

# Os princípios constitucionais da Administração Pública e o mundo prático no Direito Administrativo<sup>1</sup>

## The constitutional principles of public administration and the practical world in Administrative Law

Leonel Pires Ohlweiler<sup>2</sup>

Centro Universitário La Salle, Brasil

leonelpires@terra.com.br

### Resumo

Os princípios constitucionais da Administração Pública ainda estão atrelados à recepção hermenêutica do positivismo jurídico realizada pelo Direito Administrativo. É importante lançar um olhar para a historicidade das próprias concepções sobre o Direito e o modo de compreensão dos princípios, desde o jusnaturalismo até o positivismo jurídico. Os princípios constitucionais da Administração Pública ainda são influenciados por este modo de ser positivista, compreendidos como portadores de um conteúdo revelado por uma instância de racionalidade dogmática e aplicados de forma dedutiva, com a finalidade de revelar a essência do sistema positivo. A Nova Crítica do Direito proporciona este olhar crítico sobre a compreensão do significado dos princípios como modo de introduzir o mundo prático do direito na decisão jurídica, ultrapassando a metafísica do conteúdo e a discricionariedade. Estes princípios são autênticos padrões hermenêuticos responsáveis por institucionalizar a moral no Direito Administrativo, conferindo sentido autêntico às regras jurídicas.

**Palavras-chave:** princípios constitucionais da Administração Pública, hermenêutica, Constituição, Moral e Direito.

### Abstract

The constitutional principles of public administration are still tied to the hermeneutical reception of legal positivism performed by Administrative Law. It is important to look at the historicity of the views of law themselves and the way the principles have been understood over time, from natural law to legal positivism. The constitutional principles of public administration are still influenced by this positivistic stance, as they are understood as having a content revealed by a jurisdiction of dogmatic rationality and are applied in a deductive manner, in order to reveal the essence of the positive system. The New Critique of Law provides this critical look at the understanding of the meaning of the principles as a way of introducing the practical world of law in juridical decisions, going beyond the metaphysics of content and discretion.

<sup>1</sup> O artigo integra o projeto de pesquisa "Os Princípios da Administração Pública e a Legitimidade do Direito Administrativo: democratização e efetividade" realizado junto ao Unilasalle e contou com a colaboração da acadêmica Clara de Conto.

<sup>2</sup> Desembargador do TJRS. Mestre e Doutor em Direito. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito do Unilasalle. Centro Universitário La Salle (Unilasalle), Av. Vitor Barreto, 2288, 92010-000, Canoas, RS, Brasil.

These principles are authentic hermeneutic standards responsible for institutionalizing morals in Administrative Law, ascribing authentic meaning to legal rules.

**Key words:** constitutional principles of Public Administration, hermeneutics, Constitution, Law and Morals.

## Introdução. O que é isto, princípio jurídico?

O tema referente aos princípios jurídicos ocupa o cenário dos debates no Direito há algum tempo, constituindo-se objeto de diversas teorizações dogmáticas, culminando, inclusive, com a afirmação de uma nova “idade de ouro dos princípios”, não apenas no campo da filosofia do Direito (Sanchis, 1992, p. 17). No horizonte de sentido da historicidade do Direito, é crível afirmar que, no âmbito das concepções jusnaturalistas, os princípios jurídicos eram compreendidos como verdadeiros axiomas, portadores de verdades inquebrantáveis, por vezes relacionados de forma mais imediata com questões ligadas à filosofia e à justiça.

Não tardou em consolidar-se a migração dos princípios para os sistemas codificados, adotando-se uma dimensão jusprivatista, mas já com reconhecido caráter normativo, muito embora ainda compreendidos por meio do paradigma da metafísica, atrelados à filosofia da consciência e legitimados como fonte do Direito para o preenchimento de lacunas. O fenômeno do constitucionalismo foi determinante para a inserção de princípios nos textos constitucionais do século XX, alimentando ainda mais o debate sobre a aplicação de tais princípios em diversos campos do Direito, como, no caso desta pesquisa, do Direito Administrativo<sup>3</sup>.

Tais explicitações sobre a historicidade são imprescindíveis, na medida em que se adota neste estudo o entendimento segundo o qual o conceito de princípio também é um conceito interpretativo, assim como o de Direito, conforme destaca Ronald Dworkin ao referir que tais conceitos são capazes de estimular a refletir sobre aquilo que é exigido por alguma prática que é elaborada (Dworkin, 2010, p. 17)<sup>4</sup>. Desta forma, a discussão sobre os princípios constitucionais da Administração Pública não se resolve no âmbito semântico. Para dimensionar o seu significado, é crucial estabelecer um

diálogo hermenêutico com a tradição (Gadamer, 1993, p. 344), eis que o sentido antecipado é determinante para vislumbrar o que é um princípio jurídico, constituindo-se importante o diálogo com o pensamento da antiguidade, ainda que a concepção de princípio fosse relacionada com as ideias de ética e justiça. Toda esta caminhada hermenêutica é fundamental para bem dimensionar as razões pelas quais é tão difícil superar a herança jusracionalista que impregnou o Direito Administrativo do século XVIII e foi determinante para a compreensão dos princípios constitucionais da Administração Pública.

Há um texto bastante interessante de Martin Heidegger, “Que é isto – a filosofia?”, no qual, conforme o próprio título sugere, faz a interrogação sobre o que seria a filosofia, mencionando que a resposta a tal indagação, para alguns, estaria relacionada com a razão; a filosofia não seria o racional, mas aquilo que guarda a razão (Heidegger, 1979, p. 14). Tal afirmação, para o autor, importa em determinar previamente uma concepção de filosofia, pois dizer que a filosofia é racional, ou até mesmo irracional, pressupõe o que é racional.

Com efeito, na própria pergunta cuja resposta se procura obter já está antecipadamente dado um caminho. Assim, para responder tal questionamento – que é isto – a filosofia? –, é crucial lançar o olhar para dentro da filosofia, mas, por outro lado, somente é possível lançar este olhar se já se sabe o que é filosofia. Heidegger conclui dizendo tratar-se de uma relação circular, exigindo uma resposta filosofante e que assim pode ser entrando-se em diálogo com os filósofos: “Não encontramos a resposta à questão, que é a filosofia, através de enunciados linguísticos, sobre as definições da filosofia, mas através do diálogo com aquilo que se nos transmitiu como ser do ente” (Heidegger, 1979, p. 20).

Considerando essa afirmação, a resposta filosofante não consiste simplesmente em descrever o dito pelos filósofos, mas mergulhar naquilo para onde a filosofia caminha. Pode-se, desta forma, compreender a relação do pensamento de Heidegger com a história da

<sup>3</sup> Esta linha de construção dos princípios na sua historicidade é referida por Bonavides (1996, p. 235-238).

<sup>4</sup> Tratando-se de um conceito interpretativo, o debate sobre o conceito de princípio jurídico não se resolve com métodos voltados para a descrição dos diversos conceitos elaborados, proporcionando a obtenção de uma espécie de “essência”, capaz de revelar o significado de princípio jurídico. Não se conhece de algo sem o conjunto de pré-compreensões construídas em determinada tradição. Reconhecer tal condição de possibilidade é fundamental para ultrapassar a metafísica dos princípios jurídicos, bem como admitir a importância de buscar a melhor compreensão possível.

filosofia. A resposta filosofante não consiste em romper com a história, mas, utilizando suas palavras, uma apropriação e transformação do que foi transmitido, ou seja, “desmontar” as afirmações puramente históricas sobre a história da filosofia (Heidegger, 1979, p. 20)<sup>5</sup>.

A partir de tais premissas, o conceito de princípios jurídicos deve ser (re)pensado filosoficamente por meio de uma postura hermenêutica capaz de compreender os sentidos compartilhados, em vez de adotar as tradicionais posturas voltadas para evidências lógico-formais do dogmatismo. Desta forma, quando se questiona sobre o que é um princípio jurídico, sob a perspectiva hermenêutica, já está no horizonte de sentido de uma dada concepção de princípio jurídico. Trata-se, portanto, de abordar o tema sobre os princípios constitucionais da Administração Pública, a partir do trabalho desenvolvido por Lenio Luiz Streck, especialmente na obra *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, na qual é lançado um olhar inovador sobre a hermenêutica jurídica, a partir da matriz teórica de autores como Heidegger, Gadamer e Dworkin, buscando-se superar o dogmatismo do positivismo jurídico, além da construção de indicações democráticas contra a discricionariedade judicial.

Nos próximos itens será lançado este olhar questionador, inicialmente, para dentro do próprio Direito, seja a partir das bases da modernidade, ou do olhar clássico por meio do qual aparece no conceito de justiça, destacando-se o caráter circular da compreensão sobre o tema, bem como a configuração de conceito interpretativo; mas, é importante reforçar, a pergunta filosofante sobre os princípios jurídicos não implica mera discussão daquilo que os juristas/filósofos, ao longo de décadas, afirmaram sobre a questão, mas problematizar o próprio caminho das construções jurídico-filosóficas.

## **Direito, princípios e as construções metafísicas: do jusnaturalismo ao jusracionalismo do Estado Moderno**

Como já mencionado, o jusnaturalismo, em suas diversas formulações, não foi indiferente à presença de princípios, mas, por certo, atrelados ao modo de fundamentar o direito, qual seja, a metafísica do Direito Natural. Ao examinar a fase jusnaturalista dos princípios, Bonavides menciona:

[...] aqui, os princípios habitam ainda a esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira postulados de justiça (Bonavides, 1996, p. 232).

O Direito Natural<sup>6</sup> da antiga Grécia possuía uma fundamentação calcada na harmonia da natureza, sendo possível retirar desta racionalidade natural um conjunto de princípios, dotados de conteúdo fixo, compreendidos como axiomas e portadores de verdades imutáveis. É importante destacar que, no chamado período cosmológico, o homem era compreendido como submetido a leis fundadas no mundo natural, tal como observado na época, e suas regularidades (Ruiz Miguel, 2002, p. 19). Na esteira dos filósofos da época, como Heráclito, o elemento organizador da sociedade e, por consequência, das leis humanas era o *logos*, a razão derivada da ordem cósmica geral. Tal expressão, seja significando razão ou linguagem, constitui-se espécie de lei eterna ou princípio divino que dá origem a tudo. Desta forma, os princípios são compreendidos como elementos de justiça, fundados em uma lei natural (Ruiz Miguel, 2002, p. 20), capazes de orientar as leis humanas, em virtude de seu caráter universal.

Com o objetivo de explicitar a importância de Platão e Aristóteles, vale a referência de Angel Sánchez de La Torre, em texto específico sobre a questão dos princípios gerais do Direito:

Platón asume en su propio pensamiento la noción de ‘principio’, al cual asigna ya una doble función: “causa de movimiento” y “fundamento de demostración”. Aristóteles proyecta la más amplia consideración de este concepto: al tomarlo como punto de partida para toda comprensión, tanto de la noción del ser, como de la explicación de su evolución, como del método de su conocimiento. Para Aristóteles, el “principio” es: punto de partida de un movimiento; punto de partida “preferible” a otro; punto de partida efectivo para poder hacer algo; causa externa de un proceso evolutivo o de un movimiento espacial; agente de una decisión que introduce un cambio en la realidad; punto de partida (premisa) para un proceso cognoscitivo (Sánchez de La Torre, 1993, p. 18).

No próprio Direito Romano é possível identificar a presença de princípios, mas também vinculados à metafísica do mundo antigo, ao modo de

<sup>5</sup> O filósofo da Floresta Negra utiliza a expressão “destruição”, mas no sentido exposto no § 6º de *Ser e Tempo*: “Destruição significa: abrir nosso ouvido, torná-lo livre para aquilo que na tradição do ser do ente nos inspira. Mantendo nossos ouvidos dóceis a esta inspiração, conseguimos situar-nos na correspondência”.

<sup>6</sup> Muito embora se utilize nesta pesquisa a expressão Direito Natural, inclusive para referir-se ao período da antiguidade, destaca-se que na Grécia não havia uma palavra específica para designar o Direito, confundindo-se com as construções sobre a Justiça, conforme referem Reale (1994, p. 627) e Kretschmann (2006, p. 33).

compreender o fenômeno jurídico e aos debates da época sobre questões relacionadas com problemas morais e políticos. Não se pode desconhecer a grande influência do pensamento estoico para a formação das bases do conhecimento jurídico em Roma, escola marcada por um discurso de unidade, com base no *logos* do universo, destacando a relevância de adequação das ações com os princípios naturais. Inspirado pelo estoicismo, Cícero afirmou que “o fundamento das leis reside então na reta razão, comum a todos os homens e sendo uma lei verdadeira, imutável e eterna não necessita sequer de intérpretes” (Kretschmann, 2006, p. 52).

Deve-se destacar que o fundamento deste direito estava na natureza das coisas, sendo que esta ordem era considerada como justa (Kretschmann, 2006, p. 52). Havia, portanto, a preocupação de construir um catálogo de princípios capaz de orientar os trabalhos práticos de resolução dos casos jurídicos, mas sem perder de vista esta necessidade do paradigma da época de compreender as leis a partir das leis naturais.

No intuito de bem compreender a função que, hoje, no mundo moderno (pós-moderno), os princípios podem desempenhar, deve-se dimensionar que eles também aparecem no jusnaturalismo do medievo e atrelados aos fundamentos teológicos da época. Sem a pretensão de problematizar em detalhes a questão, a Igreja foi importante no papel de organização da sociedade, com explicações míticas da realidade, além da funcionalidade atribuída ao pensamento de Platão e Aristóteles (Kretschmann, 2006, p. 71).

Com efeito, em certo período, os princípios funcionaram como portadores de uma verdade divina e que não era construída, mas revelada para bem ordenar o mundo. No pensamento de Santo Agostinho há a clara pretensão de organização, de colocar ordem na “cidade dos homens”, a fim de adequação ao fim último que é Deus. O Direito, por sua vez, não se fundamenta na natureza humana, mas legitima-se a partir da ordem divina do mundo, pois “leis injustas não são leis...” (Wolkmer, 2006, p. 68-69).

Ainda deve-se mencionar o entendimento de São Tomás de Aquino, pois, direcionado para ultrapassar os aspectos do voluntarismo na busca de maior racionalidade na concepção de lei, divide-a em lei eterna, lei natural e lei humana<sup>7</sup>. Os princípios são necessários para a realização do supremo princípio da lei natural que é o bem, sendo que o modo de realização dos princípios é interessante, como destaca Angela Kretschmann:

Para Santo Tomás o primeiro princípio é deduzido da busca pelo ser humano da felicidade, mas nem todos os princípios que se podem deduzir do conhecimento da natureza humana se impõem com a mesma força, motivo pelo que ele classificou os princípios em “primeiros princípios gerais”, “princípios particulares” e “conclusões remotas dos princípios”. Disso tudo resulta que os princípios gerais são comuns a todos os seres humanos e imutáveis (Kretschmann, 2006, p. 79).

Dentre tantas figuras importantes do período medieval, Agostinho de Hipona destacou-se igualmente pela influência que exerceu sobre as construções iniciais do método jurídico medieval e as bases da ciência jurídica dos séculos X, XI e XII, além do voluntarismo, configurando a compreensão dos textos romanos como capaz de fornecer um direito descoberto, não algo criado pelo homem (Calvo García, 1994, p. 22). É claro que a concepção atual de princípios do Direito difere muito daquela do período medieval, mas é interessante anotar que não se poderia concebê-los de forma diversa das condições de possibilidade fornecidas pelo estágio de evolução do conhecimento jurídico. Na medida em que a Ciência Jurídica nasce vinculada ao texto e à interpretação dogmática, tais pressupostos metodológicos influenciam o próprio modo de compreender os princípios.

A filosofia de Agostinho de Hipona, consagrando a hipótese de uma vontade racional única e coerente por trás dos textos, terá grande repercussão nas incipientes teorizações sobre o Direito, oriundas especialmente a partir do descobrimento do *Corpus Iuris Civilis*, como alude Manuel Calvo García (1994, p. 23).

A questão desta investigação, portanto, impõe problematizar, ainda que sem a pretensão de esgotar, o próprio nascimento da Ciência Jurídica, pois decorre da importância atribuída aos doutores, que não seriam apenas intérpretes, mas intérpretes dotados de autoridade. Muito da proeminência do labor desenvolvido pelos doutores origina-se do crescimento paulatino das universidades e que contribuíram para propagar o método escolástico (Calvo García, 1994, p. 25). Sob o ponto de vista de método, tanto os glosadores como os pós-glosadores firmaram a pré-compreensão de que a atividade científica realiza-se no texto. Logo, a atividade do jurista seria descobrir a verdade objetiva contida no texto, identificada com a vontade de um legislador ou uma instância racional contida de modo profundo no princípio jurídico que fecha o texto (Calvo García, 1994, p. 31). Com efeito, os princípios seriam descobertos pelo intérprete, constituindo-se numa instância de

<sup>7</sup> Para aprofundar a questão, ver a classificação de Ruiz Miguel (2002, p. 111).

sentido já previamente contida no texto e capaz de demonstrar a razão contida na lei.

Tais questões metodológicas do final do período medieval são muito importantes para a construção de um novo imaginário, com reflexos diretos sobre o conhecimento jurídico, marcado também pelo crescente processo de secularização do Estado.

A dogmatização do texto aprofunda-se com o juracionalismo dos séculos XVI e XVII, coroando o primado da razão como premissa do conhecimento racional. Os princípios jurídicos, desta forma, são vislumbrados no horizonte de um Direito que deveria ser construído racionalmente (Oliveira, 2008, p. 50), sendo um dos objetivos apresentá-lo a partir do ideal de completude. Não se pode divorciar esta análise da própria concepção do Estado Moderno, fundado na necessidade de unificação do poder, a fim de conferir maior segurança jurídica para as relações comerciais. O Direito Natural do período, se é que se pode assim denominar, considerando a diversidade de teorias, apresenta-se como instância relacionada com a lei positiva, estruturando-a de modo sistemático. Princípios, com efeito, representavam uma instância abstrata, capaz de racionalizar o modo de compreensão da Ciência Jurídica.

Há um aspecto importante no juracionalismo, relacionado com a metafísica da vontade, pois em Hobbes a lei adquire significado fundamental para a racionalidade do Direito e muito em virtude de constituir-se um mandato que expressa a vontade do soberano (Hobbes, 1999, p. 22). Tal elemento de ordenação do conhecimento jurídico influencia sobremaneira para vislumbrar nos princípios jurídicos a capacidade de revelar esta vontade da lei. Trata-se do mito do legislador racional, pois o Estado representa a expressão absoluta da razão, como menciona Calvo García (1994, p. 45). Logo, as eventuais contradições entre leis deveriam ser resolvidas com base na interpretação, cuja função integradora se direciona para revelar a intenção do legislador, sendo que esta intenção significa equidade.

É interessante destacar que esta intenção não atribui ao intérprete a possibilidade de laborar com elementos estranhos ao Direito, mas tão somente a capacidade de retirar do texto aquilo que contém de racionalidade. A razão não se revela por meio da literalidade, mas da intenção ou significado:

Porque a natureza da lei não consiste na letra, mas na intenção ou significado, isto é, na autêntica interpretação da lei (ou seja, do que o legislador quis dizer), portanto, a interpretação de todas as leis depende da autoridade soberana [...] (Hobbes, 1999, p. 224).

Tais pressupostos são cruciais para o desenvolvimento da própria metodologia do Direito, sendo que os princípios estão atrelados a esta “metafísica da vontade”, cuja aplicação e compreensão ocorrem na medida da adequação à intenção do legislador racional.

Outro autor importante do Direito Natural racionalista foi Hugo Grocio, cuja construção do conhecimento jurídico se alicerçou na necessidade de ultrapassar a insegurança da época, marcada por conflitos e guerras (Calvo García, 1994, p. 46), o que influenciou para a busca de um fundamento de validade universal, um Direito Natural derivado da razão e independente das vontades divinas. Refere, assim, a existência de alguns princípios do Direito Natural e que são obtidos de forma dedutiva, conforme o método racional de construção jurídica. Com efeito, e restrito aos objetivos desta pesquisa, os princípios revelam uma dimensão da racionalidade e derivada da natureza humana. Não se pode olvidar que a interpretação está marcada pelo procedimento da dedução, sendo que as palavras da lei, como regra geral, deveriam ser compreendidas a partir do seu significado comum, como menciona Manuel Calvo García (1994, p. 48).

Há um aspecto interessante no racionalismo de Grocio, pois estava preocupado em resolver os problemas, as lides da vida real, o que poderia ser obtido com a construção de um amplo sistema jurídico, a fim de “dominar a realidade da vida” (Welzel, 2011, p. 165). Aqui os princípios também desempenham função importante de integrar um sistema jurídico, fundamentos da racionalidade deduzidos da natureza humana.

Em termos de firmar o ideal de sistematização do Direito, foi profícuo o trabalho desenvolvido por Samuel Pufendorf ao construir uma teoria geral do direito que exerceu grande influência nas posteriores codificações. Já se erigiam nesta época as bases racionais da distinção entre Direito e Moral, além de um pendor positivista. Reafirma o pressuposto segundo o qual o Direito Natural é oriundo da razão e a certeza hermenêutica é exigência normativa, e não apenas uma questão de conhecimento racional, como destaca Calvo García (1994, p. 51). Tal desiderato exige a construção de procedimentos racionais, sendo que os princípios do Direito localizam-se dentro desta compreensão teórica de buscar segurança jurídica para construir um sistema racional. Este é o pano de fundo no qual alguns princípios serão desenvolvidos. Pufendorf contribuiu sobremaneira para a institucionalização do formalismo jurídico no Direito, com pressupostos do Direito Natural de base racionalista e obtidos dedutivamente, pois a certeza jurídica seria uma questão de evidências formais (Calvo García,

1994, p. 51). Na medida em que a dedução é o método necessário para a construção de decisões jurídicas racionais, está impregnada deste ideário a aplicação de princípios jurídicos, eis que interligada com a necessidade da época de organização racional para melhor realizar a segurança jurídica (Welzel, 2011, p. 174)<sup>8</sup>.

Em síntese, os princípios jurídicos constituem-se instrumentos integrados no processo de materialização da vontade do legislador racional, partindo-se da concepção racionalista segundo a qual as lacunas ou as antinomias jurídicas não podem dificultar o trabalho de aplicação do Direito, cabendo ao jurista, por meio de preceitos gerais e abstratos, a resolução dos casos concretos (Calvo García, 1994, p. 61).

## **A metodologia do positivismo jurídico e os princípios no Direito: essências, racionalidade e discricionariedade**

Muito embora a tarefa de delimitar o positivismo jurídico seja bastante complexa, não se pretende neste breve estudo aprofundar a questão, mas tão somente destacar aspectos que interessam para melhor vislumbrar o tema desta investigação. Não se pode falar em verdadeira oposição em relação aos paradigmas que antes se desenvolveram, mas muito mais como consagração de alguns ideais, conforme refere Rafael Tomaz de Oliveira, no sentido de dotar o Direito de racionalidade. Daí a importância que a figura dos princípios gerais do Direito adquire por ocasião dos movimentos de codificação:

Nesta medida, os princípios gerais do Direito aparecem como reminiscências do projeto jusnaturalista em pleno seio da cultura positivista emergente, como figuras capazes de suprimir as eventuais lacunas existentes no sistema positivo do direito codificado para lhe preservar a completude lógico-sistemática conquistada racionalmente (Oliveira, 2008, p. 50).

Esta observação é interessante, pois evidencia que o processo de codificação se tornou exigência de uma época, mas ainda com os resquícios do jusnaturalismo moderno. Como refere Norberto Bobbio, não se pode olvidar que, no século XVIII, o direito natural ainda está vivo, tanto que, sem abandonar o imaginário juspositivista que se formava paulatinamente, o Direito Natural é adotado como mecanismo para colmatar lacunas em algumas legislações, como no Código austríaco de 1811, cujo artigo 7º estabeleceu a possibilidade de utilização dos princípios do Direito Natural quando o caso não puder ser decidido com base em texto legal específico (Bobbio, 1995, p. 44).

No âmbito do positivismo exegético, deve-se destacar que suas bases foram construídas em torno da importância histórica do Código de Napoleão de 1804. Este texto legal, após aproximações e distanciamentos dos projetos apresentados, em relação à doutrina do Direito Natural, originou-se do projeto definitivo apresentado por Portalis, com a supressão do texto do artigo 1º<sup>9</sup>. No entendimento de Norberto Bobbio, a concepção formalista e exegética do Código Civil Francês foi obra mais dos seus intérpretes do que dos seus redatores, especialmente pela análise do texto do artigo 4º, sem o artigo 9º, presente no projeto definitivo, e posteriormente eliminado<sup>10</sup>.

Os princípios jurídicos, desta forma, no horizonte de sentido do positivismo exegético, após migrarem do Direito Natural, para os textos codificados como princípios gerais do Direito, foram concebidos como instrumentos que deveriam ser utilizados quando houvesse insuficiência da lei, como bem refere Margarita Beladiez Rojo:

A partir de este momento los principios jurídicos adquieren una especial relevancia para el Derecho. Pero, curiosamente, la peculiaridad que presenta esta figura en la codificación no es la de constituir una fuente del Derecho, que siempre lo fue, sino el ser considerada una fuente supletoria de la ley. Es su dependencia de la ley, tanto formal como materialmente, lo que les dota

<sup>8</sup> Este autor refere algo importante e que ajuda o entendimento sobre o modo de lidar com os princípios jurídicos neste período. Menciona que Pufendorf contribuiu para consolidar uma metodologia de compreender o fenômeno jurídico por meio da explicação orientada pela causalidade, ou seja, a explicação mecânica da natureza, sendo que o princípio da sociabilidade constitui-se para ele no princípio supremo do seu Direito Natural, obtido por meio da observação e dotado de universalidade. A partir deste princípio primeiro é que se originam os princípios gerais do Direito Civil, Penal, Político e Internacional. No entanto, segundo Welzel, são mais importantes ainda os princípios materiais de Pufendorf, como a ideia de liberdade e dignidade de todos os homens, sendo que a dignidade da natureza humana exige uma liberdade vinculada eticamente, sem a qual não seriam possíveis ordem, valor e beleza na vida humana (Welzel, 2011, p. 187-188).

<sup>9</sup> Conforme menciona Bobbio (1995, p. 72), o projeto definitivo teria abandonado a concepção jusnaturalista com a supressão do artigo 1º: "Existe um direito universal e imutável, fonte de todas as leis positivas: não é outro senão a razão natural, visto esta governar todos os homens."

<sup>10</sup> Para o jusfilósofo italiano, o artigo 4º possui como redação: "O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada." Examinando um célebre discurso feito por Portalis, aduz que, na hipótese de insuficiência ou silêncio da lei, o juiz estaria autorizado a utilizar os princípios do direito natural. O artigo 9º, por sua vez, referia o seguinte: "Nas matérias civis, o juiz, na falta de leis precisas, é um ministro de equidade. A equidade é o retorno à lei natural e aos usos adotados no silêncio da lei positiva." No entanto, este dispositivo foi eliminado do texto definitivo pelo Conselho de Estado, ficando somente o artigo 4º, o que gerou todo o processo de interpretação da onipotência do legislador (Bobbio, 1995, p. 73-77). Sobre este tema, ver também Martínez-Scluna y Sepúlveda (1993, p. 29).

de singularidad. La substantividad de los principios como fuente del derecho se debe no a su propio valor, sino a la necesidad práctica de acudir a otra fuente del Derecho que permitiese solucionar los problemas no contemplados por la ley (Beladiez Rojo, 1997, p. 22).

Tais espécies normativas estão assim conectadas com algumas das características do positivismo exegético, na medida em que sua aplicação não significa institucionalizar postulados do direito natural, pois decorrem do próprio texto normativo. Outrossim, ao aplicar um princípio, o juiz nada mais faz do que salvaguardar a onipotência do legislador, eis que somente utiliza este material normativo por expressa autorização legal. Relativamente à função dos princípios jurídicos na interpretação, a melhor aplicação é aquela que realiza a vontade do legislador, sendo que ela pode originar-se, de forma expressa, da lei ou decorrer da utilização de métodos interpretativos que revelam tal intenção<sup>11</sup>.

Ao examinar os problemas do positivismo exegético ou legalista, refere Streck:

A principal característica desse “primeiro momento” do positivismo jurídico, no que tange ao problema da interpretação do direito, será a realização de uma análise que, nos termos propostos por Rudolf Carnap, poderíamos chamar de sintática. Nesse caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a “obra sagrada” (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso, que representaria as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas (Streck, 2012a, p. 64).

No que tange ao modo de ser dos princípios jurídicos no quadro teórico do positivismo normativista do século XX, desponta a figura de Hans Kelsen com o desenvolvimento de sua *Teoria Pura do Direito*. Na construção teórica de suas concepções, reduz a expressão Direito ao elemento norma jurídica, pois assim seria possível buscar a autonomia da Ciência Jurídica, libertando-a de contaminações ideológicas, de caráter moral ou da influência de outros campos do conhecimento humano, como a psicologia, sociologia, etc. Como alude Luiz Fernando Barzotto, em Kelsen, “o Direito é definido como um sistema de normas válidas que dizem respeito ao uso da coerção em uma sociedade. A validade

é o conceito que permite ao jurista configurar o seu objeto [...]” (Barzotto, 2006, p. 645).

É claro que a complexidade do pensamento de Kelsen exigiria um labor incompatível com este breve estudo. Por esta razão, destacam-se alguns tópicos para a análise da questão sobre os princípios jurídicos: (a) a fé na eficácia dedutiva da abstração lógico-conceitual; (b) o caráter formalista, operando com conceitos extraídos da “essência” do Direito; (c) a norma jurídica individual como ato de vontade e (d) como consequência, a posição de inferioridade dos princípios jurídicos. Há na Teoria Pura do Direito uma tentativa de suplantar a crise pela qual passava a metodologia da época, revelando o esgotamento do dedutivismo e de concepções como a jurisprudência dos conceitos (Calvo García, 1994, p. 116).

Assim, há a intenção de salvar alguns destes postulados jurídicos e políticos, no intuito de resgatar ao máximo a segurança jurídica, revelada na concepção estrutural do ordenamento jurídico como um sistema normativo e dinâmico, partindo-se de uma premissa geral até chegar às normas jurídicas individuais. Outro aspecto relevante para bem dimensionar o modo de compreender os princípios jurídicos reside no formalismo jurídico presente no positivismo jurídico aqui retratado. Para Calvo García, a teoria pura do direito é uma teoria formalista, pois lida com conceitos jurídicos “extraídos” da “essência” do Direito ou do conteúdo do direito, quer dizer, como direito positivo que é cria os seus próprios instrumentos conceituais desde a perspectiva do próprio direito positivo (Calvo García, 1994, p. 119).

Mas, para fins do exame que será posteriormente realizado sobre o tema desta investigação, o entendimento teórico de Kelsen sobre a interpretação é de grande relevância. Assim como para outros teóricos, não seria possível determinar um único significado correto da lei que se aplica, pois o significado linguístico da norma legal não é unívoco; na teoria pura do direito, a norma jurídica individual, seja um ato jurisdicional ou ato administrativo, não é um ato de conhecimento, mas um ato de vontade. A norma jurídica hierarquicamente superior, deste modo, apenas legítima um conjunto de opções hermenêuticas, sendo impossível reduzir-se a uma única solução, pois a norma jurídica individual, construída dentro de uma determinada moldura, revela-se como discricionária:

La elección no puede ser el resultado del conocimiento y, mucho menos, del conocimiento de la ley, sino de un acto de voluntad que no puede legitimarse únicamente

<sup>11</sup> Sobre as características do positivismo exegético, ver Bobbio (1995, p. 83-89).

por su relación con la ley, con la norma general que aplica o desarrolla. Según este planteamiento, es obvio que para Kelsen una norma jurídica o una decisión hermenéutica o vale por tener un contenido determinado, es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse mediante un argumento lógico-deductivo de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producido de una determinada manera (Calvo García, 1994, p. 128).

Aqui dois aspectos são dignos de nota, a questão da discricionariedade judicial na construção da norma jurídica individual, bem como a desconsideração do aspecto do conteúdo desta decisão. Em relação ao primeiro tema, vale destacar o constante trabalho desenvolvido por Lenio Luiz Streck, ao denunciar as construções teóricas voltadas para o decisionismo judicial<sup>12</sup>. Como decorrência de todo este imaginário teórico, os princípios jurídicos, por vezes, são compreendidos como capazes da revelação de essências, obtidos de modo dedutivo do sistema jurídico e que conferem discricionariedade para o aplicador do Direito e, no rigor do normativismo, possuem papel secundário no processo de construção normativa, eis que ainda atrelados à sua genética de princípios gerais do Direito, dotados de pouca normatividade e alto caráter programático (Berberi, 2003, p. 62).

## O processo de constitucionalização dos princípios jurídicos: neoconstitucionalismo e pós-positivismo

O fenômeno do constitucionalismo foi determinante para retomar o debate sobre a importância do tema desta investigação, fruto da inserção de princípios em diversos textos constitucionais, inclusive falando-se em “pós-positivismo”, ou seja, concepção dotada de uma positividade mais aberta e axiológica, calcada nas grandes constituições do século XX<sup>13</sup>. Aliás, algumas críticas têm sido direcionadas em relação a estas concepções teóricas, no modo como recepcionadas pela doutrina e

jurisprudência brasileiras, muito mais voltadas para, ao reconhecer a indeterminação do Direito, atribuir o caráter discricionário às decisões judiciais (Streck, 2012a, p. 58-71). Igual crítica é produzida no Brasil, relativamente à dogmática distinção entre atos administrativos vinculados e discricionários, como bem alude Krell (2013, p. 19).

Conforme já salientado em outra oportunidade (Ohlweiler, 2006, p. 285-328), o advento do constitucionalismo representou nova forma de viver o Direito, compreendendo-o em bases marcadamente democráticas, pois se trata de “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” (Canotilho, 1999, p. 47). Nesta esteira é que a teoria dos princípios jurídicos foi erigida por ocasião da difusão do constitucionalismo, alimentada também não apenas para questões de uma legalidade metafísica, mas antes de tudo para a dimensão da constitucionalidade hermenéutica da própria decisão judicial.

Mais recentemente tem-se falado no chamado neoconstitucionalismo, responsável por mudanças no paradigma do Estado Constitucional, destacando-se dentre tais alterações o modo de vislumbrar o texto constitucional, não mais como mero documento de ordem política, mas dotado de normatividade, assumindo crucial condição normativa de garantia dos cidadãos. Destarte, considerando o conteúdo com alto grau de elementos principiológicos, a Constituição impõe repensar o modo de fazer o Direito, ficando patentes as insuficiências da vetusta concepção positivista fundada no dedutivismo<sup>14</sup>.

Esta expressão, neoconstitucionalismo, tem gerado diversos debates, não apenas por suas ambiguidades, mas por certos exageros e posturas que contribuem para um voluntarismo no processo decisório, como bem destaca Lenio Luiz Streck, embora reconheça a importância inicial do movimento para marcar a necessidade de ultrapassar o vetusto constitucionalismo de feições liberais<sup>15</sup>, mas preferindo utilizar a expressão Constitucionalismo Contemporâneo:

<sup>12</sup> Refere Streck de forma expressa: “Minha preocupação, contudo, não é dar conta dos problemas sistemáticos que envolvem o projeto kelseniano de ciência jurídica; é explorar e enfrentar o problema lançado por Kelsen e que perdura de modo difuso e, por vezes, inconsciente no imaginário dos juristas; a ideia de discricionariedade do intérprete ou do decisionismo presente na metáfora da moldura da norma” (Streck, 2012a, p. 33). Uma questão posta no debate para ultrapassar estas concepções que primam pela subjetividade do intérprete é a necessária construção de uma teoria da decisão judicial, em diversos textos apontados pelo autor, como *A alografia do Direito em tempos de sentidos coagulados* (Streck, 2013, p. 1.496).

<sup>13</sup> Sobre a expressão “pós-positivismo” e sua significação, ver Bonavides (1996, p. 260-265); Alexy (1997, p. 74) e Oliveira (2003, p. 63).

<sup>14</sup> Este tema é debatido por Sastre Ariza (2003, p. 245). O autor destaca que com o neoconstitucionalismo o modelo de ciência jurídica começa a exigir algo que se contrapõe ao defendido pelo positivismo jurídico. Opõe-se um modelo em que as principais características são: a inevitável intervenção dos juízos de valor na análise do Direito e a prioridade do caráter prático da ciência jurídica. De outra banda, destaca que a incorporação de conteúdos materiais supõe que a teoria jurídica não pode ser independente da política. Aqui mais uma vez evidencia-se a correção das críticas de Lenio Luiz Streck sobre o neoconstitucionalismo, pois, muito embora procedentes as críticas construídas contra o positivismo jurídico, em diversos aspectos, manteve os mesmos problemas.

<sup>15</sup> Em virtude deste debate, foi editada importante obra intitulada *Garantismo, hermenéutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli* (Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012), na qual há o texto desenvolvido por Streck (2012b, p. 61), no qual faz críticas significativas ao movimento neoconstitucionalista, mas, ao mesmo tempo, reconhece a relevância das questões colocadas.

Assim, é preferível chamar o constitucionalismo instituído a partir do segundo pós-guerra de Constitucionalismo Contemporâneo (com iniciais maiúsculas), para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo neoconstitucionalismo. Na verdade, refiro-me aos modelos constitucionais que implementam, de fato, o *plus* normativo democrático (Streck, 2012b, p. 61).

De qualquer sorte, a concepção do constitucionalismo, como alude o autor, deve pautar-se pelo debate sobre a teoria do Estado e as consequências do Estado Democrático de Direito, bem como pela necessidade de repensar a teoria das fontes, a teoria da norma e a teoria da interpretação<sup>16</sup>. Tais questões são importantes para problematizar o tema dos princípios jurídicos, considerando não apenas sua dimensão normativa como fonte primordial do Direito, as questões relacionadas com a localização dos princípios no âmbito da teoria da norma jurídica, bem como sua aplicação/compreensão.

A migração dos princípios para os textos constitucionais foi determinante para as diversas tentativas de construções metodológicas capazes de abarcar este novo fenômeno normativo, considerando as insuficiências teóricas do positivismo jurídico, inclusive, defendeu-se que, no Estado Constitucional e Democrático, é crucial levar a sério os princípios (Oliveira, 2008, p. 68). Com efeito, esta reconfiguração hierárquica, no que tange às fontes do Direito, determinou a invasão dos princípios constitucionais nos diversos campos do Direito.

Neste contexto pós-positivista, não se poderia deixar de referir o contributo de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy<sup>17</sup>, optando-se nesta investigação por privilegiar o contributo teórico do primeiro, não apenas pelas críticas direcionadas contra as teorias positivistas, mas também, de forma conjunta, o seu entendimento de questões jusfilosóficas importantes para a teoria dos princípios, como a concepção hermenêutica desenvolvida em toda sua obra e o debate da relação entre moral e direito, cuja teorização se encontra-se em três obras prin-

cipais: *Taking Rights Seriously*, *Law's Empire* e *A Matter of Principle*. Considerado como “modelo antipositivista” (Carrió, 1990, p. 221), objetivou contrapor-se às concepções clássicas do positivismo jurídico calcado exclusivamente no sistema de regras. Os princípios assumem capital importância na sua obra, não apenas para ultrapassar a noção tradicionalmente aceita de discricionariedade judicial, bem como estabelecer conexões entre Direito e Moral<sup>18</sup>.

O papel desempenhado por Dworkin foi consignado por Bonavides: “É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard” (Bonavides, 1996, p. 245). Para o jusfilósofo norte-americano, um dos problemas do positivismo jurídico, tomando como base a teorização de Herbert L. A. Hart, reside na incapacidade para detectar que os problemas jurídicos, especialmente nos casos difíceis, são resolvidos pelos operadores do direito através de “standards” que não funcionam como regras, mas operam de maneira diferente, como princípios, diretrizes políticas e outros tipos de pautas (Dworkin, 1995, p. 72). Com efeito, princípio para o autor seria uma espécie de “standard que tem de ser observado, não porque favoreça ou assegure uma situação econômica, política ou social que se considere desejável, senão porque é uma exigência da justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (Dworkin, 1995, p. 72)<sup>19</sup>.

Outro autor importante para o debate é Robert Alexy, pois este jurista alemão pretendeu construir sua teorização sobre uma argumentação jurídica racional capaz de alicerçar um discurso sobre os direitos fundamentais, levando-o a conceber um modelo jurídico com critérios mais seguros de diferenciação entre regras e princípios, ambas espécies de normas jurídicas. Tal distinção, no seu entendimento, “[...] constituye la base de la fundamentación jusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales” (Alexy, 1997, p. 81)<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> No âmbito do Direito Administrativo, ver Ohlweiler (2005, p. 129-164).

<sup>17</sup> Aqui neste estudo não se pretende examinar o longo debate travado entre estes autores sobre temas relevantes para a teoria dos princípios, como, por exemplo, as diferenças entre regras e princípios. Para tal exame, ver Bonavides (1996, p. 243), Oliveira (2008, p. 163) e Streck (2012a, p. 547).

<sup>18</sup> Sobre tais questões, ver García Figueroa (1998, p. 219 e ss). Para este autor, “la teoría de Ronald Dworkin despliega sus críticas en tres frentes: en primer lugar combate el positivismo jurídico; en segundo lugar ataca el realismo y, finalmente, rechaza el utilitarismo” (García Figueroa, 1998, p. 219). Tal mister seria alcançado, respectivamente, com a constatação da presença dos princípios, após negando a existência de discricionariedade por parte do juiz e, finalmente, defendendo a existência de direitos morais. Em relação ao tema, ver a última obra de Dworkin (2012).

<sup>19</sup> De forma diversa, Dworkin (1995) entende a diretriz política como um outro tipo de *standard* que propõe um objetivo que há de ser alcançado, geralmente uma melhora em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.

<sup>20</sup> Tal referência há de ser feita somente para registrar a importância que possui na teoria do jusfilósofo alemão a referência às regras e princípios, considerando que a temática sobre direitos fundamentais não se constitui em objeto desta investigação. É interessante aludir que a distinção entre regras e princípios constituir-se-á em elemento fundamental de toda uma racionalidade do discurso sobre os direitos fundamentais. Sobre esta questão, é importante o debate realizado por Andrade: “Um dos pontos que sempre nos incomodou nessa discussão dogmática dos construtos teóricos daqueles que adotam a distinção entre regras e princípios a partir de considerações qualitativas (e não somente quantitativas ou de generalidade) é a possibilidade de, a partir de textos de direito posto, distinguir quais seriam *princípios* e quais seriam *regras*, de forma apriorística e decisiva” (Andrade, 2013, p. 91).

No entendimento do autor, os princípios são espécie de normas, mas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, isto é, constituem-se em verdadeiros *mandados de otimização* que se caracterizam pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida do seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais senão também das jurídicas, sendo que estas últimas são determinadas por princípios e regras opostas (Alexy, 1997, p. 86). Em contrapartida, as regras seriam normas que somente podem ser cumpridas ou não, ou seja, se uma regra é válida, então se deve fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. As regras, no entendimento de Alexy, conteriam determinações no âmbito do fático e juridicamente possível, determinando-se uma diferenciação de qualidade entre regras e princípios (Alexy, 1997, p. 87).

Em síntese, a teoria dos princípios constituiu-se nos últimos anos, especialmente após a Segunda Guerra Mundial tema de diversas construções teóricas que, aliadas com novos modos de compreender a hermenêutica jurídica, fundaram um imaginário que contribuiu sobremaneira para repensar as bases teóricas dos princípios jurídicos, desde os postulados do jusnaturalismo até o positivismo jurídico<sup>21</sup>. Tal evolução não ficou imune de críticas, além de suscitar sérias dúvidas sobre a efetividade de suas propostas, como bem refere Lenio Luiz Streck:

No limite, é possível afirmar que o neoconstitucionalismo representa apenas a superação do positivismo primitivo. Na verdade, o neoconstitucionalismo, ao invés de representar uma solução para o problema da decisão, propicia ainda um maior protagonismo judicial (Streck, 2012a, p. 65).

## O conceito de princípios constitucionais da Administração Pública no horizonte da *Hermeneutic Turn*

A partir de tudo que foi indicado nos itens anteriores, evidencia-se a necessidade de repensar os princípios constitucionais da Administração Pública<sup>22</sup>, especialmente

com o fundamental contributo do Constitucionalismo Contemporâneo e da *Hermeneutic Turn*, na esteira do trabalho desenvolvido por Lenio Luiz Streck, ou seja:

[...] pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos) (Streck, 2012b, p. 67).

Não há dúvida sobre a relevância da recepção hermenêutica dos princípios jurídicos no campo do Direito Administrativo<sup>23</sup>. Mas é preciso evidenciar as insuficiências paradigmáticas desta recepção, fundadas nos marcos teóricos do racionalismo, do positivismo exegético e do positivismo normativista. Para desvelar outras possibilidades, destaca-se o trabalho desenvolvido por Hans-Georg Gadamer em *Verdade e Método*, eis que se apresenta como a defesa de uma concepção do processo compreensivo do conhecimento, partindo-se do pressuposto segundo o qual nunca se pode segurar definitivamente seu objeto, pois, segundo o filósofo, “sempre chegamos demasiadamente tarde quando tratamos de compreender e submeter a um método aquilo que realmente entendemos” (Grondin, 2000, p. 375).

Ademais, o labor hermenêutico tem um caráter de paradoxal, considerando que se busca estabelecer uma aproximação com aquilo que deixa perdido, pois a tarefa do compreender não pode ser orientada por um pressuposto objetificador, bem ao gosto de uma postura cartesiana das ciências metódicas. Pelo contrário, vai salientar Jean Grondin, o aprofundamento dos estudos hermenêuticos determina o lançar do homem na esfera “da insondabilidade de qualquer experiência”.

Compreender/aplicar os princípios constitucionais da Administração Pública, desta forma, há de levar

<sup>21</sup> Relativamente à teoria dos princípios, o texto de Ávila (2013) é importante contributo para a discussão, não apenas no que tange às tradicionais distinções entre princípios e regras, mas também sobre a aplicação dos princípios. Em que pese este breve estudo distanciar-se da proposta de Ávila, reconhece-se o importante esforço no sentido de eliminar espaços de arbitrariedades na aplicação de princípios.

<sup>22</sup> Em outras oportunidades destacou-se o modo como o Direito Administrativo do século XVIII, por ocasião da Revolução Francesa, recepcionou a teoria dos princípios jurídicos (Ohlweiler, 2003, p. 273-307). De qualquer modo, não se pode olvidar que o século XVIII institucionalizou uma nova mentalidade utópica como forma de ultrapassar os postulados teóricos do antigo regime. O Direito Administrativo que começa a ser erigido vislumbra nos princípios jurídicos uma espécie de instância abstrata capaz de racionalizar o modo de construção deste campo da Ciência Jurídica. A lei é institucionalizada por intermédio de uma ideia abstrata, cujo sentido objetivo seria capaz de fornecer as soluções dos casos surgidos no âmbito do regime jurídico administrativo. O conjunto de princípio da atividade administrativa mostra-se impregnado pelo dogmatismo dos princípios gerais do Direito que funcionam como elementos axiomáticos e conceituais de uma racionalidade formal.

<sup>23</sup> Sobre a importância dos princípios no Direito Administrativo, especialmente a partir de uma perspectiva dos direitos fundamentais, ver o trabalho desenvolvido por Oliveira (2013).

em consideração que a questão hermenêutica do problema não diz respeito a

[...] averiguar el último fondo del entender; porque esto delataría más bien la obsesión cartesiana de las ciencias metódicas, contra las que precisamente quiere poner en guardia esta obra, con su título que recuerda a Goethe. Al contrario, se trata de tomar conciencia de la insondabilidad de cualquier experiencia. Una experiencia hermenéutica no es algo que podemos planear y controlar en un laboratorio, sino que nos sucede, nos derrumba y obliga a pensar de otro modo (Grondin, 2000, p. 376).

Aqui existe um aspecto central de uma hermenêutica para fazer acontecer um regime administrativo autêntico, sob as perspectivas do já referido Constitucionalismo Contemporâneo: o tomar consciência de que tal compreender obriga o operador do Direito a pensar de outro modo. O homem compreendedor, como sujeito intérprete que é, possuindo *Dasein*, para fazer referência a Heidegger, está sempre inserido na história, rodeado por influências capazes de abrir determinadas perspectivas e horizontes do entender, mas que, ao mesmo tempo, igualmente, são responsáveis pela redução de possibilidades.

O lançar-se para a historicidade da compreensão é exatamente o modo de ser contrário a tudo aquilo que, ao longo deste estudo, destacou-se com as tentativas de aprisionamento do sentido, não apenas pela metafísica antiga, mas igualmente por todos os processos posteriores de posituação do Direito, culminando inclusive com o pós-positivismo. Dar-se conta de que o conhecimento é histórico porque histórico é o existente humano, é determinante para indicar o aspecto primordial dos princípios jurídicos e, inclusive, daqueles relacionados com o Direito Administrativo: a inserção do mundo prático no Direito, como defende Streck:

Resgatar o mundo prático do direito e no direito significa colocar a interpretação no centro da problemática da aplicação jurídica, explorar o elemento hermenêutico da experiência jurídica e enfrentar aquilo que o positivismo desconsiderou: o espaço da discricionariedade do juiz e o que isso representa na confrontação com o direito produzido democraticamente (Streck, 2012a, p. 46).

Laborar com os princípios constitucionais da Administração Pública, com efeito, importa ultrapassar as posturas metafísicas anteriormente descritas, relativamente ao conceito de princípios, eis que calcadas na concepção de fundamentação prévia, seja por meio da metafísica da natureza, da estruturação do conhecimento no âmbito da verdade divina ou ainda com base nos diversos modos de ser das teorias positivistas. O ingresso do mundo prático no Direito Administrativo, como refere o autor antes citado, conduz o processo de compreensão dos princípios da Administração Pública como acontecimento, como aplicação, no sentido da hermenêutica de Heidegger e Gadamer (Streck, 2004). A viragem hermenêutica conduz à libertação da compreensão, considerando as amarras que a metafísica moderna impôs para o Direito com o racionalismo e o positivismo jurídico.

A postura de ontologização não importa sufragar a tese de consagrar a irracionalidade no âmbito da teoria dos princípios da Administração Pública, pois “significa apenas que o discurso sempre é acompanhado e precedido por uma antecipação de sentido, que advém do mundo prático, de um desde-já-sempre, e que se funda no encontro hermenêutico” (Streck, 2012a, p. 107).

Segundo Gadamer, toda compreensão da tradição opera o momento da “história efetual” (Gadamer, 1993, p. 16), ou seja, para o filósofo, a chamada consciência histórica efetual propicia o dar-se conta da história não apenas como instância de sentidos passados, previamente dados, mas como condição produtiva do ato de entender e guardião do Ser (Almeida, 2002, p. 276)<sup>24</sup>. Daí a necessidade de construir a teoria dos princípios da Administração Pública a partir da consciência histórica, constituindo-se como elemento fundamental para possibilitar a compreensão autêntica, apresentando-se como antítese do pensamento dogmático, objetificante e esquecido da finitude de todo compreender, como as teorizações sobre os princípios jurídicos examinadas. A compreensão dos princípios constitucionais da Administração Pública é um processo histórico-efetual, quer dizer, o intérprete, em sua relação com os princípios – a coisa mesma heideggeriana –, está determinado pelos fatores históricos, como salienta Gadamer. Outrossim, toda aplicação de princípios se caracteriza por uma permanente reconstrução prática e histórica desta tradição.

<sup>24</sup> Cf. Almeida (2002, p. 276), de forma expressa: “Para ele, a história não é um depósito de acontecimentos passados, completados e canonizados e, conseqüentemente, não há sentido autêntico já dado de uma vez para sempre, que precise ser passivamente descoberto. Pelo contrário, a consciência histórica é a dimensão sempre crítica da hermenêutica, que entende a história como processo contínuo e sempre influente, que jamais se cristaliza num passado distante e fechado. A consciência histórica é guardião do Ser que sempre precisa ser compreendido; nela se apreende a própria consciência da finitude.” Partindo-se de tal afirmação, há uma nítida influência de Heidegger, que tantas vezes afirmou o caráter de finitude da compreensão. Quando se fala em consciência histórica, não se pode adotar a posição objetivista ou coisificadora, pretendendo reduzi-la a algo a ser apreendido; a história é um todo a ser renovado em cada momento do existir do *Dasein*, um feixe de sentidos que se deu, que possibilita a compreensão no presente e continuará sua marcha temporal no rio de sentido que é a história.

Constitui-se, portanto, condição de possibilidade do ingresso do mundo prático no Direito Administrativo, eis que uma teoria que assim se sustenta tem na consciência histórica efetual o requisito para a aferição dos pré-juízos verdadeiros (Streck, 2012a, p. 200). Desta forma, a construção dos princípios da Administração Pública não busca na razão ou na vontade do legislador racional, tão ao gosto do positivismo jurídico, a sua normatividade, mas no próprio modo de ser histórico, no qual o advento do Constitucionalismo como acontecimento assume posição crucial.

A partir disto já é possível afastar os entendimentos segundo os quais os princípios jurídicos são axiomas, verdades absolutas que integram a razão natural das coisas; resultado de uma vontade divina contida em textos sagrados ou atrelados à metafísica do legislador racional.

Os princípios constitucionais da Administração Pública, desta forma, sob a perspectiva aqui adotada, não podem ser caracterizados como postulados ou mandados de otimização, sob pena de encobrir aquilo que caracteriza o seu sentido, isto é, o enraizamento ontológico:

Os princípios constitucionais possuem um profundo enraizamento ontológico (no sentido da fenomenologia hermenêutica, porque essa perspectiva ontológica está voltada para o homem, para o modo de esse homem ser-no-mundo, na faticidade (Streck, 2012a, p. 225).<sup>25</sup>

Desta forma, quando se refere que os princípios jurídicos introduzem o mundo prático no direito, tal questão se relaciona com a transcendência, com o horizonte da significação; como refere Ernildo Stein, “o mundo vivido é a constituição a partir do universo da significação, mas já sempre dado para toda atividade significativa do ser humano” (Stein, 2004, p. 12). Considerando o que até aqui foi indicado, sob pena de cair na metafísica do positivismo jurídico, o operador do direito está condenado a operar com os princípios constitucionais da Administração Pública neste *pano de fundo* (Stein, 2004, p. 76) que é o mundo prático, jogado no universo dos sentidos construídos no horizonte histórico.

Não é por outro motivo que o princípio da legalidade no âmbito do Direito Administrativo está expresso no artigo 37, “caput” e artigo 5º, inciso II, ambos da Constituição Federal, e não pode ser compreendido em sua normatividade desconectado de sua história institucional e do contexto de aplicação, ou seja, no atual Constitu-

cionalismo Contemporâneo, com o pano de fundo do Estado Democrático de Direito. Como menciona Streck:

Também o princípio da legalidade, cuja grafia é encontrada no artigo 5º, II da CF, não é porque o texto constitucional assim instituiu. Aliás, quando se opta por fundar uma sociedade sob a égide de um Estado de Direito Democrático, a legalidade já está pressuposta. E isso é exatamente um princípio: aquilo que condiciona deontologicamente o todo da experiência jurídica e oferece legitimidade para a normatividade assim instituída (Streck, 2012a, p. 582).

A legalidade, considerando como horizonte de sentido o movimento revolucionário francês de 1789, apesar da dubiedade política de sua utilização, também se direcionou na sua gênese fenomenológica contra a estrutura política do Estado absoluto, no intuito de ultrapassar o poder pessoal e arbitrário, como menciona Eduardo García de Enterría (1994, p. 21). Trata-se de história institucional que não pode ser desconsiderada por ocasião da aplicação deste princípio. Em última análise, concorda-se que também há uma concepção de vida boa na institucionalização da legalidade, especialmente no processo de construção do Estado de Direito, no sentido de salvar o cidadão contra arbitrariedades:

O princípio da legalidade tem o seu fundamento teórico na tradição da doutrina inglesa de luta contra a arbitrariedade do monarca absoluto, bem ilustrado na célebre frase de J. Harrington (1611-1677, in: Oceana): government of laws, not of men. Exigia-se em primeiro lugar que o homem não dependesse do homem, mas apenas da lei impessoal. Na sua estabilidade, a lei opunha-se ao que a vontade individual tem de arbitrário. Contrapunha-se claramente o arbítrio, o capricho, as alterações de humor típicas do despotismo, à lei imparcial, impessoal, estável e equitativa (Sousa, 1995, p. 159).

Não se pode olvidar que, no Direito Administrativo, a partir de algumas visões mais críticas, a própria legalidade não teria sido aplicada, de forma proposital, com todas as dimensões de garantia dos cidadãos, especialmente em virtude da criação de um direito de caráter especial para regular as relações entre os cidadãos e a Administração Pública, cujos conflitos seriam julgados pelo próprio Conselho de Estado (Otero, 2003, p. 271).<sup>26</sup> A legalidade, hodiernamente, a partir da matriz teórica aqui adotada, não pode ser compreendida a partir

<sup>25</sup> Ainda refere Streck (2012a, p. 225): “Por conseguinte, há que se discordar daqueles que querem descaracterizar a noção de princípios, transformando-o em um mero ‘postulado’ ou ‘mandado de otimização’. Por trás disso está um projeto que não conseguiu superar o positivismo insito aos princípios.”

<sup>26</sup> Esta questão da legalidade também é examinada, a partir desta perspectiva crítica, por Binenbojm (2006, p. 11).

do modo de ser da metafísica herdada do jusnaturalismo, vislumbrada como axioma. A lei não é portadora de verdades imutáveis, deduzidas de uma espécie de razão natural construída na sua literalidade. Aplicar a legalidade, por outro lado, significa materializar um modo de ser democrático, a partir das indicações de sentido do caso e da Constituição, sempre com o objetivo de interditar as discricionariedades.

Neste sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao longo da história institucional do artigo 37, “caput”, da Constituição Federal, já examinou diversos casos nos quais se orientou pela necessidade de salvaguardar a Administração Pública de práticas arbitrárias, como no julgamento do MS 22.160, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 22/02/1996, no qual se discutiu sobre a concessão de bolsas para dependentes de empregados da Fundação de Assistência ao Estudante, considerando o exercício do controle externo realizado pelo Tribunal de Contas da União. No caso prevaleceu o entendimento segundo o qual não seria possível conceder tal vantagem sem a devida previsão em texto normativo, sob pena de violar a legalidade. Também se adotou esta linha de aplicação no julgamento do RE 185.255, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 01/04/1997, admitindo-se a possibilidade de retificar ato de aposentadoria, com a redução dos proventos aos limites legais. No julgamento do RE 363.328-ED, Rel. Min. Ellen Greice, j. 02/12/2003, mais uma vez explicitou-se a orientação do STF ao não acolher a tese da garantia da estabilidade no emprego não prevista na respectiva legislação.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, em alguns julgamentos não compreendeu a legalidade de modo isolado, sem desconsiderar a própria história institucional deste princípio de colocar o cidadão a salvo de práticas arbitrárias. Como exemplo deste entendimento, cite-se a posição consolidada sobre a possibilidade de a Administração Pública anular seus próprios atos, quando eivados de ilegalidade, o que inclusive culminou com a vetusta Súmula 473. Tal entendimento tem sido reafirmado em diversos precedentes, como o AI 442.918-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 04/05/2004 e o AI 796.832-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 01/02/2011. No entanto, para os fins desta pesquisa, é significativo o entendimento segundo o qual o desfazimento do ato administrativo por ilegalidade não é suficiente para olvidar o devido processo legal, como foi decidido por ocasião do julgamento do AI 587.487-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 31/05/2007. Trata-se de questão crucial, pois é incompatível com o ideal de vida

boa para os cidadãos e a própria Administração Pública aplicar um texto normativo consagrando outra espécie de arbitrariedade. Também dentro desta linha de entendimento, o Supremo Tribunal Federal já examinou casos nos quais se discutiu a legalidade de pagamentos realizados pela Administração Pública e que, em virtude de modificações na interpretação ou erros cometidos, haveria a necessidade de devolução dos valores. Em que pese relacionar-se com a legalidade, o Supremo Tribunal Federal entende a necessidade de examinar a existência da boa-fé no recebimento dos pagamentos, como no ARE 696.316, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 10.08.2012, prevalecendo a posição segundo a qual é imprescindível a comprovação da má-fé do servidor público para a configuração do dever de ressarcimento de valores indevidamente recebidos por erro da Administração.

Portanto, definitivamente, e os próprios precedentes referidos indicam isto, não há como descobrir uma verdade semântica contida no texto ou na vontade do legislador racional para bem aplicar a legalidade. Urge ultrapassar-se a metafísica da vontade, tanto do legislador, quanto do intérprete, sob pena de sufragar espaços de decisionismos jurídicos, como alerta Lenio Luiz Streck. O texto legal, assim, é expressão de um modo de ser prático da historicidade da tradição constitucional do Estado Democrático, impondo na aplicação a pergunta pelas indicações deste processo de institucionalização no âmbito do caso a ser decidido<sup>27</sup>.

De qualquer sorte, é crível reafirmar que a pergunta pelo caráter de um princípio constitucional da Administração Pública como tal exige este diálogo com a sua história institucional, capaz de revelar a especificidade deste ideal de vida boa de uma determinada sociedade, o que remete para a questão da relação de cooriginariedade entre a Moral e o Direito Administrativo.

O tema das relações entre Moral e Direito Administrativo, inexoravelmente, remete para o próprio texto do artigo 37 da Constituição Federal quando consigna como um dos princípios constitucionais da Administração Pública a moralidade administrativa. Adota-se aqui o entendimento contrário ao positivismo jurídico, de caráter normativo, no sentido de haver separação entre Direito e Moral, devendo-se adotar especial cuidado hermenêutico nas referências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a moralidade no Direito Administrativo, mesmo travestida de moral institucional, pois muito embora não seja possível falar em separação, igualmente é importante coibir eventuais posturas de correção da moral, sob pena de inserir pautas capazes de propor-

<sup>27</sup> O tema da legalidade, a partir de uma perspectiva crítica, situado no horizonte de sentido da evolução da Administração Pública, é referido por Miragem (2013, p. 175).

cionar comportamentos discricionários no exercício das competências administrativas. Aqui, mais uma vez, destaca-se a relevante crítica de Lenio Luiz Streck sobre o tema:

O curioso é que, em alguns casos, há princípios que são nomeados como tal pela Constituição, mas que não possuem esse sentido eficaz. Este é o caso do princípio da moralidade (CF, art. 37, caput). Na verdade, a dogmática dos mais diversos matizes tem utilizado tal princípio como um canal para introduzir uma moral corretiva no direito. É a porta para um discurso colonizador da autonomia do direito, acabando por se tornar um alibi para a entrada no direito de discursos adjudicadores. E note-se: falar de princípio da moralidade na administração pública é como dizer que a roda é redonda. Isto porque há algo mais evidente do que o fato de que os atos públicos – de acordo com o princípio republicano – devam ser exercidos com transparência e zelo pela coisa pública? E mais, o próprio princípio da legalidade – entendido em seu sentido mais amplo, que representa a legitimidade dos atos do poder público – já não gera para os agentes administrativos o dever de lisura no trato dos negócios públicos? Portanto, neste sentido, a moralidade se apresenta como um simples standard argumentativo-persuasivo, além de sempre correremos o risco de o intérprete/juiz/tribunal utilizar a “moralidade” como porta de ingresso de apreciações ad hoc (Streck, 2012a, p. 582).

Trata-se de indicação singular para melhor compreender o que é um princípio da Administração Pública, pois na medida em que a Constituição Federal, por meio dos diversos princípios constitucionais, institucionalizou um conjunto de princípios que veiculam os ideais de uma vida boa para a comunidade, a relação é de cooriginariedade, na esteira do autor antes citado, com base no pensamento de Habermas. Não há subordinação do Direito à moral, mas relação hermenêutica por meio da institucionalização da moral a partir da positivação de princípios constitucionais (Streck, 2012a, p. 153)<sup>28</sup>.

Sobre este tema, Juan Carlos Velasco, ao examinar o pensamento de Habermas, refere que a tese da

complementariedade entre Direito e Moral é compatível com um Direito que incorpora diversas pautas morais, o que ocorre por meio dos princípios jurídicos, eis que a própria ideia de Estado de Direito é oriunda dos jusracionalismo do direito natural. Ademais, destaca este autor, o fato de haver a institucionalização de princípios no Direito possibilita sustentar esta relação, mas sem utilizar fundamentos metafísicos da natureza, da razão, da natureza das coisas, na medida em que a ligação entre o Direito e a Moral origina-se da circunstância da caracterização de ambos como uma espécie de saber prático. Portanto, sem configurar qualquer relação de subordinação hierárquica:

En vez de una relación de supeditación, se establece una relación de complementariedad que no debe asociarse con tesis iusnaturalistas, entre otros motivos porque “la moral ya no flota sobre el derecho (como todavía sugiere la construcción del derecho natural racional) como un conjunto suprapositivo de normas. Emigra al interior del derecho, pero sin agotarse en derecho positivo” (FV, 559). Las esferas moral y jurídica, esto es, el derecho formal y la moral postconvencional, no solo se encuentran entrelazadas en las sociedades modernas sino que precisan, además, complementarse mutuamente para poder cubrir el espacio libre dejado por la disolución de la eticidad tradicional en la vida cotidiana (cfr. NRI, 175) (Carlos Velasco, 2000, p. 106).

Desta forma, considerando esta qualificação das relações entre Direito (Administrativo) e Moral, a moralidade administrativa é mais que um princípio setorial ou epistemológico do Direito Administrativo, pois as próprias regras que regulam o agir da Administração Pública não podem ser compreendidas fora deste mundo prático de bem administrar a coisa pública, com zelo, ética, honestidade e probidade, indicações estas incorporadas ao mundo da legalidade administrativa constitucional e infraconstitucional e somente realizada a partir dos casos concretos<sup>29</sup>. A moralidade administrativa deve, assim, ser compreendida no âmbito da teoria dos princípios jurídicos adotada aqui, como padrão que institucionaliza uma dimensão de como a Administra-

<sup>28</sup> A crítica sobre as relações entre Direito e Moral é antiga, sendo que uma referência importante é o autor Lon Fuller, especialmente na obra *The Morality of Law*. Ao examinar o pensamento deste autor, refere Martins (2013) de forma expressa: “O autor demonstrava grande insatisfação com a literatura existente sobre a relação entre moralidade e Direito, pois identificava duas deficiências básicas: falha ao atribuir o conceito de moralidade ao Direito e a abundância de definições de Direito, que dificultam entender a real relação entre ambos. [...] O que propõe Fuller não é nem a separação total nem a união, mas o engenho de relacioná-los e distingui-los. Não é possível separar exatamente o Direito da moral, mas pode-se dizer o que é jurídico e o que não o é a partir dela” (Martins, 2013, p. 59). Também não se pode olvidar dois textos importantes de Dworkin, *A justiça de toga e Justiça para ouriços*, sendo que no primeiro destaca o direito como conceito interpretativo e a relação da interpretação com a justificação moral (2010, p. 23). No último texto, especialmente no capítulo 19, Dworkin labora de forma mais profunda as relações entre Direito e Moral, aduzindo que o Direito é um ramo, uma subdivisão da moral política (2012, p. 414).

<sup>29</sup> Este aspecto é explorado por Streck, nos seguintes termos: “Parece pacífico afirmar que princípios ‘acontecem’ sempre no ‘caso concreto’, porque é por eles que o *ethos*, o *factum* social – sempre ficcionalizado pelo positivismo – ‘penetram’ no direito. Na verdade, preceitos (se assim se quiser, regras) igualmente acontecem em situações concretas. Não fosse assim, estaríamos cindindo situações de direitos de situações fáticas” (Streck, 2012a, p. 226).

ção Pública deve agir no exercício das competências administrativas. Trata-se de um conceito interpretativo do Direito Administrativo, mas com indicações (hermenêuticas) suficientes para possibilitar, como menciona Juarez Freitas (2009, p. 89-90) um controle relativamente aos padrões de honestidade e combate aos atos de corrupção e arbitrariedades dos agentes públicos<sup>30</sup>.

No entanto, o que não se legitima no âmbito do Estado Democrático de Direito é a moralidade administrativa fundada na subjetividade do intérprete ou desvinculada de regras. De qualquer sorte, é crível defender que faz parte da história institucional do Direito Administrativo coibir os decisionismos administrativos, seja por meio da eliminação das arbitrariedades ou a redução da discricionariedade. Agora, na medida em que se adota uma postura de separação entre Direito (Administrativo) e moral, a moralidade administrativa possui campo profícuo para assumir o papel de correção do próprio Direito. Ao admitir-se a tese da relação de coriginariedade, como já mencionado, o modo de agir com honestidade, boa-fé, zelo, imparcialidade, são indicações ontológicas que incorporam, em determinada medida, pautas morais no exercício das competências administrativas, consagrando, portanto, um ideal democrático de via boa para os cidadãos, a partir da normatividade constitucional.

Assim como em relação à legalidade, o Supremo Tribunal Federal tem construído um conjunto de concepções, inclusive por vezes contraditórias, sobre a moralidade, havendo, em alguns casos o debate sobre os perigos de, em nome da moralidade administrativa, sufragar o arbítrio no próprio Direito. No julgamento da ADI 2.661-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 05/06/2002, houve discussão interessante sobre lei estadual que autorizava, no edital de venda do Banco do Estado do Maranhão S.A., a oferta do depósito das disponibilidades de caixa do tesouro estadual, firmando-se o entendimento segundo o qual a moralidade administrativa, prevista no artigo 37, “caput”, da Constituição Federal, constitui-se importante padrão ético dos atos estatais, razão pela qual o STF considerou que a mencionada lei estadual violou o dispositivo constitucional.

Na ADI 3026-4, Rel. Min. Eros Grau, j. em 08/06/2006, em que pese constituir-se questão discutível e que gerou intenso debate no STF, sobre a configu-

ração jurídica da OAB como sujeita aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta, o regime jurídico dos seus empregados, bem como o dever ou não de realizar concurso público, há um ponto muito interessante sobre a moralidade administrativa, consistente na afirmação do Ministro Eros Grau de que não poderia ultrapassar o “âmbito da ética da legalidade, sob pena de dissolução do próprio sistema”. Muito embora tal assertiva gere controvérsias, até por relacionar-se com conceitos interpretativos e capaz de sufragar subjetivismos, fica a advertência jurisprudencial no sentido de não utilizar a moralidade administrativa para fins de correção do Direito, na esteira do que já foi mencionado nesta pesquisa, por meio das contundentes críticas de Streck (2012a). Para justificar seu entendimento, mencionou o Relator:

Nessa medida, o sistema jurídico tem de recusar a invasão de si próprio por regras estranhas a sua eticidade mesma, advindas das várias concepções morais ou religiosas presentes na sociedade civil, ainda que isto não signifique o sacrifício de valorações éticas. Ocorre, no entanto, que a ética do sistema jurídico é a ética da legalidade. E não pode ser outra, senão esta, de modo que a afirmação, pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, do princípio da moralidade o situa, necessariamente, no âmbito desta ética, ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema.

Na ADI 3.853, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 12/09/2007, também houve exame de questão importante sobre a indicação de condutas práticas que violam a moralidade administrativa. Na ocasião, questionou-se dispositivo da própria Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul que previa a instituição de subsídio mensal e vitalício aos ex-governadores daquele Estado, de natureza idêntica ao percebido pelo atual chefe do Poder Executivo estadual, além de garantir pensão ao cônjuge supérstite, na metade do valor percebido em vida pelo titular. O STF adotou o entendimento de que haveria incompatibilidade com a moralidade administrativa, pois o conteúdo da ética pública para o gasto estipulado como forma de agraciar pessoas, que não mais fazem parte dos quadros do Estado, não ficou demonstrado, afirmou de forma expressa a Relatora.

<sup>30</sup> A análise da moralidade administrativa, a partir de uma perspectiva do seu conteúdo dogmático é realizada com muita propriedade por Giacomuzzi (2002), em obra na qual o autor, após excelente contributo para a compreensão histórica da moralidade, desenvolve uma distinção com base nos artigos 5º e 37, ambos da Constituição Federal. Em outra perspectiva, a moralidade administrativa é tratada por Osório (2013), considerando os aspectos da má gestão pública e o nefasto efeito dos atos de improbidade administrativa. Para Miragem, “o conteúdo do princípio da moralidade conduz a significados que cobrem ampla superfície da ação administrativa. Neste sentido, a exigência de condutas pautadas pela seriedade e objetividade por parte da Administração, o respeito à impessoalidade no exercício da atuação estatal, assim como a fidelidade aos objetivos da ação administrativa, de promoção do bem comum, e a promoção eficiente destes objetivos por parte dos agentes públicos” (Miragem, 2013, p. 232).

Um dos julgamentos de maior repercussão sobre moralidade administrativa foi a ADC nº 12, Rel. Min. Ayres Brito, j. em 20/08/2008, que decidiu sobre a proibição do nepotismo, ao declarar constitucional a Resolução nº 7/2005 do CNJ, o que culminou com a edição da Súmula Vinculante nº 13, decidindo que as restrições da Resolução não violam a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança, pois tal ato normativo nada mais fez do que aplicar as disposições que já constam no artigo 37, “caput”, da Constituição Federal, especialmente da eficiência, da igualdade e da moralidade administrativa.

Em julgamento mais recente, o Supremo Tribunal Federal voltou a examinar a questão da moralidade administrativa de pensões especiais, agora para viúva de Prefeito Municipal, no RE 405.386, Relator para o Acórdão Min. Teori Zavascky, j. 26/02/2013, decidindo com a seguinte fundamentação:

O tratamento privilegiado a certas pessoas somente pode ser considerado ofensivo ao princípio da igualdade ou da moralidade quando não decorrer de uma causa razoavelmente justificada. [...] No caso, tanto a petição inicial quanto os atos decisórios das instâncias ordinárias se limitaram a considerar “imoral” a lei que concedeu pensão especial a viúva de prefeito falecido no exercício do cargo por ter ela conferido tratamento privilegiado a uma pessoa, sem, contudo, fazer juízo algum, por mínimo que fosse, sobre a razoabilidade ou não, em face das circunstâncias de fato e de direito, da concessão do privilégio.

Com efeito, evidencia-se o permanente debate sobre condutas que violam ou não o princípio da moralidade administrativa, desvelando a necessidade de sempre preservar a autonomia do Direito e salvaguardar o exercício das competências administrativas da discricionariedade. A moralidade administrativa não deve tornar-se álibi para introduzir posturas corretivas no campo do Direito Administrativo, conforme já destacado, daí a necessidade imperiosa de motivação calcada nos postulados hermenêuticos e históricos que legitimam as ações da Administração Pública, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Apesar das divergências e incongruências jurisprudenciais, o texto do artigo 37, “caput”, da Constituição Federal, tem sido utilizado como critério de balizamento para o trabalho desenvolvido pela doutrina, em relação ao conjunto dos diversos princípios da Administração Pública. No entanto, na linha deste breve estudo, conside-

rando algumas bases da Nova Crítica do Direito (Streck, 2004), além de importantes trabalhos sobre o conceito de princípio (Oliveira, 2008), é crucial ultrapassar o conceito de princípio jurídico como estruturante de disciplinas jurídicas, para melhor compreendê-lo como condição de possibilidade de introdução do mundo prático no Direito, no caso no Direito Administrativo.

Esta ontologização determina a impossibilidade de discricionariedade na própria criação, no caso, de princípios constitucionais da Administração Pública.

Tais princípios jurídicos não estão ao inteiro dispor de quem aplica os princípios constitucionais da Administração Pública, pois a interrogação primordial reside no questionamento sobre a história institucional de dado princípio, eis que somente assim é possível identificar sua qualidade como tal, obviamente partindo do pressuposto segundo o qual o princípio jurídico não está no texto, não é o texto que lhe confere esta condição, mas no modo de ser, a *applicatio* é o âmbito fenomenológico do autêntico acontecer dos princípios em exame, como refere Streck:

Isso precisa ficar bem claro: não é possível nomear qualquer coisa como princípio; não é possível inventar um princípio a cada momento, como se no direito não existisse uma história institucional a impulsionar a formação e identificação dos princípios. Princípios utilizados de maneira ad hoc para solucionar pseudoproblemas não são princípios, porque, tanto quanto é correto dizer que os princípios só são concretamente – vale dizer, na *applicatio* –, é também correta a afirmação de que princípios não existem sem a historicidade do direito. Se é certo que os princípios são a história institucional do direito, eles não cabem dentro de uma concepção instantaneísta de tempo; eles não podem ser criados a partir de graus zero de sentido (Streck, 2012a, p. 582).

Os princípios constitucionais da Administração Pública, portanto, adotando esta teoria de base proposta pelo autor acima mencionado, são autênticos padrões ontológicos (hermenêuticos), nos quais há a institucionalização da moral (modo de como devemos viver) no Direito Administrativo, e que dão sentido ao conjunto de regras jurídicas que regulam a atividade jurídico-administrativa, sempre no intuito de legitimar juridicamente as ações da Administração Pública (no sentido de desvelar) a partir dos paradigmas Constitucionais do Estado Democrático de Direito, a fim de realizar no caso concreto as ações administrativas constitucionalmente adequadas<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Não especificamente em relação aos princípios constitucionais da Administração Pública, mas com relação aos princípios jurídicos, ver Streck (2012b, p. 70-71, 2012a, p. 225-226, 229, 545, 556).

Deste modo, mais uma vez é importante destacar, é curial um cuidado especial na compreensão do tema sobre os princípios constitucionais da Administração Pública, relativamente à excessiva proliferação de tais princípios, decorrente da leitura solipsista do artigo 37, “caput”, da Constituição Federal, bem como de outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, como o artigo 2º da Lei nº 9.784/99. Mas a crítica aqui iniciada, e que será objeto de outros estudos, está direcionada tão-somente contra posturas dogmáticas de correção do Direito Administrativo e que têm predominado em algumas construções doutrinárias e em precedentes da jurisprudência pátria. Portanto, não se trata de invalidar a laboriosa atividade de juristas e operadores do Direito com dedicação permanente para salvaguardar os paradigmas constitucionais do Estado Democrático de Direito, relativamente ao exercício das competências da Administração Pública<sup>32</sup>.

Tal modo de compreensão exige o aprofundamento hermenêutico de princípios com alto grau de indicações sobre a construção histórico-institucional do Direito Administrativo, como a legalidade, igualdade, publicidade e o devido processo legal, temas que serão objeto de posteriores investigações.

## Conclusão

Este estudo pretendeu resgatar o tema dos princípios constitucionais da Administração Pública a partir de uma nova perspectiva, partindo do pressuposto segundo o qual a pergunta mais autêntica sobre este tema não é de cunho dogmático, mas a partir da Nova Crítica do Direito, que lança um olhar (hermenêutico) para a historicidade institucional dos princípios que construíram o Direito Administrativo na qual se compreendem os sentidos partilhados pela comunidade política.

Desde a época do jusnaturalismo o questionamento sobre os princípios jurídicos foi colocado, mas impregnado pelas concepções metafísicas de cada época deste modo de compreender o fenômeno jurídico, ou seja, não questionando o sentido, mas a essência dos princípios como condição de possibilidade da racionalidade do Direito. Tais indagações estavam atreladas ao modo de ser abstrato e axiomático de lidar com os princípios, inicialmente como decorrência da harmonia da natureza, depois sob a luz da verdade divina e consolidando-se na própria razão humana.

O modo de compreensão dos fenômenos jurídicos pelos diversos positivismos jurídicos utilizou-se dos princípios gerais do Direito como mecanismos de garantir a racionalidade do sistema positivo, para suprir eventuais lacunas, dotando-os de uma finalidade de ingressarem no processo de decisão quando a lei fosse insuficiente. Destarte, aplicar princípios jurídicos está diretamente relacionado com reconstruir a vontade do legislador, que no âmbito do positivismo exegético a melhor aplicação é aquela que expressa, por meio de métodos interpretativos, a intenção do legislador.

No intuito de garantir a autonomia do Direito, o positivismo normativista laborou com o ideal de separação entre Direito e Moral, reduzindo o Direito à norma jurídica, mas identificando esta com o próprio texto legal. Surgem neste horizonte de compreensão os conceitos dogmáticos como validade, hierarquia, completude e antinomias jurídicas. Aqui o dedutivismo é a marca preponderante da aplicação dos princípios jurídicos, pois ainda atrelado à metafísica do racionalismo jurídico. Os princípios, desta forma, revelam as essências do Direito Positivo, bem como conferem discricionariedade para o aplicador do Direito.

O Direito Administrativo, como produto histórico do século XVIII, herdou este modo de compreender os princípios jurídicos, sendo que os princípios da Administração Pública foram construídos, na grande maioria das vezes, com este pendor positivista, de identificá-los como axiomas portadores de uma verdade dogmática da essência do Direito Positivo e aplicados dedutivamente. A Constitucionalização do Direito Administrativo trouxe inegáveis avanços para a democratização das relações entre cidadãos e o Estado, mas ainda permanecem entendimentos deletérios para construir uma autêntica Administração Pública Constitucional, como o abismo da subjetividade aprofundado com as posturas que defendem a discricionariedade da decisão judicial no processo de concretização do Direito com a aplicação de princípios.

A Nova Crítica do Direito possibilita evidenciar as insuficiências paradigmáticas desta recepção hermenêutica que o Direito Administrativo fez da teoria dos princípios, uma forma de compreensão fundada nos marcos teóricos do positivismo exegético e do positivismo normativista. Os princípios constitucionais da Administração Pública são capazes de possibilitar este resgate do mundo prático do direito, ou seja, destacar que não

<sup>32</sup> Apenas para exemplificar refiro publicações preocupadas com a questão dos princípios da Administração Pública, como a obra *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*, organizada por Marrara (2012) e *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, organizada por Santamaría Pastor (2012).

existe aplicação de princípios sem interpretação, mas o que não importa salvaguardar a discricionariedade na decisão jurídica. Não há aplicação de princípios sem operar neste horizonte de sentido construído historicamente, condicionado deontologicamente (Lenio Streck) pela experiência do modo de ser da democratização das relações entre cidadãos e Administração Pública.

## Referências

- ALEXY, R. 1997. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 607 p.
- ALMEIDA, L. S. 2002. *Hermenêutica e dialética: dos estudos platônicos ao encontro com Hegel*. Porto Alegre, EDIPUCRS, 390 p.
- ANDRADE, J.M.A. de. 2013. Entre princípios e regras: entre progressos iniciais e fanatismo. In: J.A.F. COSTA (org.), *Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo, Malheiros, p. 86-99.
- ÁVILA, H. 2013. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 215 p.
- BARZOTTO, L.F. 2006. Positivismo jurídico. In: V.P. BARRETO (coord.), *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Renovar, p. 642-647.
- BELADIEZ ROJO, M. 1997. *Los Principios Jurídicos*. Madrid, Tecnos, 152 p.
- BERBERI, M.A.L. 2003. *Os princípios na Teoria do Direito*. Rio de Janeiro, Renovar, 222 p.
- BINENBOJM, G. 2006. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, 337 p.
- BOBBIO, N. 1995. *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo, Ícone, 239 p.
- BONAVIDES, P. 1996. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 680 p.
- CALVO GARCÍA, M. 1994. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid, Tecnos, 299 p.
- CANOTILHO, J.J. 1999. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1414 p.
- CARLOSVELASCO, J. 2000. *La teoría discursiva del Derecho: sistema jurídico y democracia en Habermas*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 231 p.
- CARRIÓ, G. 1990. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 416 p.
- DWORKIN, R. 1995. *Los derechos en serio*. 2ª ed., Barcelona, Editorial Ariel, 508 p.
- DWORKIN, R. 2010. *A justiça de toga*. São Paulo, WF Martins Fontes, 421 p.
- DWORKIN, R. 2012. *Justiça para ouriços*. Coimbra, Almedina, 515 p.
- FREITAS, J. 2009. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 512 p.
- FULLER, L.L. 1964. *The morality of law*. New Haven, Yale University Press, 202 p.
- GADAMER, H.-G. 1993. *Verdad y Método I: fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Salamanca, Ediciones Sígueme, 697 p.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. 1994. *Revolución Francesa y administración contemporánea*. 4ª ed., Madrid, Civitas, 150 p.
- GARCÍA FIGUEROA, A. 1998. *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 444 p.
- GIACOMUZZI, J.G. 2002. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo, Malheiros, 328 p.
- GRONDIN, J. 2000. *Hans-Georg Gadamer: una biografía*. Barcelona, Herder, 519 p.
- HEIDEGGER, M. 1979. Que é isto – a filosofia? In: M. HEIDEGGER, *Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo, Abril Cultural, p. 13-24.
- HOBBS, T. 1999. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 2ª ed., São Paulo, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 526 p.
- KRELL, A.J. 2013. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 200 p.
- KRETSCHMANN, A. 2006. *História crítica do sistema jurídico: da prudência antiga à ciência moderna*. Rio de Janeiro, Renovar, 264 p.
- MARTINEZ-SICLUNAY SEPÚLVEDA, C. 1993. Concepto y contenido de los principios generales del Derecho. In: J.V. de GOYTISOLO (org.), *Los principios generales del Derecho*. Madrid, Actas, p. 25-57.
- MARTINS, A.V. da S. 2013. *A moralidade do Direito como condição de liberdade em Lon Fuller*. Porto Alegre, Magister, 130 p.
- MARRARA, T. (org.). 2012. *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo, Atlas, 467 p.
- MIRAGEM, B. 2013. *A nova administração pública e o Direito Administrativo*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 315 p.
- OHLWEILER, L. 2003. Estado, administração pública e democracia: condições de possibilidade para ultrapassar a objetificação do regime administrativo. In: L.S. ROCHA; L.L. STRECK (org.), *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo, Editora Unisinos, p. 273-305.
- OHLWEILER, L. 2005. Teoria versus prática: em busca da função social da dogmática jurídica (o exemplo privilegiado do Direito Administrativo). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ)*, 1(3):129-164.
- OHLWEILER, L. 2006. O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico-administrativo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ)*, 1(2):285-328.
- OLIVEIRA, F.C.S. 2003. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 347 p.
- OLIVEIRA, R.T. 2008. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 248 p.
- OLIVEIRA, R.C.R. 2013. *Princípios do Direito Administrativo*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense; São Paulo, Método, 211 p.
- OSÓRIO, F.M. 2013. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 430 p.
- OTERO, P. 2003. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra, Almedina, 1192 p.
- REALE, M. 1994. *Filosofia do Direito*. 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 749 p.
- RUIZ MIGUEL, A. 2002. *Una Filosofía del Derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Madrid, Editorial Trotta, 328 p.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. 1993. Los principios del Derecho como objeto de investigación jurídica. In A. SÁNCHEZ DE LA TORRE (coord.), *Los principios generales del Derecho*. Madrid, Actas, p. 13-24.
- SANCHIS, L.P. 1992. *Sobre principios y normas: problema del razonamiento jurídico*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 186 p.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. 2012. *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Madrid, La Ley, 1616 p.
- SASTREARIZA, S. 2003. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: M. CARBONELL (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, p. 239-258.
- SOUSA, A.F. 1995. *Fundamentos históricos de Direito Administrativo*. Lisboa, Editora LDA, 436 p.
- STEIN, E. 2004. *Mundo vivido: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia*. Porto Alegre, EDIPUCRS, 192 p.
- STRECK, L.L. 2004. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 342 p.
- STRECK, L. 2012a. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, Tomo 2, 639 p.

STRECK, L.L. 2012b. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: L. FERRAJOLI; L.L. STRECK; A.K. TRINDADE (org.), *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 59-94.

STRECK, L.L. 2013a. A alografia do Direito em tempos de sentidos coagulados. In: J.A.F. COSTA (org.), *Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo, Malheiros, tomo II, p. 1486-1501.

WELZEL, H. 2011. *Introducción a la Filosofía del Derecho: Derecho Natural y justicia material*. Buenos Aires, Editorial IBDEF, 343 p.

WOLKMER, A.C. 2006. *Síntese de uma história das ideias jurídicas: da Antiguidade clássica à Modernidade*. Florianópolis, Fundação Boiteux, 231 p.

Submetido: 08/10/2013

Aceito: 19/11/2013