complementa:

[...] “o Estado reduz sua atuação direta, em nome próprio, nos setores econômicos e de prestação de serviços. Deixa campo livre à iniciativa privada, incentivando o desenvolvimento do mercado. Mas, em contrapartida, o Estado impõe forte regulação sobre as atividades dos particulares. Essa regulação consiste em restrição à autonomia privada das escolhas acerca dos fins e dos meios [...] No modelo regulatório, o Estado cessa sua atuação direta e propicia ampliação da atividade privada. Mas o regime jurídico da atividade privada não é mais o mesmo. A liberdade anterior é restringida. Poderia dizer-se que os particulares são autorizados a atuar com maior amplitude quantitativa, mas com menor liberdade qualitativa. Os particulares tornam-se, em certa medida, instrumentos de realização dos fins públicos específicos. A regulação estatal se orienta a imprimir à atividade privada a realização de objetivos comparáveis e necessários ao bem comum. Enfim, surgem constrangimentos à atividade privada que não existiam no modelo anterior”. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 124).

A busca pela eficiência na administração da coisa pública tem norteado os programas, já que a sociedade deseja qualidade do resultado, independente da execução ser pública ou privada. Como o Estado não é capaz de realizar a prestação de todos os serviços públicos deve, portanto, estabelecer diretrizes e acompanhar como essas necessidades serão atendidas pelos agentes privados. Esse é o espírito da regulação que não se confunde com a formulação das políticas públicas. Marcos Juruena Villela Souto explica:

O mecanismo, em apertadíssima síntese, envolve o recebimento do poder político pela autoridade eleita, com as instruções de atendimento do interesse geral (mediante o acolhimento de um determinado programa político no processo eleitoral); o agente político formula a política pública que, para atender o interesse geral, deve ser executada com eficiência; aí entra a atividade regulatória, expedindo diretrizes para a eficiente implementação da política pública sufragada. Esse o limite da função regulatória, traduzindo em comandos técnicos a orientação normativa, executiva ou judicante, para a implementação de uma política pública. Não há, pois, discricionariedade

ampla na atuação dos agentes econômicos, mas mera integração técnica do comando legal (2002, p. 37).

Prossegue informando que:

Como instrumento de realização do princípio da eficiência, aqui entendido como a fixação de parâmetros objetivos, em cada caso concreto, para a implementação do interesse geral, a norma regulatória deve resultar de procedimento fundamentado na lei e em necessidades públicas, calcado em normas técnicas, com oitiva da sociedade e das corporações (sindicatos, conselhos profissionais, câmara de comércio, associações civis e entidades de classe) e concluído por uma ponderação motivada. Do contrário, a norma será inconstitucional por violar a legalidade, a legitimidade, a eficiência e a razoabilidade (SOUTO, 2002, p. 52).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, se reportando aos artigos 173 e 174, anota que a Constituição de 1988 adotou como elemento norteador da função administrativa na atividade econômica, o princípio da subsidiariedade, que traz em seu conceito duas idéias fundamentais:

a) de um lado, a de respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa idéia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em consequência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal; b) de outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos (DI PIETRO, 2007, p. 15).

Marcos Juruena Villela Souto acrescenta:

“O Estado Regulador decorreu de uma mudança na concepção do conteúdo do conceito de atividade administrativa, em função do princípio da subsidiariedade e da crise do Estado do Bem-Estar incapaz de produzir o bem de todos com qualidade e a custos que possam ser cobertos com o sacrifício da sociedade. Daí a descentralização de funções públicas para particulares” (2002, p. 31-32).

A proposta do Estado Regulador, em função do princípio da subsidiariedade, consiste na premissa segundo a qual as funções estatais devem ser limitadas à execução daquilo que é fundamentalmente essencial, transferindo aos particulares as atividades que por eles possam

ser desempenhadas, seja em regime de livre iniciativa ou de direito público, ambas as funções, contudo, subsidiariamente reguladas pelo Estado. Trata-se, conforme o jurista argentino Gaspar Arino Ortiz, da desestatização de funções que não satisfazem necessidades primordiais, operando-se uma transferência de execução pública para a privada, sem escapar da regulação estatal (*apud* SOUTO, 2002, p. 32-33). Neste contexto:

[...] o princípio da subsidiariedade aparece como princípio político de organização social, que discute a relação indivíduo, sociedade e poder público, de modo a responder à indagação sobre que tipo de tarefas competem ao Poder Público sem invadir a esfera de autonomia própria dos indivíduos e das organizações sociais intermédias. A tradução concreta da subsidiariedade vai variar no tempo e no espaço, porque cada sociedade tem sempre o poder de alterar a repartição de competências entre o público e o privado, conforme as necessidades contingentes, fazendo com que a noção de serviço público, como atividade que se desprende da esfera estritamente privada possa ser entregue ao Estado. Este atua como um mediador das tensões sociais, harmonizando extremos, em busca da situação de equilíbrio. Uma vez legitimada a competência do Estado, o princípio da subsidiariedade funciona, ainda, como instrumento de legitimação política da divisão de competências entre as entidades públicas (Juan Martin Gonzáles Moras *apud* SOUTO, 2002, p. 33).

Da aplicação do princípio da subsidiariedade no âmbito da ordem econômica, resultam algumas conseqüências:

a) a privatização de empresas estatais, para que as atividades assumidas pelo Estado sejam devolvidas à iniciativa privada; b) a ampliação da atividade de fomento, seja na área econômica, seja na área social, com o ressurgimento de fórmulas não tão novas, como a concessão de serviços públicos (agora sob nova versão - concessão patrocinada, como uma das formas de parceria público-privada instituída na Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004), o surgimento de novas formas de parceria com a iniciativa privada, como os contratos de gestão com as organizações sociais, os termo de parceria com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP; como conseqüência, há um crescimento considerável do chamado terceiro setor, que abrange entidades que ficam a meio caminho entre o público e o privado, por desempenharem atividades de interesse público, muitas delas com incentivos do Estado; nova concepção do interesse público, já que a sua tutela deixa de ser vista como de titularidade do Estado, para ser assumida também pelo particular; diminuição do aparelhamento administrativo do Estado, como conseqüência da diminuição de suas atividades (DI PIETRO, 2007, p. 15).

A normatização e a aplicação do princípio da subsidiariedade do Estado na ordem econômica revolucionaram os critérios de regulação dos serviços públicos, bem como os serviços econômicos de interesse geral, porquanto se promove a troca da “regulação

tradicional substitutiva do mercado” pela qual o Poder Público toma a maioria das decisões, por um modelo de “regulação criadora de mercado”, fomentando a competição onde seja possível em vez de centrar-se unicamente no controle dos operadores (SOUTO, 2002, p. 35). Nesse novo modelo de Estado regulador, no qual a competição não é oposta, mas complementar:

[...] são fundamentais a transparência no funcionamento empresarial, com a separação de atividades, conhecida como desagregação de atividades e desintegração vertical de setores em distintas fases ou segmentos, de modo a estabelecer a competição onde cabível, evitando os subsídios cruzados. [...]. Isto pode se dar desde uma simples separação contábil e de gestão, passando pela separação jurídica, que permite, no entanto, um mesmo grupo controlador das diversas empresas atuantes nos segmentos desmembrados, até uma total separação acionária, proibindo a presença do mesmo acionista controlador, ressaltando que esta última, por ser mais grave e gerar elevados custos, deve ter utilização excepcional, quando não for possível atender os propósitos da regulação por outras vias (o que, como apontado diversas vezes neste trabalho, não deixa de ser o reconhecimento da necessidade de ponderação e motivação técnica de custo-benefício, representando, pois, aplicação do princípio da proporcionalidade) (SOUTO, 2002, p. 35).

Desse modo o Estado passa a delegar para a “iniciativa privada a execução de atividades que até pouco tempo eram de sua exclusiva função”, dando origem ao “Estado fiscalizador” norteado pelo princípio da subsidiariedade, que substitui o “Estado executor”, e fez surgir o direito regulatório, aqui chamado de “direito administrativo regulatório”¹⁴³ (SOUTO, 2002, p. 3). Dentre as grandes inovações introduzidas pelo Plano Diretor de Reforma do Estado objetivando a concretização do princípio da eficiência na Administração Pública brasileira, avulta o contrato de gestão¹⁴⁴. Trata-se de um instrumento “idealizado no direito francês como meio de controle administrativo ou tutela sobre as empresas estatais”. Mas antes disso:

¹⁴³ Marcos Juruena Villela Souto denomina o “direito regulatório brasileiro” de “direito administrativo regulador”, concebendo como uma nova abordagem para o estudo do direito administrativo, com vistas ao enfoque de uma Administração Pública consensual ou concertada, bem como do papel regulador do Estado (SOUTO, 2002, p. 3).

¹⁴⁴ O legislador constitucional derivado, ao acrescentar o princípio da eficiência no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, instituiu também o Contrato de Gestão assim dispendo: “a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre I - o prazo de duração do contrato; II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III - a remuneração do pessoal”. CF, art. 37, § 8º.

[...] “o contrato de gestão já era utilizado como meio de vincular a programas governamentais determinadas empresas privadas que recebiam algum tipo de auxílio por parte do Estado. Mais recentemente, os contratos de gestão passaram a ser celebrados com os próprios da Administração Direta, portanto, com entes sem personalidade jurídica própria; são os chamados centros de responsabilidade que se comprometem, por meio do contrato de gestão, a atingir determinados objetivos institucionais, fixados em consonância com programa de qualidade proposto pelo órgão interessado e aprovado pela autoridade competente, em troca, também, de maior autonomia de gestão. O simples fato de ser celebrado com um órgão sem personalidade jurídica já demonstra que o vocábulo "contrato", no caso, só é empregado, provavelmente, porque não se conseguiu outro melhor, já que, na realidade, não se trata de verdadeiro contrato, que supõe que ambas as partes tenham personalidade jurídica própria” (Di Pietro, 2010, p. 1).

Nesse mesmo contexto, Marcelo de Matos Ramos assere:

“Dentre as opções de reforma do serviço público que têm se verificado em todo o mundo, cresce, em popularidade, a experimentação em torno da assim chamada “contratualização”. Este movimento pode ser entendido como uma incorporação das críticas neoliberais em prol da necessidade de um comportamento empresarial autônomo em certas esferas de governo. De fato, a relação contratual estimula que as partes negociem um compromisso e assumam cada qual o seu papel sem demasiadas ambigüidades. (...) Possivelmente a primeira manifestação da chamada “contratualização” tenha ocorrido, paradoxalmente, em um país de forte tradição burocrática: em 1967 o relatório Nora recomendou, como forma de se enfrentar o alto grau de ineficiência das empresas públicas francesas, cada vez mais dependentes de subsídios governamentais, a “contratualização” das relações de supervisão entre Estado e empresa” (RAMOS, 1997, p. 83).

Em geral, “o contrato de gestão estipula objetivos e metas que devem ser atingidos tanto pelas entidades estatais como pelas organizações públicas não-estatais, levando em conta as autonomias a ela concedidas; os direitos e obrigações de cada parte; bem como as chamadas condicionalidades”, ou seja, as situações ou cenários que instruíram a expectativa de realização e atingimento dos objetivos e metas e que se não se concretizarem extinguem a obrigação de cumprimento do contrato (RAMOS, 1997, p. 83). Nessa linha, Gustavo Binenbojm ressalta a passagem de um desenho piramidal para uma configuração policêntrica do Estado em que as autoridades independentes quebram o vínculo de unidade no interior da Administração pública na medida em que sua atividade passa a situar-se em esfera jurídica externa à da responsabilidade política do governo (2008, p. 44). Essa configuração policêntrica, segundo o autor, caracteriza-se por um grau reforçado da autonomia política de seus dirigentes em relação à chefia da Administração Pública central, as autoridades independentes rompem o modelo tradicional de recondução direta de todas as ações

administrativas ao governo. Vale acrescentar que a idéia da Administração Pública policêntrica não é fruto direto da emergência do neoconstitucionalismo; ao revés, é produto das exigências da Reforma do Estado, orientada pelo princípio da eficiência (BINENBOJM, 2008b, p. 45).

4.2 A Concretização do Princípio da Eficiência na Administração Pública

O desafio do direito contemporâneo refere-se à concretização das normas constitucionais. Com a constitucionalização dos direitos, as respostas aos conflitos da vida de alguma forma sempre serão buscadas no texto constitucional. Com efeito, exige-se de seus intérpretes uma resposta imediata à evolução dos institutos democráticos a fim de efetivar os valores consagrados no texto constitucional. O conceito de concretização das normas constitucionais é o resultado concreto da interpretação aplicadora: a norma de decisão para solução do caso jurídico-constitucional. Eros Roberto Grau afirma que:

A concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta (a norma jurídica), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto. Por isso, sustento que interpretação e concretização se superpõem. Inexiste, hoje, interpretação do direito sem concretização; esta é a derradeira etapa daquela (2002, p. 19).

José Joaquim Gomes Canotilho afirma que “concretizar a Constituição” pressupõe um processo de densificação de normas constitucionais (princípios e regras). Nas suas palavras:

A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta - norma jurídica - que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta concretização normativa é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, o lado técnico do procedimento estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a construção de uma norma jurídica (2003, p. 1201).

Por consequência, não se pode admitir a inércia do Estado quanto à concretização de direitos constitucionais, posto que a omissão estatal depõe contra a ordem constitucional, tendo em vista a exigência de ação e o dever de agir no sentido de garantir a eficiência administrativa.

4.2.1 Os novos modelos de gestão

A chamada Reforma do Estado, iniciada no Brasil a partir de meados da última década do século passado, criou novos modelos de gerenciamento como às agências reguladoras, agências executivas, contrato de gestão, organização social e organização da sociedade civil de interesse público. Assim temos que as Organizações Sociais consistem num modelo de organização pública não-estatal destinada a absorver atividades publicizáveis como saúde, educação, cultura, meio-ambiente, mediante a qualificação específica. Trata-se de uma forma de propriedade pública não-estatal, constituída pelas associações civis sem fins econômicos voltadas para realização de atividades públicas (MARE, 1997, p. 13-14). Decorrem de um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade. O Estado continua a fomentando as atividades publicizadas e exerce sobre elas um controle estratégico, ou seja, demanda resultados necessários ao atingimento dos objetivos das políticas públicas, sendo o contrato de gestão o instrumento que regula essa parceria. Sem dúvida trata-se de uma inovação institucional, embora não representem uma nova figura jurídica, inserindo-se no marco legal vigente sob a forma de associações civis sem fins lucrativos. Estarão, portanto, fora da Administração Pública, como pessoas jurídicas de direito privado. A novidade ocorre em sua qualificação, mediante ato administrativo específico de cada ente da federação, como Organização Social, em cada caso¹⁴⁵. Esse modelo inovador no cenário jurídico brasileiro introduzido no contexto da Reforma do Estado brasileiro encontra-se, todavia, sendo discutido no Supremo Tribunal Federal¹⁴⁶. Em voto bastante esclarecedor, o Ministro Gilmar Mendes, não vislumbrando qualquer inconstitucionalidade na referida lei, mencionou os propósitos da Declaração de Madri em que está inserida a Reforma do Estado brasileiro, aduzindo que:

¹⁴⁵ No âmbito federal, a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1999, dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais. No Estado de São Paulo a Lei Complementar nº 846, de 04 de junho de 1998, trata sobre o assunto e no município de São Paulo a Lei Municipal nº 14.132, de 24 de janeiro de 2006.

¹⁴⁶ STF - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923-5, em face da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais.

“A Reforma do Estado, segundo essa declaração, tornou-se o tema central da agenda política mundial. Não se trata de uma resposta neoliberal à crise do Estado intervencionista; ou seja, a reforma não visa à redução drástica do tamanho do Estado e não prima pela predominância do mercado. Ao contrário, ela parte da constatação de que a solução para a crise do Estado não estaria no desmantelamento do aparelho estatal, mas em sua reconstrução. A Reforma Gerencial do Estado pressupõe uma modificação estrutural do aparelho estatal, não podendo ser confundida com mera implementação de novas formas de gestão. Como consta da declaração, trata-se de construir um Estado para enfrentar os novos desafios da sociedade pós-industrial, um Estado para o século XXI, que, além de garantir o cumprimento dos contratos econômicos, deve ser forte o suficiente para assegurar os direitos sociais e a competitividade de cada país no cenário internacional. [...]. Em suma - afirma a declaração - o governo não pode ser uma empresa, mas pode se tornar mais empresarial, isto é, pode ser mais ágil e flexível frente às gigantescas mudanças ambientais que atingem a todas as organizações” (MENDES, STF, ADI 1923-5 MC, 2007).

Nesse mesmo voto, Gilmar Mendes acrescenta:

[...] através de um programa de publicização, transfere-se para o setor público não-estatal a produção dos serviços competitivos ou não-exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle. Deste modo o Estado reduz seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se entretanto no papel de regulador e provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais como educação e saúde, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimento em capital humano; para a democracia, na medida em que promovem cidadãos; e para uma distribuição de renda mais justa, que o mercado é incapaz de garantir, dada a oferta muito superior à demanda de mão de obra não-especializada. Como promotor desses serviços o Estado continuará a subsidiá-los, buscando, ao mesmo tempo, o controle social direto e a participação da sociedade (MENDES, STF, ADI 1923-5 MC, 2007).

As Organizações Sociais, como se vê, traduzem um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade para a consecução de interesses públicos comuns, com ampla participação da comunidade, sendo o contrato de gestão o instrumento que fixará metas, assim como a definição dos mecanismos de avaliação de desempenho e controle de resultados das atividades. Gilmar Mendes finaliza seu voto aduzindo que:

[...] “Esse novo modelo de administração gerencial realizado por entidades públicas, ainda que não-estatais, está voltado mais para o alcance de metas do que para a estrita observância de procedimentos. A busca da eficiência dos resultados, por meio da flexibilização de procedimentos, justifica a implementação de um regime todo especial, regido por regras que respondem a racionalidades próprias do direito público e do direito privado. O fato é que o Direito Administrativo tem passado por câmbios substanciais e a mudança

de paradigmas não tem sido compreendida por muitas pessoas. Hoje, não há mais como compreender esse ramo do direito desde a perspectiva de uma rígida dicotomia entre o público e o privado. O Estado tem se valido cada vez mais de mecanismos de gestão inovadores, muitas vezes baseados em princípios próprios do direito privado. (...) “o modelo de gestão pública por meio de Organizações Sociais, instituído pela Lei nº 9.637/98, tem sido implementado ao longo de todo o país e as experiências bem demonstram que a Reforma da Administração Pública no Brasil tem avançado numa perspectiva promissora. Após uma história de burocracias, de ênfases nos atos e nos processos - que, reconheça-se, ainda não foi totalmente superada -, a Administração Pública no Brasil adentrou o século XXI com vistas aos resultados, à eficiência e, acima de tudo, à satisfação do cidadão¹⁴⁷ (MENDES, STF, ADI 1923-5 MC, 2007).

No contexto da Reforma do Estado houve outras inovações importantes relacionadas com o fortalecimento do terceiro setor que Luis Carlos Bresser Pereira prefere chamar de “Organização Pública Não-Estatal - OPNE” (1995, p. 1)¹⁴⁸. Trata-se da qualificação, à semelhança das Organizações Sociais, de entidades sem fins lucrativos como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, viabilizando a relação de parceria entre instituições com fins públicos, mas com diferentes formas de propriedade (pública estatal e pública social) e com natureza jurídica diferente (direito público e direito privado) (FERRAREZI; REZENDE, 2002, p. 29). O Termo de Parceria - novo instrumento jurídico de fomento e gestão das relações entre as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e o Estado, com o objetivo de impingir maior agilidade gerencial aos projetos e realizar o controle pelos resultados, com garantias de que os recursos estatais sejam utilizados de acordo com os fins públicos, foi à grande inovação desse novo modelo de parceria. Esse Termo de Parceria possibilita a escolha do parceiro mais adequado do ponto de vista técnico e mais desejável dos pontos de vista social e econômico, além de favorecer a publicidade e a transparência.

A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público conceitua-se como uma entidade de direito privado, sem fins lucrativos, organizada sob a forma de associação ou

¹⁴⁷ Esse novo modelo de administração gerencial realizado por entidades públicas, ainda que não-estatais, está voltado mais para o alcance de metas do que para a estrita observância de procedimentos. A busca da eficiência dos resultados, por meio da flexibilização de procedimentos, justifica a implementação de um regime todo especial, regido por regras que respondem a racionalidades próprias do direito público e do direito privado (Gilmar Ferreira Mendes *in* STF, ADI 1923-5 MC, 2007, voto-vista).

¹⁴⁸ Como não se cansam de ensinar os autores, o Estado é o primeiro setor, cabendo ao mercado o segundo setor e, por fim, à sociedade o terceiro. Assim, entende-se o terceiro setor como o conjunto das entidades da sociedade civil, devidamente organizadas, sob critérios específicos, para o desenvolvimento de ações de interesse público (PEREIRA, 1995, p. 1).

fundação que, em virtude de seu objeto institucional, recebeu do Poder Público uma qualificação especial que a torna apta a celebrar o Termo de Parceria, pelo qual pode receber recursos públicos para o desenvolvimento de suas atividades de interesse público, sem desnaturar o seu caráter de gestão privada¹⁴⁹. Vale registrar que os serviços públicos por serem prestados por entidades privadas não modifica sua natureza pública, ou seja, o Estado conserva sua responsabilidade e os deveres em relação à sua prestação adequada¹⁵⁰. Com efeito, em lugar de protagonista na execução dos serviços públicos, suas funções passam a ser as de planejamento, regulação e fiscalização. É justamente nesse contexto histórico que surgem, como personagens fundamentais, as agências reguladoras (BARROSO, 2006, p. 67). Dessa forma, a noção de um Poder Executivo unitário cede espaço a uma miríade de autoridades administrativas independentes, denominadas à moda anglo-saxônica, de agências reguladoras independentes, ou seja, que não se situam na linha hierárquica direta do chefe do Poder Executivo. Tratando sobre o tema, Egon Bockmann Moreira e Lauro Antonio Nogueira Soares Júnior, acrescentam:

“A questão da natureza jurídica das agências reguladoras é a mais singela de todas: são pessoas do direito público interno, de natureza autárquica (...) cujos agentes emanam atos administrativos no exercício da competência que lhes foi atribuída por lei. Criadas por lei, são instituídas por ato do chefe do Poder Executivo (...). À unanimidade, as leis criadoras das agências reguladoras as definem como “autarquias especiais”. Essa distinção no regime das autarquias especiais visa conferir maior estabilidade, segurança e prestígio às decisões nos setores regulados, pretendendo assegurar que os atos lançados pelas agências sejam técnicos (não políticos). A independência do regulador em relação ao Governo seria a garantia dessa neutralidade. Por outro lado, o interesse da neutralização da função da regulação estaria de acordo com a própria natureza da atividade regulatória, apresentada geralmente como atividade de natureza essencialmente técnica e apolítica. Assim, as agências reguladoras configuram um tipo específico de descentralização administrativa, através do qual se atenuam alguns traços das autarquias tradicionais (e. g., o controle tutelar da Administração direta) e se agregam características que pretendem reforçar a sua autonomia (competência regulamentar exclusiva, mandato estável dos dirigentes, decisões colegiadas) (MOREIRA, SOARES JÚNIOR, 2006, p. 184-185).

¹⁴⁹ A Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria.

¹⁵⁰ “Assiste-se, assim, à emergência de filhotes híbridos da vetusta dicotomia entre a gestão pública e a gestão privada: a atividade de gestão pública privatizada (regime administrativo flexibilizado) e a atividade de gestão privada publicizada ou administrativizada (regime privado altamente regulado). Essa hibridez de regimes jurídicos, caracterizada pela interpenetração entre as esferas pública e privada, representa um dos elementos da crise de identidade do direito administrativo” (Eduardo Paz Ferreira *apud* BINENBOJM, 2008, p. 20).

A grande inovação desse modelo na legislação pátria refere-se à independência das agências reguladoras em relação ao governo. É a independência política de seus dirigentes, nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo, após aprovação do Poder Legislativo, e investido em seus cargos a termo fixo com estabilidade durante o mandato, que marca esse novo modelo de gestão (BINENBOJM, 2008b, p. 26). De acordo com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, as atividades típicas de Estado devem permanecer no âmbito da Administração Pública, reorganizadas com autonomia administrativa ampliada com controle de resultados. A forma institucional foi direcionada à organização dessas atividades como agências executivas ou agências reguladoras. Essas mudanças teriam curso com a implantação dos novos modelos de gestão extensamente discutidos no Plano Diretor - as agências e as organizações sociais - e estão resumidas conforme tabela a seguir:

Funções do Estado e modelos institucionais

Setor do Estado	Funções	Modelo Institucional
Núcleo estratégico	Formulação de políticas, normatização e controle	Secretarias de política
Serviços exclusivos	Segurança, defesa, arrecadação, fiscalização, regulação e previdência social básica	Agências executivas Agências reguladoras
Serviços não-exclusivos	Educação, saúde, assistência social, cultura, pesquisa científica e tecnológica	Organizações sociais
Produção e serviços para o mercado	Energia, transportes, comunicações, insumos industriais	Empresas privadas

As agências executivas seriam entidades operadoras de serviços, como a arrecadação tributária, segurança pública e previdência social básica. As agências reguladoras seriam entidades responsáveis pelo controle sobre os mercados monopolistas que compreendem atividades como as de distribuição de energia elétrica, serviços de telecomunicação e produção de petróleo e derivados¹⁵¹. Em contrapartida, “seriam submetidas a contrato de gestão o qual pressupõe complexo trabalho preparatório, especialmente nas áreas de

¹⁵¹ No âmbito da administração pública federal, os Decretos nº 2.487 e 2.488, ambos de 02 de fevereiro de 1988, definem medidas de organização administrativa específicas para as autarquias e fundações qualificadas como Agências Executivas, com a finalidade de ampliar a eficiência na utilização dos recursos públicos, melhorar o desempenho e a qualidade dos serviços prestados, assegurar maior autonomia de gestão orçamentária, financeira, operacional e de recursos humanos e eliminar fatores restritivos à sua atuação institucional. Vide artigo 51 e seguintes da Lei Federal nº 9.649, de 27 de maio de 1998.

planejamento interno de objetivos e metas e de melhoria da gestão”. No caso das agências reguladoras, deveria ser ainda “assegurado um saudável distanciamento e independência em relação aos governos, por meio da garantia de mandatos para os seus diretores” (FERNANDES, 1995-98, p. 17). Assim, como já dito, “o grande novel da estrutura regulatória introduzida no país com a criação das agências foi à inserção de mecanismos institucionais e jurídicos assecuratórios da independência das agências em relação aos agentes políticos e ao Poder Judiciário” de forma que as agências no Brasil foram criadas como autarquia em regime especial que, no dizer de Gustavo Binenbojm (2008a, p. 102), esse regime se traduz na independência em relação aos Poderes do Estado que assume os seguintes aspectos:

a) independência política dos dirigentes, nomeados por indicação do Chefe do Executivo após aprovação do Poder Legislativo, investidos em seus cargos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato o que importa na impossibilidade de exoneração *ad nutum* pelo Presidente; b) independência técnica decisional, predominando as motivações técnicas para seus atos, que não se sujeitam a recurso hierárquico impróprio, ou seja, importa na impossibilidade de revisão das decisões das agências pelos Ministérios e pelo Presidente; c) independência normativa, necessária à disciplina dos serviços públicos e atividades econômicas submetidos ao seu controle, e caracterizada, segundo parte da doutrina, pelo fenômeno da deslegalização segundo a qual as agências passam a gozar de um amplo poder normativo, apto, inclusive, a revogar leis anteriores; e d) independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada, por força de rubricas orçamentárias próprias e de receitas atribuídas pela lei às agências¹⁵² (2008a, p. 102-103).

Tratando das agências reguladoras, asseverou Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que:

[...] além da especialização, flexibilidade, independência e celeridade, estas entidades se caracterizam, sobretudo, pela proximidade e abertura social de

¹⁵² “O contexto político, ideológico e econômico em que se deu a implantação das agências reguladoras no Brasil, durante os anos 90, foi diametralmente oposto ao norte-americano. Com efeito, o modelo regulatório brasileiro foi adotado no bojo de um amplo processo de privatizações e de desestatizações, para o qual a chamada reforma do Estado se constituía em requisito essencial. É que a atração do setor privado, notadamente o capital internacional, para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos objeto do programa de privatizações e desestatizações estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das regras do jogo nas relações dos investidores com o Poder Público. Na verdade, mais do que um requisito, o chamado compromisso regulatório (*regulatory commitment*) era, na prática, verdadeira exigência do mercado para a captação de investimentos. Em países cuja história recente foi marcada por movimentos nacionalistas autoritários (de esquerda e de direita), o risco de expropriação e de ruptura de contratos é sempre um fantasma que assusta ou espanta os investidores estrangeiros” (BINENBOJM, 2008a, p. 101).

sua ação em relação aos administrados interessados, e a possibilidade de promover negociações em procedimentos participativos (2000, p. 79).

Nesse sentido Alexandre Santos de Aragão informa que as agências reguladoras dispõem de mecanismos de participação popular notável uma vez que a maior parte das leis que as instituíram fixou a necessidade de realização de audiências públicas prévias à tomada de decisões, inclusive normativas, pelas agências reguladoras (2006, p. 09). Nesse aspecto é importante observar, conforme Mateus E. Siqueira Nunes Bertoncini e José Afonso da Silva (2002, p. 253), que a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, além de introduzir o princípio da eficiência na Administração Pública, instituiu também o princípio da participação¹⁵³. Com efeito, a participação dos titulares de interesses individuais, coletivos e difusos por meio de audiências e consultas públicas prévias à edição dos atos normativos que possam afetar seus interesses, é um dos principais mecanismos de legitimação democrática de que dispõem as agências reguladoras¹⁵⁴. Acresce-se que, em se tratando de consultas e audiências públicas, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, além de regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, disciplinou também essa importante matéria corroborando com a concretização do princípio da eficiência¹⁵⁵. No Estado

¹⁵³ “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no artigo 5º, incisos X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na Administração Pública” (CF, art. 37, § 3º).

¹⁵⁴ Nesse sentido cita-se o artigo 18, da Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997 (Lei do Petróleo): “artigo 18: as sessões deliberativas da Diretoria da Agência Nacional de Petróleo - ANP que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão públicas, permitida sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de delas obter transcrições”; o artigo 4º, parágrafo 3º, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que estabeleceu que todas as decisões da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL que possam afetar direitos devam ser precedidas de audiência pública: “artigo 4º: a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, cujas funções serão estabelecidas no ato administrativo que aprovar a estrutura organizacional da autarquia. [...] Parágrafo 3º: o processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL”; a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997: artigos 19, inciso III; 39; 42; 89, inciso II; e 195, que estabeleceu à Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL a obrigação de realizar consultas públicas prévias aos seus atos relevantes; o Decreto nº 3.029, de 16 de abril de 1999 que estabelece a realização de consultas públicas em relação à Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, entre outras.

¹⁵⁵ “Embora as audiências e consultas públicas possuam o mesmo significado, são termos que não se confundem. Na consulta pública a Administração deseja compulsar a opinião pública através da manifestação firmada através de peças formais, devidamente escritas, a serem juntadas no processo

de São Paulo, a matéria é regulada pela Lei nº 10.294, de 20 de abril de 1999, que estabeleceu normas básicas de proteção e defesa do usuário dos serviços públicos prestados, e assegurou o canal de comunicação direto entre os prestadores de serviços e os usuários a fim de aferir o grau de satisfação e estimular a apresentação de sugestões¹⁵⁶. Nesse aspecto conclui-se que o legislador brasileiro, com forte esteio doutrinário, buscou caracterizar as agências reguladoras independentes brasileiras como privilegiados espaços públicos de participação dos cidadãos e a conseqüente composição extrajudicial dos interesses envolvidos (ARAGÃO, 2006, p. 16).

A idéia fundamental que norteou o surgimento das agências reguladoras, de acordo com Joaquim B. Barbosa Gomes, foi justamente a de “criar um ente administrativo técnico, altamente especializado e, sobretudo, impermeável às injunções e oscilações típicas do processo político, as quais, como se sabe, influenciam sobremaneira as decisões dos órgãos situados na cadeia hierárquica da Administração” (GOMES, 2006, p. 39). Ademais, conclui, “as agências reguladoras constituem, pois, a superação ou mitigação do dogma da não-delegação das funções específicas de cada um dos poderes estatais” (GOMES, 2006, p. 44). Corroborando com esse entendimento, Laís Calil acentua que “a doutrina da separação dos Poderes está de tal modo arraigada à idéia de garantia do exercício da democracia no ente estatal que usualmente caracteriza-se o princípio como atributo indissociável do Estado Democrático de Direito”, acrescentando que:

“Obviamente, a doutrina clássica da separação de Poderes não há que ser compreendida nos moldes que lhe foram traçados há mais de dois séculos. As condições políticas, sociais e econômicas da época em que se concebeu não têm correspondência com os novos tempos. Segundo a lição de Konrad Hesse, por certo, também a lei fundamental está na tradição histórico-constitucional enformada pela divisão de poderes e a compreensão da divisão de poderes da Lei Fundamental não pode ser separada dessa tradição. Porém, o princípio da divisão de poderes, que se formou sobre a base daquela doutrina, não é um dogma de validade jusnaturalista-intemporal, senão um princípio histórico” (CALIL, 2010, p. 135).

administrativo. Já a audiência pública é a modalidade de consulta com o especial aspecto de ser consubstanciada fundamentalmente por meio de debates orais em sessão previamente designada para esse fim” (CARVALHO FILHO, 2001, p. 186).

¹⁵⁶ Em que pese não haver no direito pátrio um Código Nacional do Procedimento Administrativo regulando a atuação dos órgãos da Administração Pública como ocorre em Portugal desde 1991 com a edição do Decreto-Lei nº 442, a lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, no âmbito da administração federal, e lei nº 10.294, de 20 de abril de 1999, no âmbito do Estado de São Paulo, disciplinaram bem essa matéria cujo exemplo os demais entes da federação deveriam seguir em busca da concretização do princípio da eficiência.

Carlos Ari Sundfeld, se referindo também ao modelo tradicional de tripartição de Poderes que não mais atende às necessidades das sociedades modernas, deduz que:

“A opção por um sistema de entes com independência em relação ao Executivo para desempenhar as diversas missões regulatórias é uma espécie de medida cautelar contra a concentração de poderes nas mãos do Estado, inevitável nos contextos intervencionistas. A nova realidade da vida exige que o Estado interfira mais na economia? Pois bem, que se lhe reconheçam funções de regulador, mas sem somá-las a todos os vastos poderes de que o Executivo já dispunha. Daí a reivindicação, forte especialmente entre as empresas mais sujeitas a regulação (...) de que o regulador não seja o Executivo, mas um ente com toda a autonomia possível” (SUNDFELD, 2000, p. 24-25)

E, adiante, comentando sobre a necessidade da independência normativa das agências reguladoras, Carlos Ari Sundfeld sustenta:

“Nos novos tempos, o Poder Legislativo faz o que sempre fez: edita leis, freqüentemente com alto grau de abstração e generalidade. Só que, segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização daqueles valores: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle sobre o poder econômico – enfim, todos esses que hoje consideramos fundamentais e cuja persecução exigimos do Estado. É isso que justificou a atribuição do poder normativo para as agências, o qual não exclui o poder de legislar que conhecemos, mas significa, sim, o aprofundamento da atuação normativa do Estado” (SUNDFELD, 2000, p. 131).

O mesmo se diga em relação à resolução de conflitos. Assim, ao lado do exercício de funções puramente administrativas, as agências reguladoras também exercem competências decisórias em âmbito administrativo entre os agentes econômicos que atuam no setor e entre eles e os consumidores¹⁵⁷. Sobre o exercício dessa função decisória, Luiz Roberto Barroso pontua:

[...] “as agências reguladoras costumam ser autorizadas por lei a dirimir tanto controvérsias nas quais o poder concedente é parte – hipótese em que se instaura um contencioso administrativo normal, com a possibilidade de recurso ao judiciário em seguida – quanto as que se instaurem entre dois ou mais particulares, sejam concessionários ou empresas do setor, seja entre essas

¹⁵⁷ A Lei da ANATEL, *e.g.*, prevê que ela comporá administrativamente os conflitos de interesse entre as prestadoras dos serviços de telecomunicações (art. 19, XVII); a Lei da ANEEL atribuiu a essa agência o poder de dirimir divergências entre os delegatários, bem como eles e seus consumidores (art. 3º, V); a Lei da ANP contém previsões nessa mesma linha (art. 18).

empresas e seus usuários, exercendo a função decisória tal como um árbitro. (...) Sem embargo, no tocante às decisões das agências reguladoras, a posição do Poder Judiciário deve ser de relativa autocontenção, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os de razoabilidade ou moralidade, ou outros como os da isonomia e mesmo o da dignidade da pessoa humana. Notadamente no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de se cair no domínio da incerteza e do subjetivismo”. (BARROSO, 2006, p. 80-81)

Vale frisar, nesse mesmo diapasão que, embora o fenômeno da inflação legislativa persista, o monopólio estatal de produção de normas torna-se cada vez mais uma miragem, na medida em que os atores econômicos passam a reger suas atividades por uma *lex mercatoria*, criada difusamente pelo próprio mercado, em detrimento do Direito produzido pelas fontes tradicionais dos Estados. Assim, de acordo com Daniel Saremento:

“até uma função que desde o advento do Estado Moderno sempre fora essencialmente pública – como a elaboração de normas – privatiza-se, com o surgimento de inúmeros outros pólos reguladores, à montante e à jusante do Estado. E o mesmo pode-se dizer em relação a outras tarefas eminentemente estatais, como a jurisdição [...] como o crescimento da arbitragem e de outros meios alternativos de solução de litígios – e o exercício do poder de polícia” (SARMENTO, 2010, p. 43).

4.2.2 O déficit democrático das agências reguladoras

Há, entretanto, um aspecto relevante relacionado com a legitimidade democrática das agências reguladoras. O Plano Diretor de Reforma do Estado tornou as agências reguladoras peças fundamentais no ambicioso projeto nacional de melhoria da qualidade dos serviços públicos e de sua universalização, consoante o princípio constitucional da eficiência, garantindo autonomia e independência. O ponto nevrálgico localiza-se exatamente nessa autonomia e independência. Como os dirigentes das agências reguladoras não podem ser exonerados *ad nutum* pelos agentes legitimados democraticamente através das eleições em decorrência da estabilidade temporária, surge o “déficit democrático”. Discorrendo melhor sobre o tema, dentre vários outros autores com o mesmo pensamento, Mariana Mota Prado assere que:

“As agências reguladoras são consideradas independentes quando não são subordinadas ao Presidente ou a qualquer outro órgão do Poder Executivo. (...) O risco é que a percepção do eleitorado da relação entre o Presidente e as agências reguladoras pode ser incurada, e isso abre espaço para o que eu

chamo de *accountability mismatch*. Um *accountability mismatch* eleitoral acontece quando o Presidente é considerado responsável por algo que não está sob seu controle e vice-versa. (...) O Presidente da República é eleitoralmente responsável por todos os atos do poder executivo. Se os agentes do poder executivo estão implementando políticas que desagradam os cidadãos, os atos desses agentes serão considerados atos do Presidente e podem afetar o resultado das eleições futuras”¹⁵⁸ (PRADO, 2006, p. 226-227).

Essa autora chama a atenção para o que ela denomina de *accountability mismatch eleitoral* que ocorre quando o Presidente corre o risco de ser responsabilizado pelos atos praticados pelas agências apesar de não ter controle ou influência sobre elas¹⁵⁹. Gustavo Binenbojm argumenta que:

“tal situação - de déficit de legitimidade - se agrava agudamente quando considerada a proliferação de autoridades administrativas independentes em virtude dos fundamentos de sua atividade ocorrer por meio de “leis dotadas de elevado grau de vagueza, generalidade e abstração que transferem aos administradores inúmeras decisões de cunho político”¹⁶⁰ (BINENBOJM, 2008a, p. 113).

Acrescenta, que “o fomento à participação dos cidadãos em procedimentos administrativos - e, notadamente, nos processos regulatórios - tem sido uma das tentativas de recuperação do lastro de legitimidade da atuação da Administração Pública” (BINENBOJM, 2008a, p. 113). Para esse autor, “à translação dos centros decisórios do Estado (do centro para a periferia) deve corresponder uma correlativa translação dos mecanismos de participação popular” na medida em que a governança por autoridades administrativas independentes desafia a teoria democrática à revisão de parte de seus instrumentos e ao desenvolvimento de novos modelos teóricos de democracia¹⁶¹ (BINENBOJM, 2008a, p. 113).

¹⁵⁸ “A independência das agências é garantida por diversos mecanismos institucionais que procuram reduzir a influência do Presidente. Dentro de uma perspectiva meramente teórica, as agências tomam suas decisões e implementam suas políticas independentemente do Presidente” (PRADO, 2006, p. 227-228).

¹⁵⁹ “O *mismatch* poderá ocorrer quando há agências recém formadas e uma diretoria indicada pelo governo anterior” (PRADO, 2006, p. 229).

¹⁶⁰ O autor acrescenta que a não inclusão das agências na linha hierárquica direta do Chefe do Poder Executivo esvazia por completo o argumento consoante o qual o cotidiano da Administração já demonstra que o grau de decisões é enorme sendo a maioria delas tomadas por burocratas profissionais, já que a legitimidade decorrente da investidura popular deste não se transfere a reguladores autônomos (BINENBOJM, 2008a, p. 113).

¹⁶¹ No Brasil, a participação popular nas atividades das agências reguladoras encontra previsão, ainda que de forma incipiente, nos dispositivos legais aplicáveis a determinadas agências. Dessa forma,

Em linhas gerais, pode-se dizer que, no aspecto organizacional, “o legislador brasileiro (GOMES, 2010, 31) foi bastante tímido ao estabelecer o figurino institucional e o *modus operandi* das nossas agências reguladoras. Com efeito, constata-se que pouco se ousou nesse campo quando se confrontam os novos entes com os seus similares do direito comparado”.

Joaquim B. Barbosa Gomes examina essa questão dizendo que:

[...] “note-se que, em razão do caráter de manifesta preponderância do Poder Executivo e de uma certa tendência do Legislativo nacional a “renunciar” a algumas de suas salientes e importantes atribuições (a do controle do Executivo) as nossas agências já nascem com a marca de um inequívoco déficit democrático. Nomeados seus dirigentes máximos pelo Chefe do Poder Executivo, mas sem a contrapartida de um controle e triagem efetivos dessas nomeações por parte do Poder que representa a soberania popular, as agências consagrarão, provavelmente, um processo ainda mais intenso de fortalecimento do Executivo em detrimento do Legislativo. E o que é mais grave: em um país sem uma verdadeira tradição de alternância política, em que os homens vocacionados a aceder ao Poder têm invariavelmente o mesmo perfil socioeconômico e ideológico, é razoável temer que elas findem por cancelar a hegemonia de um grupo político, de uma corrente específica de pensamento e de um modo a conceber a sociedade”. (GOMES, 2010 p. 32).

O entendimento de Marçal Justem Filho é o mesmo sobre o assunto ao consignar que:

“O controle parlamentar pode versar, de modo ilimitado, sobre toda a atividade desempenhada pela agência, inclusive no tocante àquela prevista para realizar-se em épocas futuras – ressalvadas a necessidade de sigilo em face das características da matéria regulada. Poderá questionar-se não apenas a gestão interna da agência, mas também se exigir a justificativa para as decisões de cunho regulatório. Caberá fiscalizar inclusive o processo administrativo que antecedeu a decisão regulatória produzida pela agência, com ampla exigência de informações sobre as justificativas técnico-científicas das opções adotadas” (JUSTEM FILHO, 2002, p. 588).

Nesse contexto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta quatro aspectos fundamentais dessa autonomia, sem os quais “qualquer ente regulador que se institua não passará de uma repartição a mais na estrutura hierárquica do Poder Executivo, pois estará impossibilitado de executar a política legislativa do setor, como se pretende que deva fazê-lo”.

São eles:

instituem-se veículos de controle social dos seus atos, os quais, quase sempre, causam grande repercussão na esfera dos interesses dos usuários de serviços públicos e cidadãos inseridos na realidade econômica regulada (BINENBOJM, 2008a, p. 113).

(a) a independência política dos gestores, que “decorre da nomeação de agentes administrativos para o exercício de mandatos a termo, o que lhe garante estabilidade nos cargos necessários para que executem, sem ingerência política do Executivo, a política estabelecida pelo Legislativo para o setor; (b) a independência técnica decisional, que assegura a atuação apolítica da agência, em que deve predominar o emprego da discricionariedade técnica e da negociação sobre a discricionariedade político-administrativa; (c) a independência normativa, um instituto renovador, que já se impõe como instrumento necessário para que a regulação dos serviços públicos se desloque dos debates político-partidários gerais para concentrarem-se nas agências; (d) a independência gerencial, financeira e orçamentária, que completa o quadro que se precisa para garantir as condições internas de atuação da entidade com autonomia na gestão de seus próprios meios”. (MOREIRA NETO, 2000, p. 416-428)

4.2.3 A teoria dos poderes neutrais

Para por termo às controvérsias sobre a legitimidade das agências reguladoras, Alexandre Santos de Aragão destaca a teoria dos poderes neutrais¹⁶² que significa não apenas “eliminar as perplexidades que surgiram acerca da autonomia das agências em face do Chefe do Executivo”, como também viabilizar a própria concretização do princípio constitucional da eficiência na Administração Pública no Estado Constitucional brasileiro¹⁶³ (ARAGÃO, 2006, p. 17). O autor referido acrescenta que:

Estes poderes neutrais do Estado, especialmente as agências reguladoras independentes, infensos ao menos imediatamente às mudanças político-eleitorais, longe de serem antinômicos à democracia em razão da possibilidade de contradição com as forças políticas majoritárias, asseguram o pluralismo no seio do Estado sem retirar totalmente os poderes do Chefe do Poder Executivo e do Poder Legislativo São, assim, uma feliz combinação do pluralismo

¹⁶² “A neutralização dos centros de poderes nacionais possibilita a sua integração em redes regulatórias comunitárias. O exemplo mais significativo nos é dado pela atribuição de independência aos Bancos Centrais dos países membros, cuja ação integrada com o Banco Central da Europa, também independente, possibilitou a instalação e o funcionamento do sistema financeiro europeu” (Luciano Parejo Alfonso *apud* ARAGÃO, 2006, p. 17).

¹⁶³ “Curioso notar como o primeiro trabalho feito na Espanha acerca das suas autoridades independentes de regulação as enfocou à luz da referida teoria. No advento da Revolução Francesa acreditava-se que apenas os órgãos da soberania popular, ou seja, os mandatários eleitos, poderiam levar a vida em sociedade a bom termo. Logo, porém, foi verificada a necessidade de criação de órgãos estatais com autonomia de gestão e independência funcional para, fora do círculo político-eleitoral, controlar e equilibrar as relações entre os titulares dos cargos eletivos para assegurar a observância dos valores maiores da coletividade. Surgiram, então, os poderes neutrais do Estado, que abrangem realidades díspares, desde as cortes constitucionais às agências reguladoras independentes, passando pelos tribunais de contas, conselhos com sede constitucional, etc.” (ARAGÃO, 2006, p. 16-17).

(propiciado por sua autonomia reforçada) com o princípio majoritário (os vínculos que mantém com o Poder legislativo e com a Administração Pública central) (ARAGÃO, 2006, p. 18).

Giampiero di Plínio nota que uma das razões do surgimento das autoridades independentes de regulação da economia é justamente a:

[...] “crise de legitimação que caiu sobre o controle político da economia por parte dos partidos políticos; a subtração de frações do poder do vértice da administração de derivações políticas, e a sua atribuição a estruturas dotadas de elevada competência técnica e de independência, tem o sentido de tornar mais neutra e técnica a decisão administrativa” (*apud* ARAGÃO, 2006, p. 18).

Interessante observar com Alexandre Santos de Aragão que a teoria dos poderes neutrais não é nova e sua contribuição se deve, em grande parte, a Benjamin Constant em sua obra *Princípios Políticos Constitucionais* e a Carl Schmitt que tratou pela primeira vez do tema na Conferência realizada na Câmara da Indústria e Comércio de Berlim em 1930 ao ressaltar que:

[...] as divergências entre os poderes políticos, potencializados pelo pluralismo das sociedades contemporâneas, devem ser resolvidas por um organismo que não lhes é superior, mas sim coordenado, isto é, por um terceiro neutral - e então estaremos diante de um poder neutral, um *pouvoir neutre et intermédiaire*, que não está situado sobre, mas no mesmo nível dos demais poderes constitucionais, ainda que incumbido de especiais atribuições e de possibilidades de intervenção. [...]. A respeito da Teoria do Poder Neutral, esta posição se reveste de particular interesse, vez que a função peculiar do terceiro neutro não consiste em uma atividade contínua, imperante e regulamentadora, mas fundamentalmente em uma atuação mediadora, tutelar e reguladora, que apenas e casos de necessidade deve se produzir ativamente, porque não deve competir com os demais poderes ao expandir os seus próprios poderes, e o exercício destes deve ser, por natureza, normalmente sereno e cauteloso (*apud* ARAGÃO, 2006, p. 18).

José Manuel Sala Arquer, tratando especificamente das autoridades independentes e da idéia de neutralidade, assevera que:

[...] na existência de centros de decisão autônomos e independentes, que representam a objetividade e imparcialidade própria dos especialistas, Carl Schmitt vê o contrapeso necessário ao Estado pluralista de partidos, que em sua descrição se apresenta sistematicamente como o “débil Estado das coalizões partidárias”. A idéia de neutralidade se estende assim a uma série de casos, que em última instância se resumem “na grande tradição da

burocracia profissional alemã”. [...] Pois bem, despojado de suas aderências antidemocráticas - ou mais exatamente, antiparlamentares - o conceito de neutralidade, tal como foi definido e sistematizado por Carl Schmitt, se encontra presente nos estudos que, mais recentemente, mantêm a compatibilidade do sistema de governo parlamentar com “âmbitos livres do controle ministerial”. Assim, na classificação que dos mesmos leva a cabo Carl Peter Fichtmüller, se inclui o “executivo neutralizado politicamente”; “neutralidade significa, neste contexto- diz o autor - a retirada do sistema de decisão por maiorias, a exclusão da influência dominante das forças políticas” (*apud* ARAGÃO, 2006, p. 19)¹⁶⁴. (grifos do original).

Não se trata, evidentemente, de afirmar que as funções dos poderes neutrais sejam desvestidas de qualquer matriz político, mas o que é mais importante para a sua caracterização, conforme observa Silvia Niccolai¹⁶⁵, não é “o caráter substancialmente não político das suas decisões, mas o caráter formalmente não político destas”, o que é evidenciado pelo caráter não eletivo dos seus titulares, pelos requisitos impostos à sua nomeação, pela independência e pela fundamentação técnica imposta às suas decisões que, no caso das agências reguladoras, argumentação e método de decisão técnica, jungidas aos valores e objetivos legalmente estabelecidos (*apud* ARAGÃO, 2006, p.20). Michela Manetti pontua (*apud* ARAGÃO, 2006, p. 19-20) que, ante a difusão de interesses políticos e sociais contrapostos, "o ordenamento reagiu criando uma espécie de anticorpos, ou seja, alguns novos organismos que devem – em âmbitos determinados – substituir a decisão político-partidária por aquelas técnico-neutrais". Como diz Alexandre Santos de Aragão:

A independência assegurada aos órgãos neutrais do Estado é uma relação qualificada com os bens e valores que tutelam ou expressam, que os separa de tudo o que não for a eles concernente. Na independência, portanto, estão ínsitos traços de sujeição a estes bens e valores, que se agregam à autoridade neutral, podendo-se dizer haver "uma relação de "fundamentação", ou uma relação hierárquica imprópria, entre os valores tutelados e o órgãos neutrais, relação que produz a liberdade dos órgãos para atuar na proteção destes

¹⁶⁴ “De fato, a importância da teoria dos poderes neutrais só veio a ser notada com maior intensidade pela pena da mais moderna doutrina alemã, sobretudo através de Carl Peter Fichtmüller, *in Zulässigkeit ministerialfreier Raums in der Bundesverwaltung*, 1996; da doutrina italiana, com destaque para Michela Manetti, *in Poteri Neutrali e Costituzione e Le Autorità Indipendenti*, 1994; e doutrina espanhola, por meio de José Manuel Sala Arquer, *in El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes*, 1984, entre outros que livraram a teoria dos poderes neutrais das concepções autoritárias que permearam a sua origem transformando-a em importante instrumento para a compreensão da complexidade estatal e social em que vivemos, especialmente das agências reguladoras independentes” (ARAGÃO, 2006, p. 19).

¹⁶⁵ “Toda decisão de atuação da Constituição é política, ainda que não proveniente de órgão de direção (política), já que determina o conteúdo da Constituição” (Silvia Niccolai *apud* ARAGÃO, 2006, p. 20).

valores, o que lhes dá autoridade porque demonstra que os órgãos independentes pertencem ao ordenamento no qual, juntamente com os valores tutelados, estão inseridos".(2006, p. 20). (grifos do original).

A doutrina mais recente sobre a teoria dos poderes neutrais do novo Estado constitucional de Direito é de grande importância para a compreensão da natureza e extensão das funções das autoridades independentes e na própria concretização do princípio constitucional da eficiência. Contudo, não será um caminho fácil a ser trilhado, mormente no Estado federal brasileiro que é constituído por uma miríade de órgãos estatais político-eletivos e com mais de cinco mil e quinhentos municípios, todos com autonomia e competências próprias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos no decorrer da presente investigação, a grande inovação da Constituição brasileira de 1988, a exemplo do que ocorreu com as Cartas italiana, alemã, espanhola e portuguesa, consiste em que, permeada pelos ideais humanistas, posicionaram o homem no epicentro do ordenamento jurídico, verdadeiro fim em si mesmo na visão Kantiana do termo, a partir do qual se irradia um farto elenco de direitos fundamentais como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Tais direitos têm assento, sobretudo, nas idéias de dignidade da pessoa humana e de Estado Democrático de Direito contemporâneo que nada mais é do que um Estado Constitucional que pressupõe a existência de uma lei fundamental estruturante de uma ordem jurídico-normativa vinculativa de todos os poderes públicos servindo, concomitantemente, à legitimação e à limitação do poder estatal. Essa passagem, da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, representa a grande mudança de paradigmas na atualidade. A supremacia da Constituição propicia a impregnação de seus princípios e regras para as atividades executadas pela Administração Pública, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional consoante a concepção de uma nova dogmática jurídica decorrente do pós-positivismo. A Constituição brasileira de 1988, ao discorrer longamente sobre a Administração Pública, trouxe muitos avanços como a enunciação expressa de princípios setoriais que na sua redação original eram os da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, chamada de Emenda da Reforma Administrativa, acrescentou ao elenco o princípio da eficiência o que acarretou a tensão com o princípio da legalidade o qual passou a ser inserido em uma nova lógica determinada pela insurgência de uma legalidade finalística voltada para o resultado e não para uma legalidade meramente formal e abstrata. Nesse contexto, e para que o nível de eficiência da Administração Pública possa ser atingido satisfatoriamente, o papel do Estado deve ser redirecionado principalmente para a área social, a fim de garantir a universalidade dos serviços de saúde e educação e a criação de ferramentas que ajudam a promover o desenvolvimento econômico, propiciando as condições macroeconômicas favoráveis ao investimento privado e aumento da competitividade sistêmica do país através de políticas sólidas nos domínios da ciência e tecnologia e comércio exterior. Com efeito, a grande mudança no papel do Estado, porém, deve ocorrer com relação à forma de intervenção no plano econômico e político. Nesse sentido, em termos econômicos, em vez da intervenção

direta como produtor, o aparelho do Estado deve concentrar suas atividades na regulação e a política de criação e manutenção das agências reguladoras e executivas faz parte deste processo. Da mesma forma, o Estado deve desenvolver sua capacidade estratégica para atuar junto com o setor privado objetivando criar um ambiente propício para aumentar a competitividade das empresas. Verifica-se, também, que o Estado deve atuar para garantir novos ciclos de desenvolvimento e maior produtividade em relação ao uso dos recursos naturais, aumentando a base de tecnologia e distribuição de renda, escapando assim do círculo vicioso do crescimento empobrecedor que caracterizou o passado remoto. Na área social, o fortalecimento do papel do Estado como formulador e financiador das políticas públicas, afigura-se bastante interessante tornando-se essencial o desenvolvimento da capacidade catalítica do Estado em atrair a comunidade, empresas e o terceiro setor, para compartilhar a responsabilidade pela execução dos serviços públicos, principalmente saúde e educação básica. Porém, deve-se ressaltar que é necessário manter o poder de intervenção estatal direta no caso de não ser possível obter as condições sociais mínimas para compartilhar as atividades com a sociedade. Por conseguinte, é preciso diferenciar as situações nas quais os serviços poderão ser administrados por mais de uma entidade pública não estatal daquelas situações em que o aparato estatal será o único capaz de garantir a uniformidade e a realização sem interrupções das políticas públicas. Cabe obtemperar, entretanto, que essas mudanças estruturais, visando à concretização do princípio constitucional da eficiência na Administração Pública no Estado constitucional brasileiro, somente poderão ser viabilizadas se os projetos de reformulação estatal tomem em consideração três grandes fatores de fundamental importância: a consolidação da democracia com instituições sólidas, a necessidade de retomar o crescimento econômico sustentável e a redução da desigualdade social. São esses três fatores que, em grande medida, vão garantir novos horizontes na Reforma do Estado visando construir uma perspectiva diferente da anterior, meramente burocrática e ineficiente. A consolidação da democracia é um aspecto importante no contexto da Reforma do Estado, e conseqüentemente na concretização do princípio da eficiência, porquanto está intrinsecamente relacionada com a dinâmica e o ritmo do processo. Muitas das reformas dependem da criação de novas instituições, de mudanças de dispositivos constitucionais e principalmente de modificações profundas no sistema da Administração Pública o que certamente acarretará a resistência de diversos grupos dentro do aparato estatal. Não obstante, esse processo, apesar de lento, deve ser contínuo e gradual especialmente quando se inicia as mudanças não podendo haver solução de continuidade para não comprometer a concretização das coalizões democráticas que sustentam o processo de

reforma do Estado. Esse modelo gerencial proposto para a Administração Pública tem a sua inspiração nas mudanças organizacionais ocorridas no setor privado, as quais modificaram a forma burocrático-piramidal de administração flexibilizando a gestão, diminuindo os níveis hierárquicos e burocráticos e, por conseguinte, aumentando a autonomia de decisão dos gerentes – daí a designação de Administração Pública gerencial. Com a implementação dessas mudanças, vislumbra-se a passagem de uma estrutura baseada em normas centralizadas para outra sustentada pela responsabilidade dos administradores, avaliados pelos resultados efetivamente alcançados em um processo contínuo pela busca da eficiência. Esse novo modelo procura responder com maior rapidez as grandes transformações ambientais que ocorrem hordienamente na economia e na sociedade contemporânea. Assim, inspirada na iniciativa privada, o modelo gerencial deve inevitavelmente se adequar ao contexto político democrático no qual se encontra inserido o Poder Público. A especificidade da organização governamental deve resultar principalmente nos motivos de sua existência, ou seja, do mesmo modo em que as empresas procuram auferir lucros, o gestor público deve atuar em conformidade com o interesse público executando as ações com eficiência. No processo decisório se encontra outra diferença básica entre o setor público e o setor privado que deve ser levada em consideração na concretização do princípio da eficiência. No setor privado, o número de participantes no processo decisório é restrito, e a capacidade para tomar decisões rápidas é maior. O governo, entretanto, toma suas decisões de acordo com procedimentos burocráticos na maioria das vezes ultrapassados, que envolvem um maior número de atores acarretando, conseqüentemente, em uma demora maior na tomada de decisão. Com o aumento de autonomia de decisão dos gerentes, ou em outras palavras, com a delegação de competência, esse processo poderia se tornar ágil e eficiente. Finalmente, comparando com o setor privado, a competência gerencial de uma empresa é essencial para sua sobrevivência no mercado, ao passo que os governos se legitimam pela via democrática e pelos resultados alcançados em decorrência de sua eficiência administrativa. Em suma, como se tem afirmado, a Administração Pública não pode ser uma empresa, no sentido de buscar o lucro e concorrer no mercado, porém, pode se tornar mais empresarial vale dizer, pode ser mais ágil e flexível diante das gigantescas mudanças ambientais que afetam todas as organizações. Em resumo, democratização do serviço público, flexibilidade organizacional, modernização do setor público e delegação de competência, são ingredientes fundamentais para a concretização do princípio da eficiência, que o paradigma organizacional da administração pública centralizada, obsoleta e burocrática não contempla. No entanto, é válido observar, que a crítica neste caso centra-se no modelo organizacional da Administração Pública ultrapassada e

não na idéia do corpo funcional que precisa ser profissionalizado, aspecto fundamental. Nesse sentido, a concretização do princípio da eficiência tem também como fundamento a profissionalização dos servidores que exercem principalmente funções no núcleo de atividades centrais de formulação de políticas públicas e nas atividades de regulação e controle da oferta de serviços públicos. Nesse setor do Estado é fundamental a existência de funcionários públicos qualificados e permanentemente treinados e protegidos das interferências políticas, bem remunerados e motivados. Esta é uma condição *sine qua non* para a concretização do princípio da eficiência.

REFERÊNCIAS

- ABBAGANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- AG, Asamblea General. Resolución nº 2845 (XXVI). Administración pública y el desarrollo, 20 diciembre, 1971. In: Resoluciones aprobadas por la Asamblea General durante el 26º Período de Sesiones. Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/26/ares26.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2010.
- ALEMANHA, Constituição (1949). Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha, 23 de maio de 1949, com as emendas inseridas até 26 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/03/Constituicao/introducao_20constituicao.html>. Acesso em: 02 mar. 2010.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Fernando Barcellos de. Teoria geral dos direitos humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.
- ALVES, Benedito Antônio; GOMES, Sebastião Edilson; AFFONSO, Antônio Geraldo. Lei de responsabilidade fiscal comentada e anotada. 3. ed. São Paulo: Juarez de Feitas, 2001.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O princípio da eficiência no direito administrativo. In: Revista Diálogo Jurídico, nº 13, Salvador-BA, jun./ago., 2002.
- AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de direito administrativo. Colaboração de Lino Torgal, v. II, Coimbra: Almedina, 2001.
- AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- _____. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro, p. 45-66. In: Revista de Direito Civil, nº 63, 1993.
- AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In Direitos fundamentais; orçamento e "reserva do possível". 2. ed.. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm (orgs). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço. A tutela dos interesses difusos no novo Código de Procedimento Administrativo. In: Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Portugues e Brasileiro, t. 42, nº 241-243, p. 57-76. Braga, jan./jun. 1993.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A legitimação democrática das agências reguladoras. In: Agências Reguladoras e Democracia. Gustavo Binenbojm (coord). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- _____. O princípio da eficiência. In Revista da Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. nº 1 – nov. 2005. Disponível em: <www.tce.rj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?> Acesso em: 23 jan. 2010.

ARENDDT, Hannah. A condição humana. São Paulo: Forense, 2010.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco; Poética. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross; Poética, tradução, comentários e índices analítico e onomástico de Eudoro de Souza. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4. ed., os pensadores, v. 2. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Malheiros, 1998.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”: o direito público em tempos de crise. Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. Teoria dos princípios. In BARRETO, Vicente (org.). Dicionário de filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais? Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Transformação do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARBOSA, Alfredo Ruy. Apostila de direito regulatório da fundação Getúlio Vargas: Direito da economia e da empresa. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). Dicionário de filosofia do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: Agências Reguladoras e Democracia. Gustavo Binbenjón (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo. Saraiva, 2009.

_____. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: Agências Reguladoras e Democracia. Gustavo Binbenjón (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n° 59, p. 1-3. out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?d=3208>>. Acesso em: 02 mar. 2010.

_____. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. In: Revista do Ministério Público, RJ, nº 4, 1996. Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>>. Acesso em: 07 jan. 2010.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In Revista da Procuradoria-Geral do Estado, RS, nº 60, 2004. Disponível em: <http://www.pge.rs.gov.br/download.asp?nomeArq=revista_pge_60.pdf> Acesso em 21 dez. 2009.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: Revista de Direito da Procuradoria-Geral. Rio de Janeiro: Câmara Municipal, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Curso de direito financeiro e de direito tributário. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; SILVA, José Afonso da. Princípios de direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. Temas de direito administrativo e constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008a.

_____. Uma teoria do direito administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008b.

_____. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. Disponível: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 03 de mar. 2010.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. 6. ed., tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito compiladas por Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. Teoria da norma jurídica. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Baurú-SP: EDIPRO, 2001.

_____. Teoria do ordenamento jurídico. 7. ed. Apresentação: Tércio Sampaio Ferraz Júnior Brasília. UNB, 1996.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRANDELLI, Leonardo. A despatrimonialização do direito civil e a função econômica e social do registro de imóveis. In: Clubjus, Brasília-DF: 17 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?content=2.14789>>. Acesso em: 12 mar. 2010.

BRASIL, Câmara da Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, novembro de 1995. Brasília: Presidência da República do Governo Fernando Henrique Cardoso, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI.HTM>. Acesso em 23 fev. 2010.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativas do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 fev. 2010.

BRASIL, Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/30/1998/19.htm>>. Acesso em: 24 fev. 2010.

BRASIL, Jurisprudência. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923 MC/DF. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ilmar Galvão. Relator p/ Acórdão: Eros Grau. Julgado em: 1 de agosto de 2007. Publicado no DJ de 21 de setembro de 2007, p. 00575. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 5 fev. 2008.

BRASIL, Jurisprudência. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076/AC. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Carlos Velloso. Julgado em: 15 de agosto de 2002. Publicado no DJ de 08 de agosto de 2003, p. 00086. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 24 fev. 2010.

BRASIL, Jurisprudência. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.205/MS. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Sepúlveda Pertence. Julgado em 19 de outubro de 2006. Publicado no DJ de 17 de novembro de 2006, p. 00047. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 mar. 2010.

BRASIL, Jurisprudência. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 565.223/SC. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Cezar Peluso. Julgado em 12 de setembro de 2006. Publicado no DJ de 06 de outubro de 2006, p. 00060. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

BRASIL, Jurisprudência. Intervenção Federal nº 2.257/SP. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator Marco Aurélio. Julgado em 26 de março de 2003. Publicado no DJ de 01 de agosto de 2003, p. 00116. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

BRASIL, Jurisprudência. Intervenção Federal nº 2.915/SP. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator Marco Aurélio. Julgado em 03 de fevereiro de 2003. Publicado no DJ de 28 de novembro de 2002, p. 00011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

BRASIL, Jurisprudência. Recurso Especial nº 1.035.656. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Castro Meira. Julgado em: 06 de maio de 2008. Publicado no DJ de 16 de maio de 2008, p. 77. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

BRASIL, Jurisprudência. Mandado de Segurança nº 7765. Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Paulo Medina. Julgado em: 26 de junho de 2002. Publicado no DJ de 14 de outubro de 2002, p. 183. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

BRASIL, Jurisprudência. Recurso Especial nº 201.819/RJ. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ellen Gracie. Julgado em 11 de outubro de 2005. Publicado no DJ de 27 de outubro de 2006, p. 00064. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

BRASIL, Jurisprudência. Recurso Especial nº 429570/GO. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Eliana Calmon. Julgado em 11 de novembro de 2003. Publicado no DJ de 22 de março de 2004, p. 00277. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 mar. 2010

BRASIL, Jurisprudência. Recurso Especial nº 531349/RS. Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: José Delgado. Julgado em 3 de junho de 2004. Publicado no DJ de 9 de agosto de 2004, p. 00174. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

BRASIL, Jurisprudência. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 5.590/DF. Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgado em 16 de abril de 1996. Publicado no DJ de 10 de junho de 1996, p. 20395. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

BRASIL, Jurisprudência. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.936/RS. 169.876/SP. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Herman Benjamin. Julgado em: 16 de junho de 1988. Publicado no DJ de 11 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

BRASIL, jurisprudência. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF. Decisão monocrática. Supremo Tribunal Federal. Relator: Celso de Mello. Julgado em 29 de abril de 2004. Publicado no DJ de 4 de maio de 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em 9 jul. 2010.

BRASIL, jurisprudência. Agravo Regimental na Reclamação nº 3.034-2/PB. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Sepúlveda Pertence. Julgado em 21 de setembro de 2006. Publicado no DJ de 27 out. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/jsp?jdocTP=AC&docID=388718>> Acesso em 9 jul.2010

BRASIL, Legislação. Decreto nº 2.487, de 02 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a qualificação de autarquias e fundações como Agências Executivas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2487.htm>. Acesso em: 12 abr. 2010.

BRASIL, Legislação. Decreto nº 2.488, de 02 de fevereiro de 1998. Define medidas de organização administrativa específicas para as autarquias e fundações qualificadas como Agências Executivas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D2488.htm>. Acesso em: 12 abr. 2010.

BRASIL, Legislação. Decreto nº 3.029, de 16 de abril de 1999. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D3029.htm>. Acesso em: 13 abr. 2010.

BRASIL, Legislação. Decreto nº 5.020, de 19 de março de 2004. Promulga o Acordo Constitutivo do Centro Latino-Americano de Administração para o Desenvolvimento - CLAD, de 30 de junho de 1972. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/D5020.htm>. Acesso em: 14 mar. 2010.

BRASIL, Legislação. Decreto-Lei nº 77, de 30 de novembro de 1989. Aprova o texto do Acordo Constitutivo do Centro Latino-Americano de Administração para o Desenvolvimento - CLAD, concluído em Caracas, em 30 de junho de 1972. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

BRASIL, Legislação. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del0200.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2010.

BRASIL, Legislação. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2010.

BRASIL, Legislação. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/30/1998/19.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2010.

BRASIL, Legislação. Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm>. Acesso em: 15 abr. 2010.

BRASIL, Legislação. Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 846, de 04 de junho de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.iabas.org.br/IABAS-V0/LeiComplementar-846.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2010.

BRASIL, Legislação. Lei do Estado de São Paulo nº 10.294, de 20 de abril de 1999. Dispõe sobre proteção e defesa do usuário do serviço público do Estado de São Paulo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.unesp.br/ouvidoria/pdf/lei10294_99.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2010.

BRASIL, Legislação. Lei Municipal de São Paulo nº 14.132, de 24 de janeiro de 2006. Dispõe sobre a qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais. Disponível em: <<http://www.iabas.org.br/IABAS-V0/LEI14.132-MunicipiodeSaoPaulo.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2010.

BRASIL, Legislação. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em: 15 abr. 2010.

BRASIL, Legislação. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 15 abr. 2010.

BRASIL, Legislação. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9427cons.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2010.

BRASIL, Legislação. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 08, de 15 de agosto de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2010.

BRASIL, Legislação. Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997 (Lei do Petróleo). Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9478.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2010.

BRASIL, Legislação. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1999. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que mencionam e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1998/9637.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2010.

BRASIL, Legislação. Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L9649cons.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2010.

BRASIL, Legislação. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9784.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2010.

BRASIL, Legislação. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9790.htm>. Acesso em: 02 mar. 2010.

BRASIL, Legislação. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2010.

BRASIL, Legislação. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm> Acesso em: 15 abr. 2010.

BRITO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. Constitucionalismo fraterno e o direito do trabalho. In Conferência de abertura do fórum internacional sobre direitos humanos e sociais. Tribunal Superior do Trabalho em 29 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

CALIL, Laís. O poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e da separação dos poderes. In: Agências Reguladoras e Democracia. Gustavo Binenbojm (coord.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARDOSO, Fernando Henrique. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado: introdução. In: Câmara da Reforma do Estado, novembro de 1995. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDIA.HTM>. Acesso em: 15 abr. 2010.

CARNEIRO, Maria Francisca; SEVERO, Fabiana Galera; ÉLEN, Karen. Teoria e prática da argumentação jurídica: lógica e retórica. Curitiba: Juruá, 1999.

CARVALHO FILHO, José Santos. Processo administrativo federal. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2001.

CARVALHO JÚNIOR, José Ponciano de. Interpretação jurídica: notas acerca dos modelos interpretativos em Kelsen e Luhmann. In: Revista do Curso de Direito das Faculdades Jorge Amado-FJA, publicação periódica anual, ano 2, nº 1. Salvador: Faculdades Jorge Amado, jan./dez. 2002.

CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. 12. ed. São Paulo: Ática, 2001.

CHUEIRI, Vera karam de. In BARRETO, Vicente (org.). Dicionário de filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CLAD, Centro Latino-Americano de Administração para o Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.clad.org/portal>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. Acerca do direito ao direito. In: Estudos de filosofia do direito; uma visão integral da obra de Hans Kelsen. Munir Karan, Luiz Regis Prado (coord). São Paulo: RT, 1985.

_____. Teoria constitucional e direito alternativo. In: uma vida dedicada ao direito, Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. O controle da constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. José Adércio Leite Sampaio (org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. Lógica jurídica: uma introdução; um ensaio sobre a logicidade do direito. São Paulo: Educ, 1992.

COELHO, Luiz Fernando. Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen. In: Estudos de filosofia do direito; uma visão integral da obra de Hans Kelsen. Munir Karan, Luiz Regis Prado (coord). São Paulo: RT, 1985.

CORREIA, José Manuel Sérulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Reimpressão da edição de 1987. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. Direito processual do trabalho. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. A cidade antiga. São Paulo: Edameris, 2006.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A resolução das colisões entre princípios constitucionais. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 7, nº 62, fev. 2003a. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3682>>. Acesso em: 02 mar. 2010.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 2. ed., v. I. Salvador: Juspodivm, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DANTAS, Ivo. Princípios constitucionais e interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da common law. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº 8, Salvador, nov./dez. 2006/jan. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-8-novembro-2006-maria%20syivia.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

_____. Contratos de gestão. Contratualização do controle administrativo sobre a administração indireta e sobre as organizações sociais. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo9.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antônio Cavalcanti. Pós-Positivismo. In BARRETO, Vicente (org.). Dicionário de filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. A ciência jurídica. São Paulo. 4 ed. Saraiva, 1996a.

_____. Compêndio de introdução à ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 1996b.

_____. Conceito de norma jurídica como problema de essência. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. As lacunas do direito. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIREITO INTERNACIONAL. Declaração de Madri, de 14 de outubro de 1998: uma nova gestão pública para a América Latina.. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/CLAD/ngppor.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2010.

DIREITO INTERNACIONAL. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948.. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_intern_universal.htm>. Acesso em: 15 mar. 2010.

DOMINGOS, Sérgio. Conflito de princípios e princípio da proporcionalidade. In: Revista do Curso de Direito, nº 1, v. 1, p. 23-25. Brasília-DF, jan./jun. 2000.

DROMI, Roberto. Derecho administrativo. 12. ed. Buenos Aires: Ciudad, 2009.

DUARTE, David. Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio de imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

DWORKIN, Ronald. El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanásia y la libertad individual. Barcelona: Ariel, 1998.

_____. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENCARNAÇÃO, João Bosco da. Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica. 3. ed. Lorena-SP: Editora Stiliano, 1999.

ESPANHA, Constituição (1978). La Constitución Española de 1978. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.html>. Acesso em: 02 mar. 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o direito privado: contribuindo para o estudo da atividade de direito da Administração Pública. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1999.

FARIA, Anacleto de Oliveira. Instituições de direito. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito civil: teoria geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. Princípios jurídicos. In: Revista do Centro Universitário de Araraquara - UNIARA, nº 20, p. 13-29. Araraquara-SP: UNIARA, 2007.

FERNANDES JÚNIOR, Adriano Augusto; PEREGALLI, Enrique. Evolução do pensamento de Hans Kelsen. São Paulo: Arquivos Capital, 1998.

FERNANDES, Ciro Campos Christo. A reforma administrativa no Brasil: avanços e limites 1995-98. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Terceiros-Papers/PublicAdministrationReform-Portugues.pdf>. Acesso em 23 jan. 2006.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacob. Tomada de Contas Especial. 2. ed. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. A soberania no mundo moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAREZI, Elisabete; REZENDE, Valéria. Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. 2. ed. Brasília: Comunidade Solidária, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direito, retórica e comunicação: para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional: de acordo com a Constituição Federal de 1988. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERREIRA, Luísa Costa. Administração, legalidade e transparência. In: Boletim do CCAC nº 5, de mar. 2003. Disponível em: <<http://www.ccac.org.mo/pt/publication/download/article/article03.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2010.

FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. Crítica à teoria sistêmica da sociedade. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/1739/1438>> Acesso em: 10 abr. 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 5. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. In Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado – RJ. v. 56, 2002.

FIORANELLI JÚNIOR, Adelmo. Direito e linguagem. São Paulo: RT, 1995.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FONTES, José. Curso breve sobre o Código do Procedimento Administrativo: Código do Procedimento Administrativo; Carta ética da Administração Pública. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. In: Revista eletrônica sobre a reforma do Estado nº 10 – junho, julho e agosto de 2007. Disponível em: <[http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-10-JUNHO-2007-VLADIMIR%20FRAN%](http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-10-JUNHO-2007-VLADIMIR%20FRAN%20)> Acesso em 12 mar.2010.

GARUTTI, Fábio. Humanismo de Maritain e a Burocracia. São Paulo: Coleção Instituto Jacques Maritain do Brasil: Loyola, 2001.

GASPAR, Alfredo. Instituições de retórica forense. Coimbra: Minerva, 1998.

GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Daniela Vasconcellos. A noção de propriedade no direito civil contemporâneo. In: Revista Internauta de Prática Jurídica, ago./dez., 2006. Disponível em: <<http://www.ripj.com>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras: a “metarmofose” do Estado e da Democracia (uma reflexão do direito constitucional e comparado). In: Agências Reguladoras e Democracia. Gustavo Binenbojm (coord.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

GORDILLO, Agustín. Después de la reforma del Estado. 2. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Admionistrativo - FDA, 1998.

GRANJEIRO, J. Wilson. Manual direito administrativo moderno. 26. ed. Brasília: Vestcon, 2005.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria da ciência jurídica. São Paulo: Saraiva, 2001.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Dicionário técnico-jurídico. 2. ed. São Paulo: Rideel, 1999.

HÄBERLE, Peter. Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo. Lisboa: Conferência Internacional sobre a Constituição Portuguesa. In Revista de direito público nº 13 – jul-ago-set/2006 – doutrina estrangeira. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.Edu.br/index.phb/direitopublico/article/viewFile/417/331>> Acesso em 13 de agosto de 2009.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. 4. ed., tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. Teoria pura do direito. 6. ed., 3. tir., tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 2009.

LIJPHART, Arend. Modelos de democracia: desempenho e padrões de Governo em trinta e seis países. São Paulo: Civilização Brasileira, 2003.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In Direitos fundamentais; orçamento e "reserva do possível". 2. ed.. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm (orgs). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In Revista de Informação Legislativa, ano 36, nº 141, p.99-109. Brasília, jan./mar. 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. São Paulo: RT, 1998.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. Publicado em 16 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=6>. Acesso em: 15 mar. 2010.

MARE, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Organizações sociais. In: Cadernos MARE da reforma do Estado, v. 2. Secretaria da Reforma do Estado Organizações sociais / Secretaria da Reforma do Estado. Brasília: MARE, 1997. Disponível no site: <<http://www.mare.gov.br>>. Acesso em: 22 fev. 2002.

MARE, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Câmara da Reforma do Estado. Disponível no site: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI.HTM>. Acesso em: 24 fev. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. In: Aspectos Jurídicos e Políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. A abertura constitucional e os novos direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor doutor Manuel Gomes da Silva. Lisboa: Coimbra Editora, 2001.

_____. Manual de direito constitucional: preliminares - o Estado e os sistemas constitucionais. 7. ed., tomo I. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

MODESTO, Paulo. O Princípio da eficiência e Estado Democrático e Social. In: Revista do Serviço Público, nº 2, ano 51, ab./jun., 2000a.

_____. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. Trabalho publicado originalmente na Revista Interesse Público, São Paulo, Editora Notadez, nº 07, 2000, p. 65-75. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 5, nº 48, dez. 2000b. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=343>>. Acesso em: 16 abr. 2010.

MONTORO, André Franco. Estudos de filosofia do direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito da dignidade humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. A caminho de um direito civil constitucional. In: Revista de Direito Civil, v. 65, p. 21-32. São Paulo, jul./set. 1993.

_____. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In A constituicionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

MORALES, Carlos Antonio. Nem privado nem estatal: em busca de uma nova estratégia para a provisão de serviços públicos. In: Revista do Serviço Público, ano 49, nº 04, out. dez. de 1998.

MOREIRA, Egon Bockman; SOARES JÚNIOR, Lauro Antonio Nogueira. Regulação econômica e democracia: a questão das agências administrativas independentes. In Agências reguladoras e democracia. Gustavo Binenbojm (coord). Rio de Janeiro: Lúmen, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. A independência das agências reguladoras. In Boletim de direito administrativo: junho 2000.

_____. Consideraciones sobre la participación em el derecho comparado Brasil-Espanha. In: Revista da Administración Pública - RAP, vol. 152, mai./ago., 2000.

MORENO, Pedro T. Nevado-Batalla. Análisis jurídico del principio de eficacia en la actuación pública. Espanha: Universidad de Salamanca, 2006. Disponível em: <<http://www.acuentascanarias.org/Maspalomas2006/PonenciaPNevado.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. Curso de direito do trabalho. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência. In Revista Esmafe: Escola de magistratura Federal da 5ª Região nº 11, dez. 2006. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/component/option,com_docman/task,doc_view/gid> Acesso em 10 mar. 2010.

OLIVEIRA, Mário Esteves de; GONÇALVES, Pedro Costa; AMORIM, João Pacheco. Código do Procedimento Administrativo. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

OTERO, Paulo. Direito administrativo: relatório. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser. A reforma do aparelho do Estado e a Constituição brasileira. Conferência nos seminários sobre a reforma constitucional. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1995/98.ReformaAparelhoEstado&Constituicao.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

_____. Crise econômica e reforma do Estado no Brasil. São Paulo: Editora 34, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional, trad. M. C. de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. In Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 51-52, p. 81-102. São Paulo: PFE, jan./dez. 1999.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho. 3. tiragem. São Paulo: LTr, 1993.

PORTOCARRERO, Marta. Modelos de simplificação administrativa: a conferência procedimental e a concentração de competências e procedimentos no direito administrativo. In: Estudos e Monografias. Porto: Publicações Universidade Católica, 2002.

PORTUGAL, Constituição (1976). Constituição da República Portuguesa: In: Portal do Governo. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/>. Acesso em: 02 mar. 2010.

PORTUGAL, Legislação. Decreto-Lei nº 442, de 15 de novembro de 1991. Código do Procedimento Administrativo. In: Centro de Competência Malha Atlântica. Disponível em: <http://www.malhatlantica.pt/cfaeca/legislacao/C_P_A.DOC>. Acesso em: 13 abr. 2010.

POZZOLI, Lafayette; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (orgs.). Ensaio em homenagem a Franco Montoro: humanista e político. São Paulo: Loyola, 2001.

PRADO, Luiz Regis; KARAM, Munir (coords.). Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. São Paulo: RT, 1985.

PRADO, Mariana Mota. Accountability Mismatch: as agências reguladoras independentes e o Governo Lula. In: Agências Reguladoras e Democracia. Gustavo Binenbojm (coord.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RAMOS, Marcelo de Matos. Contratos de gestão: instrumentos de ligação entre os setores do aparelho do Estado. In Revista do Serviço Público, nº 2, ano 48, 1997. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Terceiros-Papers/97-Ramos,MdeMatos>> Acesso em 21 jan.2007.

RÁO, Vicente Paulo Francisco. O direito e a vida dos direitos. 4. ed., anot., e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1997.

REALE, Miguel. Acerca do direito ao direito. In: Estudos de filosofia do direito; uma visão integral da obra de Hans Kelsen. Munir Karan, Luiz Regis Prado (coord). São Paulo: RT, 1985.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In Revista Interesse Público, v. 4, p. 23-48. Porto Alegre, 1999.

_____. Princípios constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Victor Gabriel. Argumentação jurídica: Técnica de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROTHENBUG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Francisco de Araujo. Humanismo de Maritain no Brasil de hoje: ciência, arte e sociedade. São Paulo: Loyola, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010a.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010b.

_____. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In *Direitos fundamentais; orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed.. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm (orgs). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Interesses públicos versus interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público*. Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

SILVA, Nelson Finotti. Paridade de armas no processo civil. In *Revista jurídica*, 2005. Disponível em: <http://www.manualdeprocessocivil.com.br/arquivos/artigo_nelson2.pdf> Acesso em: 21 nov. 2009.

SILVA, Jônatas. Uma reflexão alternativa. In: *Estudos de filosofia do direito; uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. Munir Karan, Luiz Regis Prado (coord). São Paulo: RT, 1985.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 212. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Os princípios constitucionais fundamentais. In: *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, v. 6, nº 4, p. 17-22, Brasília, out./dez., 1994.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. O projeto de código civil e o direito de família. In: *Intelligentia Jurídica*, 2001. Disponível em: <<http://www.intelligentiajuridica.com.br/artigos/artigo1-oldjan2001.html>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

SILVEIRA, Luís Lingnau. *Código do Procedimento Administrativo*. Lisboa: Gráfica Jesus, Ltda., novembro de 1998.

SOUSA, António Francisco de. A participação dos interessados no procedimento administrativo. In: *Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Lições de direito administrativo*. V. 1. Lisboa: Lex, 1999.

SOUZA, Luis Sérgio Fernandez de. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito*. São Paulo: RT, 1993.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo regulatório. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRUCHINER, Noel. Formalismo jurídico. In BARRETO, Vicente (org.). Dicionário de filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. Evolução histórica do direito administrativo. São Paulo: RT, 1997.

TELLES JUNIOR, Goffredo. Direito quântico. 7. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEUBNER, Günther. Após a privatização: conflitos de discurso no direito privado. In Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923 MC/DF. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ilmar Galvão. Relator p/ Acórdão: Eros Grau. Julgado em: 1 de agosto de 2007. Publicado no DJ de 21 de setembro de 2007, p. 00575. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 5 fev. 2008.

TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação”, constitucionalização e reprivatização no direito privado: o Código Civil ainda é útil? In: The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies, v. 3, Issue 1, Article 1. Rio Grande do Sul: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Timm.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In Direitos fundamentais; orçamento e ”reserva do possível”. 2. ed.. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm (orgs). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VERGARA, Sylvia Constant. Projetos e relatórios de pesquisa. São Paulo. 3 ed. Atlas, 2000.

VIEIRA, OSCAR VILHENA. Que reforma? In: Estudos Avançados, ano 18, nº 51., p. 195-207. 2004.

WEIL, Prosper. O direito administrativo. Tradução: Maria da Glória Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1977.

WOLKMER, Antonio Carlos. Uma nova conceituação crítica de legitimidade. In: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 05, IBDC - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: RT, out./dez., 1993.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. As garantias constitucionais da ação. Editora CopyMarket.com, 2000. Disponível em: <<http://www.cesarkallas.net/arquivos/livros/E-books%20de%20Direito/00703%20-%20As%20Garantias%20Constitucionais%20da%20A%E7%E3o.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

ZIMMERMANN, Augusto. As fundações legais e extralegis do estado de direito. In Revista Eletrônica Achegas, nº 29, mai./jun. 2006. Disponível em: <http://www.achegas.net/numero/29/zimmermann_29.htm> Acesso em: 10 abr. 2010.