

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DA TEORIA DE DWORKIN DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

*THE PRINCIPLE OF ADMINISTRATIVE LEGALITY IN THE LIGHT OF
DWORKIN'S THEORY OF LAW AS INTEGRITY*

Eduardo Estevão Ferreira Ramalho

Procurador Federal

Especialista em Defesa da Concorrência pela FGV/SP

SUMÁRIO: Introdução; 1 Princípio da legalidade: origens; 2 O princípio da legalidade na Constituição e as concepções doutrinárias; 3 O princípio da legalidade na análise de casos concretos; 4 Princípio da legalidade, sistema de regras e positivismo jurídico; 5 Princípio da legalidade e Direito como integridade; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O princípio da legalidade surgiu dentro do movimento constitucionalista moderno para garantir a oponibilidade dos direitos fundamentais da liberdade e propriedade contra o próprio Estado. No Direito Administrativo brasileiro contemporâneo, verifica-se uma tendência de enxergar a submissão da Administração à lei sem dar o devido destaque ao papel que os princípios jurídicos desempenham no momento da aplicação da norma. O trabalho discute esse tema, à luz da filosofia de Dworkin que concebe o Direito como integridade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Princípio da Legalidade. Sistema de Regras *Versus* Sistema de Princípios. Direito como Integridade

ABSTRACT: The principle of legality arose within the modern constitutionalist movement to ensure the enforceability of fundamental rights of liberty and property against the state. In contemporary Brazilian Administrative Law, there is a tendency to view the submission of Public Administration to the law without giving due attention to the role that the principles play at the time of application of the standard. The paper discusses this issue in the light of philosophy that Dworkin conceives law as integrity.

KEYWORDS: Administrative Law. Principle of Legality. System of Rules *Versus* Principles System. Law as Integrity.

INTRODUÇÃO

O operador do Direito que se dedica à aplicação do direito administrativo frequentemente se depara com situações em que é preciso definir qual comportamento ou ação a Administração deve tomar diante de uma determinada situação fática.

Essa tarefa, porém, por vezes, é bastante complexa. Nem sempre é possível subsumir o fato à hipótese de incidência de uma norma jurídica. Assim, em face do aparente silêncio da lei, a questão que se coloca é até que ponto a interpretação e os métodos de integração da ordem jurídica podem ser utilizados pelo exegeta sem que isso importe ofensa ao princípio da legalidade.

É evidente que a resposta a essa indagação depende da interpretação que se faça do próprio conteúdo do princípio da legalidade administrativa no atual paradigma do Estado democrático de Direito.

O propósito do presente artigo é demonstrar, à luz da filosofia de Ronald Dworkin que concebe o direito como integridade, que o princípio da legalidade tem um sentido mais amplo do que a submissão da Administração Pública a um sistema de regras. Buscar-se-á demonstrar, também, que na atualidade a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, principal escopo do princípio da legalidade, não se dá pela edição de regras abstratas e gerais, mas pela aplicação das normas coadunada com os princípios compartilhados na comunidade.

1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: ORIGENS

De início, para bem compreender o princípio e a função que desempenha no ordenamento jurídico, uma breve contextualização histórica se faz pertinente.

Sob esse ângulo, verifica-se que as origens do princípio da legalidade se confundem com as do constitucionalismo moderno.

Com efeito, DI PIETRO assinala que “embora a lei tenha desempenhado importante papel desde a antiguidade, o princípio da legalidade, tal qual o entendemos hoje, surgiu com o Estado de Direito, instaurado na segunda etapa do Estado Moderno”.¹

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das Agências diante do princípio da legalidade. In: *Direitos Regulatórios: Temas Polêmicos*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Coord.). Belo Horizonte: Forum, 2003. p. 38.

O princípio da legalidade é um produto, portanto, do Estado Moderno e de seu respectivo contexto político e econômico.

A partir da Revolução Francesa, que constitui o marco da derrocada do Estado Absolutista, a burguesia passou a deter poder político, o que lhe deu a oportunidade de moldar o Estado de acordo com o ideário liberal. Surge, então, com bastante assertividade, a noção de individualidade juridicamente protegida. Proclamam-se os direitos fundamentais da liberdade e da igualdade (está apenas no plano formal) como direitos inerentes à pessoa humana.

A fim de não permitir retrocesso que conduzisse ao retorno do intervencionismo estatal na esfera da liberdade do indivíduo, fez-se necessário criar limites para o exercício do poder político. Em meio a essa conjuntura, surgem as primeiras constituições modernas que serviram de instrumento, a um só tempo, para consagrar os direitos fundamentais enunciados pela revolução burguesa e para submeter os detentores do poder político a tais direitos. Sobre o tema, MIRANDA anota:

O Estado constitucional, representativo ou de Direito surge como Estado liberal assente na ideia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder político tanto internamente (pela sua divisão) como externamente (pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade)²

Como se vê, o paradigma do Estado de Direito assenta-se na ideia de que é preciso garantir a liberdade dos indivíduos, de modo que, para atingir esse objetivo, impõe-se a submissão de todos, inclusive do próprio Estado, à ordem jurídica.

Mencione-se, ainda, que, nessa época, devido à influência das ideias do Iluminismo, buscava-se um fundamento racional para o Direito e para o exercício do poder coercitivo estatal. As antigas teorias que procuravam justificar a autoridade estatal com base em visões tradicionalistas e teocêntricas, que marcaram o Estado Absolutista, perdem prestígio. A razão humana passa a exercer papel central na legitimação dos discursos, embora a retórica destes estivesse impregnada da ideologia burguesa.

Dentre as novas teorias, alcançou grande aceitação a contratualista de Rousseau. Nela, a lei assume um papel essencial na justificação

² MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 47.

da legitimidade da coerção estatal. Segundo Rousseau, a lei, votada diretamente pelo povo reunido em assembleia, seria a expressão da vontade geral. Cumpri-la não seria uma limitação da liberdade, mas sua afirmação, pois, ao obedecer uma lei que ele próprio ajudou a fazer, o cidadão obedece “a uma vontade que é também a sua autêntica vontade, o seu natural desejo de justiça.”³

Muito embora o modelo de democracia direta propugnado por Rousseau não tenha se concretizado na experiência constitucional dos Estados ocidentais, uma vez que a soberania popular nesses Estados se exerceu e se exerce por meio de representantes, salvo casos raríssimos, a ideia de que a lei, emanada agora do Parlamento, constitui o principal fundamento racional de legitimidade do Direito exerce influência na retórica jurídica e política até os dias de hoje. Funda-se, assim, em um discurso de dominação racional, conforme classificação weberiana⁴.

CIRNE LIMA, citando CARL SCHMITT, bem sintetiza as consequências que o sentido das ideias burguesas de liberdade acarretaram para o Estado de Direito. Diz o autor:

A primeira é que a esfera de liberdade individual é um dado anterior ao Estado, sendo a liberdade individual ilimitada em princípio, enquanto que é limitado o poder do Estado de nela interferir [...]

A segunda é a de que o poder do Estado deve encerrar-se e ser dividido em um sistema de competências bem definidas, de acordo com um princípio de organização [...]

É interessante notar, no entanto, que em sua concepção original, o sentido do princípio da legalidade era mais restrito. DI PIETRO ressalta que “o objetivo era tão somente o de proteger a liberdade e a propriedade.

3 TESTONI, Saffo. In: BOBBIO, Noberto (Org). *Dicionário de política*. Verbete: Vontade Geral. Disponível em: <http://www.facha.edu.br/biblioteca/dmdocuments/MG_Vontade_Geral_Rousseau.pdf>.

4 Segundo Weber, a dominação racional “é baseada na crença da legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação”. In: *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. p. 141. Segundo Weber, a dominação racional “é baseada na crença da legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação”. In: *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. p. 141.

5 LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 43.

Tudo o que não dissesse respeito aos direitos dos cidadãos estava fora do alcance do princípio da legalidade, sendo inserido no poder discricionário da Administração Pública. Era discricionariedade vista como poder político, porque não limitada pela lei.⁶

Segundo a professora paulista, a doutrina da vinculação positiva da Administração à lei, isto é, a de que a Administração somente pode fazer o que a lei permite, é construção posterior que veio a ganhar espaço no paradigma do Estado de Direito Social. Prevaleceu a partir daí o entendimento de que não haveria mais espaço livre de atuação administrativa, uma vez que mesmo a discricionariedade passou a ser encarada como poder jurídico e não mais como poder político⁷.

2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA CONSTITUIÇÃO E AS CONCEPÇÕES DOCTRINÁRIAS

Na ordem jurídica brasileira, são dois os dispositivos constitucionais que dão os contornos do princípio da legalidade administrativa. O primeiro é o art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O segundo é o art. 37 da Carta Magna, que determina à Administração Pública, direta e indireta de todos os entes federativos, a obediência ao referido princípio.

A partir desse arcabouço normativo, foram elaboradas concepções mais e menos restritivas na doutrina.

Para MELLO, o princípio da legalidade consagra “a ideia de que a Administração Pública somente pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares da lei”. Após endossar a visão de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ de que “a atividade administrativa é a atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais”⁸, sentencia: “o princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize”⁹.

6 DI PIETRO, op. cit., p. 39.

7 DI PIETRO, op. cit., p. 41.

8 Apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 101.

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 100-105.

GASPARINI é ainda mais incisivo ao defender a submissão da Administração Pública à lei. Para o autor:

O princípio da legalidade, resumido na proposição suporta a lei que fizeste, significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não podendo se afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor [...] seu campo de atuação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo o que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza. Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situações excepcionais (grave perturbação da ordem, guerra)¹⁰.

Nessa linha, segundo JUSTEN FILHO nem mesmo a autorização genérica na Constituição é suficiente para a validade da atividade administrativa, sendo imprescindível uma manifestação concreta e determinada do legislador por meio de uma lei. Com efeito, assinala o autor:

Não se pode substituir o princípio da legalidade pelo princípio da constitucionalidade, porque a atividade administrativa depende, como regra, da existência de uma lei propriamente dita. Ou seja, o princípio da legalidade significa, em grande parte dos casos, a insuficiência da previsão constitucional para a validade da atividade administrativa. A Constituição é o conjunto de normas fundamentais, mas é insuficiente para disciplinar a atividade administrativa.¹¹

Como se pode notar, as formulações do princípio da legalidade até aqui expostas salientam uma vinculação bastante acentuada entre a atividade administrativa e a existência de normas jurídicas que regulem por si próprias o modo de sua aplicação. Infere-se que, para tais autores, a atuação da Administração Pública pressupõe a existência de uma norma — que para JUSTEN FILHO normalmente deve ser a lei em sentido formal — com elevado grau de densidade normativa que permita identificar se, quando e como a Administração pode ou deve agir.

Vale registrar, entretanto, que outros doutrinadores conferem uma dimensão um pouco mais larga à legalidade.

10 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 6.

11 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Forum, 2010. p. 192.

MEIRELES, por exemplo, depois de repetir a fórmula de que na Administração Pública somente é possível fazer o que a lei autoriza, não havendo espaço para a liberdade e vontade pessoal, ressalta que “cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais”.¹²

Na mesma senda, MEDAUAR, de forma sintética, ensina que “o princípio da legalidade traduz-se, de modo simples, na seguinte fórmula: a Administração deve sujeitar-se às normas legais”. Acrescenta, contudo, que “a compreensão desse princípio deve abranger a observância da lei formal, votada pelo Legislativo, e também dos preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito [...] e, ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional.”¹³

Por fim, DI PIETRO, ao mesmo tempo em que conceitua o princípio da legalidade nos mesmos termos utilizados pela maioria dos doutrinadores, ou seja, no sentido de que a Administração só pode fazer o que a lei permite, identifica a tendência de que no Estado Democrático de Direito há a pretensão de “vincular a lei aos ideais de justiça, ou seja, submeter o Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição.”¹⁴

Observa-se, destarte, que embora essas três últimas formulações do princípio da legalidade não se apartem da linha mestra de que a Administração Pública deve seguir a lei, elas conferem, ao menos, uma interpretação mais ampla à legalidade, agregando a seus domínios os princípios jurídicos. E isso traz consequências de grande relevo para a compreensão do próprio princípio da legalidade.

3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

Ao que se depreende das concepções doutrinárias do princípio da legalidade descritas no tópico anterior todas elas tem em comum o fato de afirmarem que a Administração somente pode fazer o que a lei autoriza ou permite. Fora do contexto concretizador, essa orientação sugere que a

12 MEIRELES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009. p.89-90.

13 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 123.

14 Di Pietro, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 29.

tarefa de aplicar a lei é simples, como se administrar a coisa pública fosse semelhante a um jogo de tabuleiro em que basta ao jogador consultar as regras que constam de uma bula ou manual para saber exatamente o que pode ou não fazer no jogo. A realidade, no entanto, é bem diferente disso. De fato, uma coisa é dizer, abstratamente, que a Administração somente pode fazer o que lei autoriza. Outra bem diferente e muito mais complexa é dizer se a Lei A ou a Lei B autorizam ou não a Administração a agir em um determinado caso concreto. Para que se chegue a tal conclusão é preciso percorrer um caminho argumentativo que traduza a lei para o contexto em que ela se insere. Em suma, é necessário interpretá-la. A depender do papel reservado aos princípios jurídicos nessa tarefa, os resultados da interpretação podem variar bastante.

Para ilustrar esse dilema, com o qual frequentemente se deparam os operadores do direito em geral, e os advogados públicos dos órgãos consultivos em particular, convém trabalharmos com alguns exemplos concretos, extraídos de nossa experiência profissional.

Suponha-se que uma determinada Agência Reguladora é competente para outorgar, mediante autorização, a um particular a exploração, em regime de livre competição, de determinado serviço inscrito no rol do art. 21 da Constituição Federal. Essa autorização é tida na lei como um ato administrativo vinculado, cabendo ao interessado apenas demonstrar regularidade jurídica, fiscal e idoneidade econômico-financeira, mediante a apresentação de documentos. Acrescente-se que o regime jurídico do serviço prevê a aplicação de penalidade de cassação da autorização para o agente que, descumprindo obrigações de natureza regulatória decorrentes do ato de outorga, pratique infração de natureza grave, impedindo-o de obter nova autorização pelo prazo de 02 anos. Suponha-se que essa cassação seja aplicada em determinado caso concreto e que, em razão disso, a pessoa jurídica infratora fique impedida de receber nova outorga pelo prazo de 02 anos. Alguns dias depois, a Agência recebe um pedido para outorga de autorização. Todos os documentos exigidos pela norma que disciplina a emissão do ato administrativo de outorga instruem o requerimento. Não obstante, ao analisar o estatuto da pessoa jurídica requerente, os servidores da Agência constatarem que os sócios são rigorosamente os mesmos da pessoa jurídica que sofreu a aplicação de penalidade de cassação da autorização. Surge então a pergunta: a Administração deve ou não indeferir o requerimento, mesmo tendo sido preenchidos todos os requisitos explicitamente dispostos na lei para a emissão do ato vinculado?

Outro caso também pode retratar bem o dilema. Suponha-se que em um caso, também envolvendo a autorização para exploração em regime competitivo de serviço arrolado no art. 21 da Constituição, o pedido foi deferido, por ter sido apresentada toda a documentação prevista em lei. Posteriormente, chega ao conhecimento do órgão regulador denúncia por parte de uma associação privada, que funciona como longa manus da Agência Reguladora na supervisão do mercado, de que o agente ingressante indicou como endereço de sua sede logradouro fictício e de que há indícios que os sócios dela, pessoas de nível sócio-econômico incompatível com a natureza e complexidade da atividade explorada, são “laranjas” de pessoas conhecidas no mercado por terem deixado dívidas vultosas inadimplidas. Considerando que a autorização foi emitida segundo os requisitos disciplinados na lei de outorga e que não há aparentemente subsunção a nenhuma das hipóteses de cassação, o órgão jurídico recebe uma consulta a respeito da possibilidade jurídica de retirada da autorização.

Certamente, se a análise jurídica for guiada pelo que sugere a doutrina de GASPARINI, no sentido de que a Administração está “presa aos mandamentos da lei”, ou então de BANDEIRA DE MELLO, de que a atividade administrativa consiste na “atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais”, a tendência seria dizer que a Administração não teria autorização legal nem para indeferir o pedido no primeiro caso nem para responder afirmativamente a consulta no segundo. Isso porque essas formulações do princípio dão a entender que a atividade administrativa constitui uma execução formal e mecânica da lei. Talvez até estejamos sendo injustos com os doutrinadores citados, porquanto essa pode não ser a ideia que eles têm em mente quando afirmam que a Administração está presa à lei. O termo “lei” é por vezes ambíguo e pode ter sido utilizado ali em outro sentido que não o atinente à literalidade da lei, mas à lei corretamente interpretada dentro do sistema jurídico. De qualquer maneira, o que não se pode negar é que essa doutrina dá margem a que se entenda que a Administração exerce uma atividade silogística, puramente lógico-formal, ao aplicar a lei. E, levando-se em consideração que alguns operadores do direito fazem uso dessa doutrina nesse sentido, é que aqui tomamos a liberdade de assumir hipoteticamente que ela seja tratada com esse significado, muito embora possa não corresponder à interpretação “autêntica” de seus formuladores.

Em síntese, o que se põe em discussão é se a interpretação que se faz do princípio da legalidade como atividade de subsunção dos fatos às categorias legais, ou seja, um sistema de regras, é a que melhor traduz esse princípio no atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

DWORKIN analisou um caso similar aos descritos acima envolvendo a justiça norte-americana. Trata-se do caso Riggs contra Palmer, em que um tribunal nova-iorquino teve de decidir se um herdeiro nomeado em testamento de seu avô poderia herdar, mesmo tendo sido o assassino do testador. O herdeiro temia que seu avô, por ter se casado recentemente, viesse a alterar o testamento, deixando-o sem nada. A lei de sucessões de Nova Iorque não dizia explicitamente nada sobre se o herdeiro testamentário poderia ou não herdar em caso de ser o autor do homicídio do testador. Duas linhas argumentativas dividiram o tribunal. O juiz Gray, voto minoritário, defendia que a lei não continha exceções para os assassinos. Por isso seu voto foi favorável ao herdeiro homicida. O voto majoritário, em sentido oposto, foi proferido pelo juiz Earl. Relata DWORKIN que Earl afirmava que na interpretação das leis era preciso levar em conta o contexto histórico e os antecedentes dos princípios gerais de direito. Duas razões foram apresentadas para sustentar essa tese. A primeira era de que seria razoável admitir que os legisladores têm um intenção genérica e difusa de respeitar os princípios tradicionais de justiça, a menos que indiquem claramente o contrário. A segunda era no sentido de que, tendo em vista que uma lei faz parte de um sistema compreensivo mais vasto, o direito como um todo, ela deve ser interpretada de modo a conferir, em princípio, maior coerência a esse sistema¹⁵.

É interessante notar que tanto o juiz Gray quanto o juiz Earl não discordavam quanto à necessidade de cumprir a lei. A divergência se instaurava justamente sobre o seu conteúdo, sobre o que ela realmente dizia. Aqui vale ressaltar uma distinção que DWORKIN faz sobre os sentidos da palavra lei. Podemos nos referir a ela como o documento no qual estão impressas as palavras nela contidas, por força da aprovação do texto pelos congressistas. Mas “também pode ser usada para descrever o direito criado ao se promulgar o documento, o que pode ser uma questão bem mais complexa.”¹⁶. O que DWORKIN quer salientar aqui, a nosso juízo, é que há uma diferença significativa entre a lei como entidade física e a lei que é o produto do processo interpretativo levado a efeito pelo operador do direito.

Daí se vê por que entender o princípio da legalidade como submissão da Administração à lei, na realidade, diz muito pouco, pois o trabalho hermenêutico está ainda todo por fazer; sendo necessário interpretar o que é a “verdadeira” lei em cada caso concreto. Nessa tarefa,

15 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução Jefferson de Luiz Carmago, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 21.

16 *Ibidem*, p. 21.

será preciso definir se a lei está contida somente naquele texto do diploma legal que, após um teste de adequação prévio, foi reputado pertinente à situação concreta, utilizando-se a técnica da subsunção, ou se o jurista também deve trabalhar com os princípios não contidos explicitamente no texto legal de forma a conferir um significado à lei coerente com todo o conjunto de princípios daquela comunidade jurídica. Em síntese, cumpre investigar se a legalidade dentro do paradigma atual pode ser encarada como um sistema de regras ou como um sistema de princípios.

4 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, SISTEMA DE REGRAS E POSITIVISMO JURÍDICO

Se partirmos da premissa de DWORKIN de que o direito é um “empreendimento interpretativo”¹⁷, e não uma questão de fato que possa ser sustentada por uma teoria semântica, devemos então admitir que o próprio conceito do princípio da legalidade não é definitivo e imutável. O conceito é uma construção que será tanto melhor quanto maior for sua correspondência às práticas jurídicas de uma dada comunidade de um determinado contexto histórico. É, portanto, na arena argumentativa que devemos atuar para conceber o princípio da legalidade sob sua melhor luz na atualidade, sem perder de vista que toda interpretação é o relato de um propósito.

Feitas essas advertências, voltemos ao ponto de nossa investigação, começando por analisar a consistência da tese que vincula à legalidade a um sistema de regras.

Antes, porém, é de bom alvitre tecer algumas considerações acerca das diferenças entre as normas que veiculam princípios e as que veiculam regras.

A esse respeito, ALEXY ensina que:

el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización [...]. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.¹⁸

17 DWORKIN, op. cit., p. 113.

18 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86-87.

Para ALEXY, portanto, as regras seriam normas cogentes e determinantes da conduta, imperativos definitivos, ao passo que os princípios seriam comandos de otimização. Segundo o autor, as regras criam direitos definitivos. Elas regulariam por si próprias sua aplicação, sem necessidade de mediação do intérprete. Por isso, não teria lugar aqui qualquer espécie de argumentação jurídica. Aplicar-se-ia unicamente uma técnica de subsunção que explicaria a incidência da regra¹⁹.

Os princípios, por sua vez, não seriam imperativos, mas meramente orientadores. A aplicação do princípio demandaria uma argumentação jurídica, a qual se basearia em um “discurso de aplicação de valores morais em processos de decisão pública”²⁰. A técnica utilizada nesse caso não seria a de subsunção, mas a de ponderação.

DWORKIN, a seu turno, entende que a distinção entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Para ele, a regra se aplica na base do tudo ou nada, isto é, se ela for válida e os fatos a que ela se refere se concretizam a consequência que ela estipula deve ser aceita; se não for válida em nada contribui para a decisão²¹.

Já os princípios na concepção dworkiana não se destinam a estabelecer condições que tornam a aplicação necessária. Mesmo aqueles que mais se aproximam das regras “não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.” Eles apenas enunciam “uma razão que conduz o argumento em uma certa direção mas [que ainda sim] necessita uma decisão particular.”²² DWORKIN propugna, ademais, que “os princípios tem uma dimensão que as regras não têm — a dimensão do peso e importância”. Quando os princípios se sobrepõem aquele que prevalece tem de “levar em conta a força relativa de cada um”²³.

Em face das mencionadas lições doutrinárias, o que se infere é que as regras são normas dotadas de maior grau de densidade normativa, por conterem em si mesmas a decisão a ser tomada quando o suposto fático,

19 Cf. AZEVEDO, Damião Alves de. *Ao Encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=275>>. p. 3-6.

20 Ibidem. 10.

21 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson de Boeira, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

22 DWORKIN, op. cit., 40-41.

23 DWORKIN, op. cit., p. 42.

nelas previsto abstratamente, se concretiza. Os princípios possuem características diferentes. Eles apenas fornecem razões, argumentos para que o intérprete se incline a decidir em um determinado sentido.

Segundo DWORKIN, a ideia de que o direito constitui um sistema de regras é atraente especialmente para o positivismo. Com efeito, o jusfilósofo anglo-saxão demonstra que os pilares das teorias positivistas ora repousam sobre o estabelecimento de regras de reconhecimento que permitam aferir a validade de outras regras e ora sobre a afirmação de que o direito é correspondente, coextensivo ao sistema de regras, de modo que na eventualidade de não haver claramente regra que discipline determinada situação fática, a decisão deve ser obtida além das fronteiras do direito.²⁴

Aponta como razão principal dessa tendência, o fato de que “a educação jurídica consiste, desde longa data, em ensinar e examinar aquelas regras estabelecidas que formam a parte mais importante do direito”.²⁵

A nosso tino, a explicação para esse fenômeno possui outras causas. Dado que o positivismo tem a pretensão de elaborar uma teoria dita “científica” ou, se preferirmos a nomenclatura de DWORKIN, semântica, do Direito, os positivistas têm o vício de buscar aprisionar o jurídico dentro de fórmulas matemáticas, de relações de causalidade, de silogismos lógicos próprios das ciências da natureza. Sob esse prisma, o direito assume feição de mera questão de fato. Isso se deve precipuamente ao desejo de tornar o resultado da atividade jurídica mais previsível e seguro, além de permitir maior controle por parte dos destinatários. Segue daí que os princípios, por inserirem um elemento importante de incerteza no objeto, já que não permitem a formação de um juízo a priori — isto é, antes da confrontação com os fatos e no contexto em que se tem de aplicá-los — sobre a decisão que deve ser tomada no caso concreto, são considerados perniciosos para o método que o positivista entende correto para analisar o Direito.

Essa sensação aparente de certeza e previsibilidade parece ser bastante persuasiva para algumas concepções conservadoras do Direito Administrativo. De fato, esse ramo do Direito nasceu no contexto do paradigma do Estado de Direito, forte na ideia de que sua função era conter dentro de balizas jurídicas bem definidas o poder do Executivo

²⁴ DWORKIN, op. cit., p. 28.

²⁵ DWORKIN, op. cit., p. 62.

²⁶. Naturalmente, essa contenção será tanto mais eficaz quanto menor for o espaço para que o administrador argumente em favor de uma ou de outra decisão. Pretende-se, assim, substituir, na medida do possível, o juízo — tachado de “subjetivo” — do administrador, pelo juízo abstrato pré-definido na lei, tido como impessoal e imparcial. Esse propósito fica bem retratado na seguinte passagem da doutrina de MELLO acerca do princípio da legalidade:

Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo — que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social —, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.²⁷

Esse fundamento de contenção dos poderes do administrador é que aproxima a concepção do princípio da legalidade de grande parcela da doutrina do direito administrativo a um sistema de regras.

5 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DIREITO COMO INTEGRIDADE

A visão de que é a norma abstrata e geral que garante a certeza e previsibilidade da atuação da Administração Pública, leva-nos a questionar se essa é realmente melhor leitura que se deve fazer do princípio da legalidade nos dias atuais, em que se vive o paradigma do Estado Democrático de Direito?

A nosso sentir não.

Em primeiro lugar, a pretensão de, pela técnica da subsunção, própria das regras, confinar a aplicação do Direito nos estritos limites da cognição puramente lógico-formal é uma ilusão. O próprio KELSEN, tido como um dos grandes expoentes do positivismo, já havia se apercebido disso em sua Teoria Pura do Direito, conforme se observa da seguinte passagem da obra, *verbis*:

²⁶ Nesse sentido, MARTINS assinala que “as sociedades liberais do século XIX procuraram restringir, legalmente (norma geral e abstrata), a ação do Estado de maneira a garantir a liberdade (autonomia) individual de seus cidadãos, especialmente aqueles detentores de posses, tidos como os representantes da “melhor sociedade” (In: MARTINS, ARGEMIRO. *A noção de administração pública e os critérios de sua atuação*. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/503/mod_folder/content/11/Textos%20complementares/1%20%20A%20NO%C3%87%C3%83O%20DE%20ADMINISTRA%C3%87%C3%83O%20P%C3%9ABLICA%20E%20OS%20CRIT%C3%89RIOS%20DE%20SUA%20ATUA%C3%87%C3%83O%20%20Argemiro%20Martins.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 10 out. 2013.

²⁷ MELLO, op. cit., p. 100.

[...] todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado.

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem.²⁸

Percebe-se que o jurista austríaco reconhece que, para aplicar o Direito, ainda que seja um simples ato de pura execução, é necessário interpretá-lo, o que impõe a realização escolhas dentro de um determinado universo. O direito somente seria capaz, quando muito, de fixar esse universo, por ele denominado de moldura. Disso decorre que não há como se ter uma interpretação puramente objetiva, que dispense a atribuição de sentido que é dada pelo intérprete. É ilusório, destarte, pretender que a aplicação do Direito seja um ato neutro, “impessoal”. Mesmo que se queira submeter, a partir de uma determinada concepção do princípio da legalidade, a Administração a um sistema de regras, em que os princípios jurídicos estejam excluídos, a regra abstrata e geral, por si só, não é capaz de afastar por completo os juízos que o administrador tem que fazer para interpretar a norma e aplicá-la ao caso concreto. E nem deve ser assim, porque, justamente nesse momento, em que “verdadeira” lei se revela após a interpretação, é que a correção e coerência do sistema pode ser garantida. A propósito, são oportunas as palavras de CARVALHO NETTO e SCOTTI:

Na modernidade, a edição de normas gerais, hoje sabemos bem, não elimina o problema do Direito, tal como ansiado nos dois paradigmas anteriores e neles vivencialmente negado, mas, pelo contrário, o inaugura. O problema do Direito moderno, agora claramente visível graças à vivência acumulada, é exatamente o enfrentamento consistente do desafio de se aplicar adequadamente normas gerais e abstratas a situações de vida sempre individualizadas e concretas, à denominada situação de aplicação, sempre única e irrepetível, por definição.²⁹

28 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 246-247.

29 CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Texto-Base 5: Limites internos e externos e o “conflito de valores”* p. 3. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação lato sensu em Direito

Em segundo lugar, não há nenhuma boa razão para que, nos dias atuais, não se atribua juridicidade aos princípios, mesmos àqueles implícitos no ordenamento jurídico. Os princípios não constituem normas de simples valor moral que apenas eventualmente podem servir de apoio aos intérpretes para embasarem decisões jurídicas, como parece ser a posição de ALEXY. Se eles são, como defende MELLO³⁰, mandamentos nucleares de um sistema, devem constituir o fundamento primeiro a ser levado em conta na compreensão de qualquer instituto ou regra jurídica. Com bem anota AZEVEDO: “por mais simples que sejam, as regras também têm aplicação principiológica.”³¹ Os princípios, portanto, devem tomar parte no processo de aplicação do Direito em geral, de forma a garantir a unidade e coerência do ordenamento visto como um todo.

Não há como negar que os princípios de Direito permeiam as normas e as decisões jurídicas, especialmente nos dias atuais em que se dá uma conotação material mais incisiva ao princípio da supremacia da Constituição, de modo a extrair efetiva força normativa de suas disposições, em grande parte de cunho essencialmente principiológico.

Devido à imersão dos princípios no discurso jurídico atual é que somos levados mesmo instintivamente a resistir a uma interpretação mecânica da lei que venha a contrariar frontalmente um princípio de Direito compartilhado na comunidade. Os casos concretos descritos anteriormente são uma boa amostra disso. Tome-se o primeiro exemplo citado em linhas precedentes, relativo ao pedido de autorização formulado por pessoa jurídica formada por sócios que integravam, nessa qualidade, outra pessoa jurídica que sofrera a cassação da autorização. Permitir que alguém se utilize da personalidade jurídica de uma nova sociedade para escapar dos efeitos de penalidade aplicada a uma antiga seria o mesmo que compactuar com uma fraude. Embora a lei que discipline a autorização e as demais leis administrativas se omitam quanto a essa situação, não prevendo a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica para a hipótese, o exegeta é levado, pelas circunstâncias do caso, a interpretar a lei de modo coerente com o princípio de que ninguém deve se beneficiar de sua própria torpeza, que fundamenta diversos dispositivos legais e compõe o pano de fundo argumentativo de diferentes decisões judiciais.

Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=276>>. Acesso em: 15 de junho de 2013. p.4.

30 MELLO, op. cit., p. 53.

31 AZEVEDO, op. cit., p. 34.

Perceba-se que não se está a falar da interpretação de uma lei obscura ou ambígua. O ato administrativo era considerado vinculado e todos os requisitos explicitamente previstos na norma estavam preenchidos. Todavia, aplicar a lei sem contextualizá-la, nesse caso, significaria prestigiar uma pretensão abusiva do administrado. Daí porque se faz sentir a necessidade de atribuir-lhe um sentido que lhe dê coerência com o ordenamento como um todo. Desse modo, a “verdadeira” lei, devidamente interpretada dentro de seu contexto, aconselha no caso concreto o indeferimento do pedido de emissão da outorga em benefício da pessoa jurídica formada pelos sócios daquela que sofrera a penalidade.

O princípio da legalidade, segundo essa perspectiva, melhor se amolda à concepção de DWORKIN de Direito como integridade. De acordo com tal concepção, “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”³². Nessa esteira, DWORKIN defende que a compreensão do que é o Direito, isto é, do que ele permite ou exige é uma atividade auto-reflexiva. Somente pela dialética dos argumentos dentro da própria prática jurídica é que se pode alcançar a verdade sobre as proposições acerca do que é o direito em cada caso concreto. Confira-se o que autor diz a respeito:

A prática do direito é argumentativa. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste em grande parte em mobilizar e discutir essas proposições.³³

Para DWORKIN, portanto, é por meio do exercício hermenêutico que combina elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro que é possível atribuir um sentido para as proposições envolvendo o Direito.

Em suma, tem-se que na atualidade o princípio da legalidade administrativa ainda exerce um papel de grande relevo na garantia de direitos fundamentais. Tal desiderato, porém, não é alcançado por meio de edição de regras gerais e abstratas. Somente a aplicação da norma,

32 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Carmago, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 272.

33 DWORKIN, op. cit., p. 17.

devidamente interpretada em um procedimento discursivo que pressupõe a coerência interna de uma comunidade de princípios, é capaz de garantir o reconhecimento dos direitos individuais em seu verdadeiro conteúdo. Rechaçam-se, destarte, as interpretações da lei que recorrem ao simples argumento da validade formal ou de autoridade para sustentar decisões contrárias aos princípios de Direito. Na feliz síntese de AZEVEDO “o Direito como integridade significa que o direito é uno e por conseqüência todas as normas existentes no ordenamento devem ser interpretadas de maneira a manter a coerência interna que lhe garanta unidade”³⁴

6 CONCLUSÃO

De todo o exposto, pode-se concluir que o princípio da legalidade é um pilar do Estado de Direito, garantindo ao indivíduo uma esfera juridicamente protegida contra a ação do próprio Estado.

Foi concebido na segunda fase do Estado moderno para proteger os direitos fundamentais de liberdade e propriedade defendidos pela burguesia que havia ascendido ao poder com a derrocada do Estado Absolutista.

No Direito Administrativo brasileiro, algumas concepções doutrinárias sugerem que o princípio da legalidade corresponde a um sistema de regras.

Entendemos, no entanto, que essa visão omite a importância dos princípios jurídicos, pois estes fazem parte do Direito e mesmo as regras devem ter aplicação principiológica.

A proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, principal propósito do princípio da legalidade, não pode ser alcançada a priori por meio de edição de regras gerais e abstratas. Somente a partir da aplicação da norma, devidamente interpretada em um procedimento discursivo que pressupõe a coerência interna de uma comunidade de princípios, é que se pode assegurar em concreto o reconhecimento dos direitos individuais em seu verdadeiro conteúdo.

O princípio da legalidade, nesse contexto, deve ser aplicado à luz da concepção dworkiana do Direito como integridade.

34 DWORCKIN, op. cit., p. 23.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- AZEVEDO, Damião Alves de. *Ao Encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=275>>. Acesso em: 15 jun. 2013.
- CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Texto-Base 5: Limites internos e externos e o “conflito de valores”*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=276>>. Acesso em: 15 jun. 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das Agências diante do princípio da legalidade. In: *Direitos Regulatórios: Temas Polêmicos*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Coord.). Belo Horizonte: Forum, 2003.
- _____. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Carmago, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Forum, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- TESTONI, Saffò. In: BOBBIO, Noberto (Org). *Dicionário de política*. Verbete: Vontade Geral. Disponível em: <http://www.facha.edu.br/biblioteca/dmdocuments/MG_Vontade_Geral_Rousseau.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2013.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.