
A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS E A ATUAÇÃO DA CONSULTORIA JURÍDICA DA UNIÃO: DE CONTROLE DA ESTRITA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA A INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*Esther Dantas de Sá Paiva Gurjão
Advogada da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Funções institucionais da Advocacia-Geral da União e a atuação da Consultoria Jurídica da União; 1.1 A Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988 e na Lei Complementar n. 73/93: Breve histórico, organização e funções institucionais; 1.2 A atuação da Consultoria Jurídica da União. Referências normativas; 2 A Teoria dos Princípios; 2.1 A Teoria de Ronald Dworkin; 2.2 A Teoria de Robert Alexy; 2.3 Críticas às duas grandes teorias. Outras formulações; 3 O Pós-positivismo e a experiência brasileira; 3.1 Neoconstitucionalismo e a Constituição invasora de Guastini. Força normativa dos princípios e interpretação constitucional no Brasil pós-88; 3.2 A força normativa e os conflitos entre os princípios nos tribunais brasileiros; 3.3 As críticas aos equívocos na aplicação da força normativa e na solução dos conflitos entre princípios no

Brasil; 4 A aplicação dos princípios na realização dos Atos Administrativos e na atuação da Consultoria Jurídica da União; 4.1 Os Princípios aplicáveis à Administração Pública; 4.2 Princípio da Moralidade; 4.3 Princípio da Eficiência; 4.4 Princípio da Proporcionalidade e sua normatividade no Brasil; 4.5 Eficiência, Moralidade e Proporcionalidade como parâmetros de controle na atuação da Consultoria Jurídica Da União; 4.6 Métodos e parâmetros para a atuação consultiva do Advogado da União à luz dos princípios; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é analisar os limites e possibilidades de atuação da Consultoria Jurídica da União em relação aos princípios constitucionais. Para tanto, aborda-se, no primeiro capítulo, o contexto relacionado à Advocacia-Geral da União, seu perfil institucional, missão e regulamentação de sua função consultiva. Em seguida são examinadas proposições da teoria dos princípios, desde as concepções fundamentais de Ronald Dworkin, passando pelas contribuições de Robert Alexy e outros autores. No capítulo seguinte, analisa-se o contexto brasileiro em relação à teoria dos princípios, sobre como se dá hoje o reconhecimento e aplicação da força normativa dos princípios nos Tribunais, destacando-se algumas críticas que são dirigidas a essa aplicação. Por fim, são apreciados os princípios fundamentais que regem a administração pública, em especial aqueles mais diretamente relacionados com o exercício da advocacia pública consultiva, como os da moralidade e da eficiência, bem como o princípio instrumental da proporcionalidade, abordando-se aspectos relacionados à identificação de possível violação desses princípios, bem como parâmetros para a atuação do advogado quando identifica uma situação que enseja a aplicação da força normativa dos princípios.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Pública Consultiva. Princípios. Força Normativa. Moralidade. Eficiência.

ABSTRACT: The aim of this study is to analyze the limits and possibilities of action of Legal Counsel of the Federal Union in relation to constitutional principles. To do so, it addresses, in the first chapter, the institutional profile, mission and rules of its advisory function context. Then propositions of the theory of principles are examined, since the fundamental conceptions of Ronald Dworkin, through the contributions of Robert Alexy and other authors. The next chapter analyzes the Brazilian context in relation to the theory of principles on how is today the recognition and application of the normative force of the

principles in the courts, highlighting some criticisms that are directed to that application. Finally, the fundamental principles governing public administration are appreciated, especially those most directly related to the exercise of the advisory public advocacy, as morality and efficiency as well as the instrumental principle of proportionality, covering aspects related to the identification of possible violation of these principles, as well as parameters for the performance of the lawyer when it identifies a situation which entails the application of the normative force of the principles.

KEYWORDS: Advisory Public Advocacy. Principles. Normative Force. Morality. Efficiency.

INTRODUÇÃO

O exercício da advocacia pública consultiva na atualidade, em que ganha força a leitura pós-positivista do ordenamento jurídico, revela que a apreciação dos atos administrativos somente sob o prisma da legalidade estrita, ou seja, a partir de regras específicas e expressas, encontra-se dissonante e incongruente não só com o estágio da hermenêutica constitucional, como em relação aos próprios questionamentos que a autoridade poderá sofrer pela prática do ato.

É certo que a Administração encontra-se vinculada ao princípio da legalidade, mas, em determinados casos, especialmente quando não há norma específica sobre a matéria a ser solucionada, necessário se faz a adoção de providências à luz dos princípios constitucionais.

Com efeito, na perspectiva pós-positivista, o controle dos atos administrativos deixa de circunscrever-se à observância da legalidade estrita. Diversos atos são questionados diretamente à luz de princípios como eficiência e razoabilidade. Contudo, não raro também ocorre de o argumento com base em princípios dissimular um verdadeiro argumento de política, um juízo moral, subjetivo, do qual se vale o agente do órgão de controle, o advogado, o juiz, o membro do Ministério Público ou algum interessado para tentar fazer prevalecer o seu entendimento pessoal sobre determinada matéria. Adotando-se cautela a respeito e conseguindo afastar-se do caminho fácil da utilização inadequada e desfundamentada dos princípios, a sua correta aplicação vai ao encontro de uma advocacia pública concretizadora dos mandamentos constitucionais.

Necessário, assim, perquirir a respeito dos limites dessa atuação, em que se faz necessário, dentre outras dificuldades, compatibilizar a repercussão prática da normatividade dos princípios e o respeito ao mérito administrativo. O presente trabalho trata dos limites e nuances a respeito da atuação da advocacia pública consultiva.

Para tanto, no primeiro capítulo, abordaremos as questões relacionadas à atuação da Advocacia-Geral da União, apresentando um breve histórico que leva à sua criação, bem como a sua normatização no direito brasileiro, em especial quanto ao cenário normativo relacionado à advocacia pública consultiva, inclusive quanto aos objetivos fundamentais de sua atuação.

No segundo capítulo, apresentaremos algumas questões fundamentais relacionadas à teoria dos princípios, em especial quanto aos conceitos fundamentais desenvolvidos por Ronald Dworkin e Robert Alexy, refletindo ainda sobre algumas críticas endereçadas às teorias desenvolvidas pelos referidos autores, bem como mencionando outras relevantes formulações teóricas pertinentes.

Em seguida, no terceiro capítulo, trataremos da experiência do pós-positivismo no direito brasileiro, em especial sua utilização pelos Tribunais, abordando também algumas críticas formuladas a essa aplicação da teoria dos princípios na jurisprudência pátria.

No quarto capítulo serão analisados os princípios aplicáveis à atuação da Administração Pública, em especial a eficiência e a moralidade como parâmetros de controle da Administração, bem como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de utilização bastante difundida e cujo manejo na prática revela-se complexo. Nesse contexto, abordar-se-á em seguida a utilização dos princípios na realização e no controle dos atos administrativos em relação à atuação da Consultoria Jurídica da União, buscando desenvolver métodos e parâmetros para uma atuação consultiva do Advogado da União à luz dos princípios constitucionais.

Buscar-se-á, enfim, traçar alguns limites e possibilidades da atuação da Consultoria Jurídica da União no manejo dos princípios jurídicos, a fim de melhor realizar a sua missão institucional, em prol do interesse público e em sintonia com o atual espírito do tempo.

1 FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E A ATUAÇÃO DA CONSULTORIA JURÍDICA DA UNIÃO

1.1 A Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988 e na Lei Complementar nº 73/93: breve histórico, organização e funções institucionais

A origem da Advocacia-Geral da União remonta aos anos da chegada da Coroa Portuguesa ao Brasil, trazendo as instituições da metrópole até os anos da República, em que se iniciou um desenvolvimento mais efetivo das atribuições relacionadas à consultoria jurídica e à defesa judicial da União. Adotando-se o modelo português de advocacia de Estado, nos primeiros anos da República foi estabelecida a defesa judicial da União como atribuição do Ministério Público Federal (delegável ao Ministério

Público Estadual para atuação na justiça respectiva de cada Estado). A partir de 1894, reconheceu-se como atribuição do Ministério Público o exercício das funções de Consultor do Presidente, das Secretarias de Estado e dos Ministérios.

Em 1903, tem-se a criação do cargo de Consultor-Geral da República, com a separação entre as funções de defesa judicial da União (que seguiram a cargo do Ministério Público) daquelas relacionadas à consultoria jurídica, que passaram à atribuição da Advocacia Consultiva da União, que tinha como instância máxima a Consultoria-Geral da República. Foram criadas em seguida as Consultorias Jurídicas no âmbito dos Ministérios, setorizando a atividade de consultoria jurídica da União e fazendo com que a Consultoria-Geral da República passasse a atender diretamente ao Presidente da República. Nesse sentido, a então Procuradoria da Fazenda Pública (origem da Procuradoria da Fazenda Nacional) foi incluída inicialmente como órgão consultivo exclusivo do Ministério da Fazenda, vindo depois a, cumulativamente, ser a responsável pela inscrição da dívida ativa da União. Tais fatos são a origem histórica da “subordinação administrativa” atual das Consultorias Jurídicas nos Ministérios aos Ministros de Estado, assim como a da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ao Ministério da Fazenda.

Com o escopo de estruturar a organização da unidade central e das consultorias jurídicas dos Ministérios, foi criado em 1957 o cargo de Assistente do Consultor-Geral da República, posteriormente transformado em Assistente Jurídico em 1964.

Ao mesmo tempo em que os órgãos que exerciam a atuação consultiva organizavam-se vinculados ao Poder Executivo, a representação judicial conferia indesejável ambiguidade à atuação do Ministério Público, que exercia as funções de fiscal da lei e de defensor do Estado, o que poderia ocorrer no mesmo processo (por exemplo, nos mandados de segurança). Na administração indireta não ocorria essa contradição, eis que as Procuradorias Gerais e Departamentos Jurídicos das unidades autárquicas concentravam tanto a atuação consultiva como a representação judicial.

Com a Carta de 1988, criou-se a Advocacia-Geral da União, com a atribuição correspondente à representação judicial e extrajudicial da União e a consultoria e o assessoramento jurídico dos órgãos e entidades da Administração Pública federal, deixando o Ministério Público de exercer a representação agora assumida pela nova instituição e voltando a sua atuação, em síntese, à defesa dos interesses da coletividade, pondo fim à cisão entre a atuação consultiva e a representação judicial da União.

A Constituição de 1988 apresentou um capítulo próprio a par dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tratando das Funções Essenciais à Justiça, dentre as quais nominou nas respectivas seções o

Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública. Ademais, dentro da seção que trata da Advocacia Pública, o regramento distingue a Advocacia da União e a Advocacia dos estados e Distrito Federal.

O tratamento dado pelo constituinte originário revela o caráter institucional da Advocacia-Geral da União, dotado de algum grau de independência, não sendo concebida no texto constitucional como um mero órgão do Poder Executivo. Ao serem definidas em Capítulo próprio do texto constitucional, as “Funções Essenciais à Justiça” representam uma manifestação da democratização do exercício do poder estatal.

O constituinte também reserva à Advocacia-Geral da União as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. Referidas atividades, no entendimento de Rommel Macedo (2008, p. 46), são distintas, pois no assessoramento o advogado apenas orienta a autoridade a respeito da decisão a ser tomada, ao passo que na consultoria jurídica o advogado emite pareceres, por cujo teor se responsabiliza.

Atendendo ao ditame constitucional que determinava a edição de lei Complementar para regular as atividades da instituição, foi editada a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, apresentando a organização e estrutura da AGU, trazendo as suas atribuições e dotando-a dos instrumentos necessários à realização de sua atividade.

A partir da referida legislação, definiu-se a estrutura da Advocacia-Geral da União como sendo composta por órgãos de direção superior (Advogado-Geral da União, Procuradoria-Geral da União, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Consultoria-Geral da União, Conselho Superior da Advocacia-Geral da União e Corregedoria-Geral da Advocacia da União), órgãos de execução (Procuradorias Regionais da União, Procuradorias da União, Procuradorias Seccionais da União, Procuradorias Regionais da Fazenda Nacional, Procuradorias da Fazenda Nacional, Procuradorias Seccionais da Fazenda Nacional e Consultorias Jurídicas) e órgãos vinculados à AGU (Procuradoria-Geral Federal, Procuradorias Regionais Federais, Procuradorias Federais e Procuradorias Seccionais Federais).

A mesma lei prevê ainda, como membros da Advocacia-Geral da União, o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, o Consultor-Geral da União, o Corregedor-Geral da Advocacia da União, os Secretários-Gerais de Contencioso e de Consultoria, os Procuradores Regionais, os Consultores da União, os Corregedores-Auxiliares, os Procuradores-Chefes, os Consultores Jurídicos, os Procuradores Seccionais, os Advogados da União, os Procuradores da Fazenda Nacional e os Assistentes Jurídicos.

Assim, com a edição da Lei Complementar nº 73/93 e a estruturação que ela possibilita, completa-se o mandamento constitucional que cria uma instituição voltada à defesa judicial e extrajudicial e à consultoria jurídica da União Federal.

1.2 A atuação da Consultoria Jurídica da União. Referências normativas.

No que se refere à atividade consultiva, a Lei Complementar nº 73 estabelece que à Consultoria-Geral da União, órgão de direção superior, direta e imediatamente subordinada ao Advogado-Geral da União, incumbe colaborar com este em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo chefe da instituição (art. 10).

Como órgão de execução relacionado à atividade consultiva, a Lei Complementar nº 73 também faz referência às Consultorias Jurídicas dos Ministérios, definindo-as como órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, aos quais compete essencialmente: assessorar as referidas autoridades; exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas; fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União; elaborar estudos e preparar informações por solicitação das referidas autoridades; assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica e; examinar prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas, os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados e os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa de licitação (art. 11). No âmbito regional, a atuação consultiva é realizada pelas Consultorias Jurídicas nos Estados (conforme denominação a partir do Decreto nº 7.392/10, antes denominadas Núcleos de Assessoramento Jurídico - NAJs). Às Consultorias nos Estados, nos termos do Ato Regimental nº 5/2007, compete (art. 19):

- I - assessorar os órgãos e autoridades da Administração Federal Direta localizados fora do Distrito Federal quanto às matérias de competência legal ou regulamentar desses órgãos e autoridades, sem prejuízo da competência das Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes prevista no art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 1993;
- II - fixar a interpretação da Constituição, das leis e dos demais atos normativos quando não houver orientação normativa da Advocacia-Geral da União;
- III - elaborar estudos jurídicos solicitados pelos órgãos e autoridades assessorados em matéria de competências destes;

IV - orientar os órgãos e autoridades assessorados, quando for o caso, quanto à forma pela qual devam ser prestadas informações e cumpridas decisões judiciais que as unidades da Procuradoria-Geral da União entendam prontamente exeqüíveis; V - atuar em conjunto com os representantes judiciais da União, especialmente quanto ao preparo das teses de defesa da União, quando for o caso; VI - assistir os órgãos e autoridades assessorados no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por eles praticados ou já efetivados; VII - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito dos órgãos assessorados: a) os textos de editais de licitação e os respectivos contratos ou instrumentos congêneres a serem celebrados e publicados; e b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade ou decidir a dispensa de licitação; VIII - analisar processos administrativos e disciplinares, recursos, pedidos de reconsideração, de revisão e outros atos jurídicos pertinentes relativos aos órgãos e autoridades assessorados; IX - atuar junto às Secretarias de Controle Externo do Tribunal de Contas da União e às unidades da Controladoria da União nos Estados e fornecer subsídios à atuação do Departamento de Assuntos Extrajudiciais - DEAEEX; X - realizar atividades conciliatórias quando determinado pelo Consultor-Geral da União; XI - estabelecer intercâmbio de informações com outras unidades da Advocacia-Geral da União e com unidades jurídicas de órgãos e instituições da Administração Pública e dos demais Poderes; e XII - zelar pela observância das orientações emanadas dos órgãos de direção da Advocacia-Geral da União.

Além de diversas frentes de atuação estabelecidas nas normas que organizam a instituição e carreira, há outros preceitos que também fazem menção à atuação consultiva da Advocacia-Geral da União.

A Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993, traz importante preceito norteador da atuação da advocacia pública consultiva da União, estabelecendo no seu art. 38, inciso VI, que, dentre os documentos que devem compor o procedimento administrativo, estão os pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade, exigindo o parágrafo único do mesmo dispositivo que as minutas de editais de licitação, bem como as de contratos, acordos, convênios ou ajustes sejam previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Referido preceito, portanto, estabelece a obrigatoriedade de submeter as minutas de editais de licitação, bem como os contratos, acordos, convênios ou ajustes, ao prévio exame e aprovação por assessoria jurídica da Administração. Há verdadeira obrigação legal do gestor em submeter tais instrumentos à chancela de uma apreciação jurídica, sob pena de contrariedade ao comando legal. De toda sorte, trata-se de prática que se revela consonante com a defesa do interesse público, atendendo aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.

A Lei no 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o seguinte a respeito da atuação consultiva:

Art. 42. Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo.

§ 1º Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

§ 2º Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento.

A respeito da distinção entre pareceres obrigatório, vinculante e não vinculante feita pela lei, veja-se o que ensina a doutrina de Maria Sylvia Di Pietro¹:

O parecer é facultativo quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder à própria motivação do ato.

O parecer é obrigatório quando a lei o exige como pressuposto para a prática final do ato. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). Por exemplo, uma lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados ao Chefe do Executivo; embora haja obrigatoriedade de ser emitido o parecer sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde seu caráter opinativo. Mas a autoridade que não o acolher deverá motivar sua decisão [...].

O parecer é vinculante quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar sua conclusão. Para conceder aposentadoria por invalidez, a Administração tem que ouvir o órgão médico oficial e não pode decidir em desconformidade com sua decisão [...].

Interessante mencionar que a caracterização ou não do parecer como vinculante já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal para se decidir a respeito da ocorrência ou não de situação ensejadora da responsabilidade do parecerista (Informativo nº 475 - Mandado de Segurança nº. 24.631/DF).

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 231

Verifica-se, assim, a existência de vasto arcabouço normativo relacionado à atuação consultiva, tanto voltado à regulação dessa atividade com o foco na própria organização interna, como também em diplomas legais que dizem respeito a atos e processos administrativos para cuja elaboração revela-se imprescindível a intervenção do órgão consultivo da AGU.

Estabelecidas tais premissas normativas, cumpre perquirir, à luz das referidas normas, qual seria então o escopo fundamental da atuação consultiva da AGU.

Para Ronaldo Jorge Araújo Vieira Junior², a missão principal da área consultiva da AGU é a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas.

No entanto, referida missão somente faz sentido se compreendida como inserida em um escopo maior, qual seja, o controle interno e prévio do respeito à legalidade e aos princípios constitucionais no âmbito da Administração. Com efeito, a mera busca da “sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas” poderia ser entendida também como a tentativa de sustentar a juridicidade da política pública quando ela - juridicidade - não existisse, o que não parece ser o escopo da atuação consultiva à luz das citadas normas constitucionais e legais. Em tais situações, a obrigação do Advogado da União, quando submetido o projeto de lei, programa ou outra peça para seu exame, passa a ser o de apontar a ilegalidade da peça em análise.

Assim, a busca da “sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas” passa a ser um escopo da atuação consultiva se inserida e praticada como uma forma de controle prévio e interno da legalidade e moralidade no âmbito da Administração, somada às outras formas de atuação pelas quais esse controle se revela. Somente sob esse prisma - de concretização dos princípios constitucionais, em especial quanto à legalidade - é que se tem o exercício de uma missão à altura do status constitucional da Advocacia-Geral da União, função essencial à justiça que não se limita a ser um mero órgão do Executivo. E na atuação consultiva, inclusive na aprovação (ou não) de editais, contratos, convênios, se revela com vigor o caráter institucional da Advocacia-Geral da União na defesa do interesse público e dos valores constitucionais.

2 VIEIRA Junior, Ronaldo Jorge Araújo. A Advocacia Pública consultiva federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. *Revista da AGU*, v. 8, n. 19, p. 9-40, jan./mar. 2009.

2 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

2.1 A teoria de Ronald Dworkin

Antes de adentrar a análise da teoria do renomado professor de Oxford, necessário abordar algumas premissas das chamadas teorias jurídicas positivistas, cujas limitações Ronald Dworkin pretendia superar.

Hans Kelsen, não obstante reconhecesse a relação do Direito com a moral e outros ramos da ciência, pretendia conceber uma Ciência do Direito desprovida dos elementos que lhe seriam estranhos, tendo por objeto somente a norma (regra) e o método normológico. Sem adentrar pormenores de sua formulação, pode-se dizer que nela, assim como na teoria de H. L. A. Hart, tem-se uma compreensão do ordenamento jurídico como um sistema fechado de regras, para cuja aplicação não se deve recorrer a qualquer formulação política ou moral, abstraindo-se de qualquer princípio ou formulação suprapositiva.

Porém, referida compreensão do ordenamento jurídico padece de dificuldades práticas e metodológicas quando se tem a aplicação do direito. A sua estruturação em um sistema de regras, com uso da linguagem própria à regulação específica de comportamentos e imposição de sanções, acarreta problemas inerentes a essa estrutura da linguagem. Isso porque resta inviável regular completamente todas as condutas por regras abstratas, apresentando-se então o problema das lacunas que decorrem desse sistema e o da solução dos chamados casos difíceis.

Nesse sentido, Ronald Dworkin, na sua obra clássica *Levando os Direitos a Sério* (*Taking Rights Seriously*), vai criticar o chamado “poder discricionário do juiz” (*judicial discretion*), que corresponderia ao que chama de “sentido forte” do poder discricionário, utilizado pelas teorias positivistas para a situação em que o funcionário público (no caso, o juiz) não está apenas utilizando um discernimento na aplicação dos padrões previamente estabelecidos pela autoridade competente, mas para dizer que “em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão”³. Apontando o reconhecimento do caráter vago de algumas regras do positivismo (o que Hart chama de “textura aberta”), Dworkin explica que, no uso do poder discricionário a partir de tal teoria, os juízes poderiam valer-se de padrões criados por eles próprios e não pela lei, os quais não seriam de observância obrigatória⁴.

A crítica de Dworkin revela a dificuldade de o positivismo lidar com a vagueza de algumas regras e a complexidade da dinâmica social, acabando por fazer uma apologia da discricionariedade, permitindo situações em que a solução judicial acaba sendo fruto de uma postura

3 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 52.

4 *Ibid.*, p.59.

decisionista, na medida em que atribui um poder quase absoluto às escolhas hermenêuticas do juiz nos casos difíceis. A decisão em tais casos poderia, portanto, ter fundamentos extrajurídicos.

A teoria positivista da interpretação iguala então a tarefa judicial à legislativa, atuando o juiz como legislador delegado, especialmente ao decidir os *hard cases*. Contudo, afirma Dworkin que os juízes não são e não deveriam ser legisladores delegados⁵.

É interessante abordar o ponto central de tais críticas ao positivismo inclusive porque tratam de consequências práticas fundamentais bastante caras ao presente estudo - o subjetivismo do aplicador do direito na solução dos casos -, sendo interessante perceber que esse escopo de busca de uma alternativa hermenêutica ao subjetivismo está na gênese da teoria dos princípios.

A fim de superar as dificuldades da concepção positivista e da prática do decisionismo, Dworkin vai se valer do papel dos princípios e da distinção entre regras e princípios.

Dworkin apresenta, inicialmente, uma explicação a respeito do que compreende sob a denominação de “princípios”, distinguindo expressões correlatas nos seguintes termos⁶:

Acabei de mencionar ‘princípios, políticas e outros tipos de padrões’. Com frequência, utilizarei o termo ‘princípio’ de maneira genérica, para indicar todo esse conjunto de padrões que não são ‘regras’. Eventualmente, porém, serei mais preciso e estabelecerei uma distinção entre princípios e políticas. [...] Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Prossegue o professor de Oxford exemplificando que o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos seria uma política, ao passo que o conceito segundo o qual ninguém deve beneficiar-se de seus próprios ilícitos é um princípio. Alerta, porém, para os riscos de se afastar da distinção ao se interpretar um princípio como expressão de objetivo social, ou interpretar uma política como expressão de um princípio ou, ainda, ao se adotar a compreensão utilitarista segundo a qual os princípios seriam declarações disfarçadas de objetivos.

Complementando sua estruturação conceitual fundamental, Dworkin propõe uma distinção entre regras jurídicas e princípios

5 DWORKIN, op. cit., 129.

6 Ibid, p. 36.

jurídicos, segundo a qual as regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada (*all or nothing*), ou seja, dados os fatos que estipula, ou a regra é válida (e fornece a resposta para o caso que deve ser aceita), ou não é válida (e não contribui para a decisão)⁷. Assim, havendo regras em conflito, uma delas não poderá ser válida⁸.

Os princípios, por sua vez, na definição de Dworkin, possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm. Assim, quando se tem princípios que se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos consumidores e os princípios de liberdade contratual), a solução do conflito pelo aplicador do direito vai considerar a força relativa naquele caso de cada um. Reconhece, porém, Dworkin que a definição de qual princípio é mais importante não passa por uma mensuração exata e o julgamento que a determinar frequentemente será “objeto de controvérsia”⁹, sendo interessante chamar atenção para esse reconhecimento da dificuldade da tarefa e da possibilidade de controvérsia a respeito. Os procedimentos para esse “julgamento” correspondem ao objeto essencial da teoria de Robert Alexy, como se abordará mais adiante.

Dworkin também considera que muitas vezes a distinção entre regras e princípios se reduz a uma questão de forma, o que ocorre quando se tem a utilização em regras de termos como “razoável”, “injusto(a)” e outros. Esses termos não chegam a transformar uma regra em princípio, permanecendo como regra do ponto de vista “lógico”, mas passam a funcionar como um princípio do ponto de vista “substantivo”, já que se torna necessário recorrer a princípios/políticas que extrapolam a regra para a sua aplicação.

Outra distinção fundamental é estabelecida por Dworkin ao explicitar o processo decisório à luz do positivismo e a utilização dos princípios jurídicos. Afirma que não se pode confundir “argumentos de princípio” e “argumentos de política”, nos seguintes termos¹⁰:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. [...] Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante o direito de um indivíduo ou de um grupo.

Afirma Dworkin que na solução dos casos difíceis a compreensão do julgador como um legislador delegado (típica do positivismo, segundo sua crítica) autorizaria o uso de argumentos de política. Entende ele, porém, que as decisões judiciais, mesmo em casos difíceis, somente podem ser fundamentadas em argumentos de princípios e não de política, o que seria

7 DWORKIN, op. cit., p. 39.

8 Ibid., p. 43.

9 Ibid., p. 42.

10 Ibid., p. 129.

uma exigência da própria democracia, vez que não se pode reconhecer como ilícita uma conduta violadora de um dever criado após o fato¹¹.

Importante ainda lembrar outra formulação fundamental da teoria de Ronald Dworkin, segundo a qual haveria uma única resposta correta para questões complexas do direito. Afirma ele que, não obstante se reconheça a relevância de determinada controvérsia jurídica e a existência de bons argumentos em favor de direrentes teses relativas a uma determinada questão, não se pode considerar que o processo decisório seja uma mera escolha de teses, mas sim uma decisão imposta pela razão, embora reconheça que esse processo de decisão poderá levar a diferentes conclusões nas mãos de diferentes juízes¹². Nada obstante, assevera Dworkin que mesmo nos casos considerados pelo positivismo como *hard cases*, uma das partes terá o direito preestabelecido de ter sua pretensão assegurada, cabendo ao julgador descobrir qual é esse direito, utilizando-se de princípios jurídicos em sua integralidade. A aplicação do direito consistiria na atividade de se decidir qual princípio é adequado à solução de um determinado caso, posto que, em cada caso, haveria uma única resposta adequada a suas especificidades e aos interesses em jogo, o que não poderia ser satisfeito com decisões formuladas a partir de valores objeto de livre escolha discricionário do juiz.

Desse modo, segundo Dworkin, nos *hard cases* as decisões devem se basear em argumentos de princípios. O decisionismo positivista é rechaçado pelo caráter normativo dos princípios jurídicos que, embora abstratos e gerais, exigem do intérprete densificação, com atenção à história institucional e à sistematicidade do conjunto de princípios.

A compreensão do pensamento de Dworkin exige ainda a menção a outro conceito fundamental objeto de trabalho do pensador em outra obra fundamental (*O Império do Direito*): o da integridade do Direito. Esse conceito compreende o princípio de integridade na legislação (*legislative principle*), segundo o qual aqueles que criam o Direito por legislação devem mantê-lo coerente quanto aos princípios, e o princípio de integridade na aplicação judicial do Direito (*adjudicative principle*), segundo o qual os responsáveis por decidir o que é o Direito devem compreendê-lo e fazê-lo cumprir com coerência¹³.

O princípio da integridade na aplicação do Direito, segundo Dworkin¹⁴, “explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante”.

11 DWORKIN, 2002. p. 133.

12 *Ibid.*, 43.

13 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

14 DWORKIN, 1999. p. 203.

A aceitação da integridade como virtude colaboraria para que se atingisse em sociedade o modelo da chamada “comunidade de princípios”. Como superação à chamada “comunidade de regras”, que seria aquela na qual os membros aceitariam cumprir as regras formuladas animados por um sentimento de obrigação, Dworkin desenvolve o conceito de comunidade de princípios¹⁵:

[...] Insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, [equanimidade] e [devido] processo legal e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possíveis.

Por tudo isso, tem-se que as dificuldades da concepção positivista e do decisionismo passam a ser parcialmente superadas quando se considera o papel dos princípios a partir da obra de Dworkin. Supera-se, assim, a compreensão positivista do direito como sistema autossuficiente de regras, o qual pretende regular com alto grau de precisão as respectivas situações de aplicação sem apresentar uma solução adequada ao problema referente à estrutura aberta da linguagem, bem como sem considerar a estrutura principiológica de certos “padrões” já utilizados na jurisprudência mesmo antes de uma formulação teórica a respeito dos princípios e de sua relevância jurídica.

2.2 A teoria de Robert Alexy

A teoria da normatividade dos princípios ganha ainda mais ressonância com a obra de Robert Alexy, especialmente a partir do nível de detalhamento a que chega o jurista tedesco em sua proposição acerca da aplicação dos princípios e da solução para os casos de conflitos em tal aplicação.

Alexy compartilha da teoria de Dworkin ao considerar que regras e princípios seriam diferentes espécies de normas e que a distinção entre elas se daria de forma qualitativa. Porém, a distinção por ele elaborada passa por enunciações e categorias próprias.

Coube ao jurista tedesco o desenvolvimento da teoria segundo a qual os princípios encerram *mandados de otimização* (*optimierungsgebote*). Nesse sentido, afirma Robert Alexy¹⁶:

15 DWORKIN, 1999. p. 254.

16 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p.90.

O ponto decisivo é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras, segundo Alexy, seriam normas que sempre são satisfeitas ou não satisfeitas, ou seja, contêm determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível¹⁷.

Vê-se, portanto, que a distinção proposta por Alexy se assemelha à teoria de Dworkin, especialmente no que se refere à caracterização das regras, cujo modelo de “satisfação ou não satisfação” guarda estrita relação com o modelo do “tudo ou nada”. A nota distintiva da teoria de Alexy, no particular, reside na enunciação dos princípios como mandados de otimização, que podem ser aplicados de maneira mais ou menos intensa, mas sempre com a máxima intensidade possível a partir das limitações fáticas e jurídicas incidentes, o que ocorreria de acordo com a existência de regras ou princípios colidentes.

Afirma Alexy que a análise das colisões entre regras e princípios serve para aperfeiçoar a compreensão da distinção entre as duas categorias. Os conflitos entre regras somente poderiam ser solucionados ou pela introdução de uma regra de exceção, ou pela invalidade de uma das regras em conflito. Já no caso de conflitos entre princípios, um deles terá que ceder, o que não significa que será ele declarado inválido ou que terá que ser introduzida nele uma cláusula de exceção. Assim, um princípio pode ter precedência em face de outro sob determinadas condições que, sendo diversas, poderiam levar a outra solução. Desse modo, nos casos concretos, os princípios teriam diferentes pesos e aqueles com maior peso teriam precedência.

Chega-se, assim, à formulação segundo a qual enquanto os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, os conflitos entre princípios ocorrem na dimensão do peso¹⁸.

A fim de melhor elucidar como se dá a solução da colisão entre princípios e sua importância para elucidar a sua teoria, Alexy formula a chamada “lei de colisão”, nos seguintes termos¹⁹:

(K) Se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1 P P2) C, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C - R.

Uma formulação menos técnica seria:

17 ALEXY, op. cit., p. 91.

18 Ibid.

19 Ibid., p. 99.

(K') As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.

É através da «lei de colisão» que Alexy expressa alguns dos fundamentos de sua teoria, já que tal formulação reflete a natureza dos princípios como mandados de otimização, isto é, destaca a inexistência de relação absoluta de precedência entre os princípios e faz referência a ações e situações não quantificáveis²⁰.

A solução da colisão implica que muitas vezes a realização dos princípios passa pela limitação da realização de um deles (ou de ambos). Isso decorre de uma outra característica reconhecida pela teoria de Alexy: o fato de os princípios expressarem deveres *prima facie*²¹. Como os princípios contêm mandamentos que devem ser realizados na medida das limitações fáticas e jurídicas existentes, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*.

A máxima aplicação dos princípios, com sua natureza de mandados de otimização, teria como ideal um modelo similar ao Ótimo de Pareto: em um caso em que fossem aplicáveis mais de um princípio jurídico, a decisão ideal seria aquela que conseguisse atingir um grau máximo de satisfação de todos os princípios em conflito. Portanto, a decisão judicial deveria atingir um ponto ótimo de satisfação simultânea dos diversos princípios *prima facie* aplicáveis ao caso.

Por fim, necessário lembrar a relação estabelecida por Alexy entre os princípios e a “máxima da proporcionalidade”. Afirma Alexy que os princípios guardam estrita relação com a máxima da proporcionalidade com implicações recíprocas. Nas palavras de Alexy²²:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais, da adequação, da necessidade (do mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito) decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

Assim, para Alexy, os princípios seriam mandados de otimização que conduziriam à máxima aplicação possível, respeitadas as limitações fáticas e jurídicas. As máximas da necessidade e da adequação decorreriam da aplicação dos princípios em face das limitações fáticas (que exigiriam a aplicação do meio que seja faticamente adequado e menos gravoso para a realização do princípio). Já a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorreria da interação com as limitações jurídicas, isto é, a partir

20 ALEXY, op. cit., 2008, p. 99.

21 Ibid., p. 104.

22 Ibid., p. 116.

da necessidade de sopesamento que advém da aplicação da lei nos casos de conflitos entre princípios antagônicos²³.

Pode-se dizer, em suma, que a teoria dos princípios proposta por Alexy tem como elementos: o estabelecimento de um sistema de condições de prioridade, obtido a partir da solução das situações de colisão entre princípios; um sistema de estrutura de ponderação, a partir da natureza dos princípios como mandados de otimização e da solução das situações de conflito pela lei de colisão e pela máxima da proporcionalidade; e de um sistema de prioridades *prima facie*, que passa pela criação de uma ordem no campo dos princípios, uma escala hierárquica construída a partir da importância de cada princípio frente aos demais, o que seria realizado em um processo de argumentação por meio da ponderação.

As formulações de Alexy aqui apresentadas contribuíram para a consistência da teoria dos princípios, ampliando os mecanismos postos à disposição dos operadores do direito para a aplicação dos princípios e solução das situações de colisão entre estes.

2.3 Críticas às duas grandes teorias. Outras formulações

As contribuições de Dworkin e Alexy, pela magnitude e repercussão que tiveram, proporcionaram infindáveis polêmicas e debates, como seria natural em se tratando de árido tema da ciência do direito.

Damião Alves de Azevedo²⁴ (2010) apresenta densa crítica às formulações de Alexy. Para o professor da UNB, o método de ponderação proporcional de Alexy decorre de sua compreensão do direito como julgamento moral. O conteúdo jurídico dos princípios, para o professor, seria substituído por um conteúdo moral, de modo que a juridicidade dos princípios decorreria unicamente do momento de sua aplicação.

Para Damião Alves de Azevedo²⁵, a concepção de Robert Alexy vai fazer com que se reconheça nos princípios uma carga substancialmente axiológica, não deontológica. O princípio jurídico não seria uma norma jurídica definitiva, mas apenas otimizável. Dele não decorreria um comando de conteúdo jurídico do qual se possa exigir obediência, eis que sua aplicabilidade estaria condicionada fática e juridicamente, esvaziando-se o próprio conteúdo jurídico dos princípios. Os princípios não seriam então carregados em si de força normativa cogente, não trariam consigo um dever ser, mas um valor moral cuja aplicabilidade ficaria sujeita a condições.

²³ ALEXY, op. cit. p. 120.

²⁴ AZEVEDO, Damião Alves. *Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas*. Brasília - DF: CEAD/UNB, 2013. 40 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 08 jun. 2013.

²⁵ Ibid.

Ainda segundo a crítica de Damiano Azevedo²⁶, ao estabelecer o papel das regras e dos princípios em sua teoria, Alexy vai acabar por manter as noções de lacuna e discricionariedade típicas do positivismo filosófico, o que acaba por ir de encontro à tese da única resposta correta de Dworkin. O conteúdo da tarefa do juiz na aplicação dos princípios será sempre moral, pois o que se está a ponderar é o que é melhor (valores) e não o que é devido (direitos). A utilização desse método de argumentação, orientada por valores mais desejáveis que outros, resulta na imposição de seus próprios valores à sociedade, em uma espécie de tutela moral, como se a condição de julgador atribuísse um papel pedagógico sobre os cidadãos, com graves riscos decorrentes da provável incompreensão acerca de quais seriam os valores compartilhados por determinados grupos sociais. O processo de decisão racional orientado por valores não revelaria nada mais senão as preferências daquele que julga. A decisão, resultado da ponderação proporcional de valores, seria um resultado das preferências morais do julgador, das preferências morais do juiz, que refletiriam diretamente na decisão e poderiam inclusive transformar seu conteúdo, conforme admitido por Alexy.

Portanto, para Damiano Azevedo²⁷, Robert Alexy, conquanto supostamente apoiando-se em Dworkin, acaba por retornar a uma concepção de fórmulas metodológicas que reduzem os princípios a políticas, ou seja, a normas de aplicação gradual, cabendo às regras servirem como normas capazes de regularem a sua situação de aplicação, recaindo-se, tal qual no positivismo filosófico, em situações nas quais as lacunas que decorreriam desse sistema seriam preenchidas não pelo argumentação jurídica, mas pela discricionariedade ou argumentação política do julgador.

Assim, Damiano Azevedo²⁸ considera equivocada a interpretação de Alexy sobre a teoria de Dworkin da única resposta correta, na medida em que Alexy vai considerar que a plausibilidade da única decisão correta requereria, para ele, um consenso, uma situação ideal de irrestrita concordância da comunidade de argumentação, o que não seria passível de verificação real. Para Damiano, a ideia da única resposta correta de Dworkin não depende de um consenso sobre a sua correção, mas sim de uma postura hermenêutica diante dos princípios jurídicos e do caso em exame.

Damiano Azevedo também vai criticar os elementos fundamentais da teoria dos princípios de Alexy, em especial o sistema de prioridades *prima facie*, que, segundo ele, faz com que a melhor decisão não seja uma questão de justiça, elaborada conforme o direito, mas sim de valores, elaborada conforme a moral. O autor explica, ainda, que a fundamentação de Alexy para a teoria dos princípios baseia-se na tese de que o discurso racional só pode ser alcançado em um sistema de direitos fundamentais que priorize os

26 AZEVEDO, op. cit.

27 Ibid.

28 Ibid.

direitos individuais sobre os coletivos, de modo que os princípios jurídicos perdem sua natureza deontológica e assumem um caráter axiológico, onde só é possível realizar ponderação proporcional determinando-se a ordem de hierarquia absoluta entre os valores que se quer aplicar.

Damião faz uma importante crítica a essa conclusão de Alexy ao explicitar que o funcionamento de sua Teoria dos Princípios exige que todos os intérpretes do direito admitam a primazia dos direitos individuais sobre os coletivos, mas que essa ordem não pode ser tida como absoluta, vez que os direitos individuais não são prévios aos coletivos. Outro ponto mencionado pelo autor diz respeito à teoria da ponderação pressupor que certos valores sejam assumidos oficialmente como prioritários pelo juiz e pelo direito, o que acarreta uma forma de discriminação contra os demais valores sociais e políticos, inobservando, desse modo, o princípio fundamental do pluralismo político estabelecido no art. 1º, V, da Constituição Federal.

Já Ronald Dworkin, por sua vez, elabora um sistema baseado na ideia de integridade do direito. Desse modo, o direito para ele deve ser interpretado a partir de princípios ordenadores e não como uma norma moral a ser seguida por todos os cidadãos. A integridade não significa preferência pelos direitos individuais ou coletivos, significa que o direito é uno e por consequência toda as normas devem ser interpretadas de maneira a manter a coerência interna que lhe garanta unidade. Enquanto a teoria dos princípios de Alexy sujeita o caso concreto à moral, a de Dworkin o sujeita à interpretação da Constituição, integrando teoria e prática, ou seja, os intérpretes do direito para solução de determinado caso devem procurar no ordenamento, dentre todos os princípios válidos, aquele que signifique a manutenção da coerência e da integridade de todo o sistema.

Importante ainda mencionar o pensamento de Jürgen Habermas, que apresenta uma teoria que propõe uma superação de algumas premissas metafísicas das formulações tradicionais do pós-positivismo.

Habermas, através de sua teoria discursiva do direito, se propõe a realizar uma reconstrução paradigmática do direito. Conquanto concordando com a descrição do direito como integridade e outras questões fundamentais da teoria de Dworkin, Habermas aponta a fragilidade dessa teoria quando tenta explicar como o juiz ou aplicador do direito deve reconstruir a história jurídica e institucional que deve ser aplicada atentando para uma infinidade de princípios eventualmente existentes. Afirma Habermas²⁹, em relação à teoria da integridade do direito, que esta exige que:

[...] cada juiz deve, em princípio, poder chegar, em cada caso, a uma decisão idealmente válida, na medida em que ele compensa a suposta

29 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 261 e 263.

‘indeterminação do direito’, apoiando sua fundamentação numa ‘teoria’. Essa teoria deve permitir a reconstrução racional da ordem jurídica de tal modo que o direito vigente possa ser justificado a partir de uma série ordenada de princípios e ser tomado, deste modo, como uma encarnação exemplar do direito em geral.

[...] a tarefa não consiste na construção filosófica de uma ordem social fundada em princípios de justiça, mas na *procura* de princípios e determinações de objetivos válidos, a partir dos quais seja possível justificar uma ordem jurídica *concreta* em seus elementos essenciais, de tal modo que nela se encaixem todas as decisões tomadas em casos singulares, como se fossem componentes coerentes”.

Embora a tarefa do aplicador do direito exija conhecimento prévio de todos os princípios jurídicos e objetivos políticos válidos que poderão influenciar na aplicação da norma, Dworkin reconhece que o direito não pode ser esgotado numa relação de princípios fundamentais. Assim, Habermas considera que Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos e a de um juiz que teria a pretensão de um privilégio cognitivo, podendo acontecer de apoiar-se apenas em si, caso sua interpretação divirja das demais³⁰.

Habermas pretende então que se retire do aplicador do direito essa sobrecarga de expectativas a respeito de sua capacidade cognitiva e argumentativa, devendo ser compreendido que a atividade jurisdicional é dialógica, lidando o juiz com argumentos disponíveis no processo e no debate público acerca da questão controvertida. Ao decidir, está o juiz confirmando ou rebatendo os argumentos das partes, promovendo-se desse modo o diálogo com estas. Além disso, qualquer que seja a visão de mundo do juiz, que também vai refletir na decisão, esta vai se referir ao ordenamento jurídico, que, por sua vez, é impregnada por discursos de justificação do direito da época.

Embora não negue que o direito tenha um conteúdo identificável, Habermas³¹ aponta para a inadequação que se pretender definir o que é justo a partir de valores ou ideologias. Nessa crítica ao solipsismo da representação do juiz Hércules de Dworkin, Habermas³² vai apontar a necessidade de se ter uma teoria da argumentação jurídica que assuma as exigências ideais atribuídas ao juiz Hércules. Seria preciso, para ele, um procedimento que faça jus ao ideal da busca de uma única resposta correta. A sua correção seria representada pela aceitabilidade racional apoiada em argumentos, que seriam cadeias de razões que surgem em um processo argumentativo.

Habermas apresenta assim uma concepção pragmática da argumentação, que motiva uma aceitação racional de um ato de fala, sem

30 HABERMAS, op. cit., p.276.

31 Ibid.

32 Ibid.

perder a faticidade, caracterizada pelo tempo em que produzida. A prática da argumentação, porém, pressupõem condições idealizadas, em que não há influência da desigualdade, buscando-se a concordância de um auditório universal com a inclusão da perspectiva de todos os falantes.

Em relação a Alexy, Habermas critica, dentre outras questões, a demasiada aproximação entre a correção moral e a jurídica e a sua defesa de uma harmonia muito estrita entre elas, o que relativiza não só a correção de uma decisão jurídica, mas a coloca em questão como tal. Seria necessário, então, reconstruir o direito vigente, de tal forma que a decisão correta tenha que se encaixar num sistema jurídico (e não moral) coerente³³.

Em relação aos princípios, em razão do caráter indeterminado da linguagem, o seu conteúdo permanece em aberto, sendo que as respectivas exigências são explicitadas no respectivo contexto de aplicação. Para a teoria discursiva, o direito não é um espaço vazio a ser colonizado por razões políticas, pois tem como conteúdo princípios universais que orientam a aplicação da justiça. Contudo, para resistir a valorações ideológicas, o respectivo significado concreto permanece aberto, sendo definido no discurso e na argumentação, contemplando inclusive contextos e realidades não previstas pela norma. Habermas recua sua investigação do conteúdo para a forma do direito na expectativa de encontrar um procedimento através do qual seja possível ao intérprete do direito encarar o conteúdo dessas ideologias divergentes de forma reflexiva. Sem negar que o direito tenha um conteúdo identificável, Habermas aponta para a inadequação de se pretender definir o que é justo a partir de valores ou ideologias³⁴.

A postura discursiva permite, por exemplo, que aqueles princípios sobre os quais se funda o constitucionalismo moderno não tenham validade apenas nos contextos em que foram elaborados, podendo ser utilizados em qualquer lugar onde haja um Estado de Direito, de tal sorte que a teoria discursiva do direito nos habilita a reivindicar, do mesmo modo que faz Dworkin, a aplicação dos princípios de liberdade e igualdade como sendo exigíveis universalmente, ou pelo menos em qualquer sociedade onde exista um Estado de Direito.

A partir de todas as formulações expostas, que não esgotam, por certo, tema tão complexo, tem-se que a estrutura normativa principiológica, indeterminada em abstrato, embora determinável em concreto, encontra-se aberta hermeneuticamente à construção intersubjetiva dos sentidos (pela prática discursiva e dialógica). A prática da aplicação dos princípios permite então a reconstrução do direito como integridade, com a produção de uma argumentação que permita o convencimento e a reconstrução coerente do direito. Esse conteúdo aberto, a argumentação e a sua aplicação com respeito ao direito como

33 HABERMAS, op. cit.

34 Ibid.

integridade permitem a superação de questões presentes em uma estrutura auto-suficiente de regras, permitindo a tradução dos objetivos políticos, internalizando e ressignificando seus conteúdos no direito positivo com um prática democrática, consonante com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

3 O PÓS-POSITIVISMO E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

3.1 Neoconstitucionalismo e a Constituição invasora de Guastini. Força normativa dos princípios e interpretação constitucional no Brasil pós-88

O termo neoconstitucionalismo tem sido utilizado em diferentes acepções (assim como também o vocábulo pós-positivismo), em especial para destacar as transformações metodológicas ocorridas no âmbito do Direito Constitucional no período do pós-Guerra, com repercussões nos pressupostos metodológicos e filosóficos adotados pela doutrina e na própria juridicidade das normas consagradas pelo direito constitucional. Em apertada síntese, no Brasil, tem-se adotado o termo neoconstitucionalismo em sua dimensão empírica, que traduz o fenômeno da constitucionalização do direito e suas implicações teóricas e práticas nas diferentes disciplinas jurídicas. Pós-positivismo, por sua vez, corresponderia às formulações que, superando questões fundamentais consagradas no positivismo e no conhecimento jurídico tradicional, reconhecem e valorizam o papel dos princípios jurídicos³⁵.

O jurista italiano Riccardo Guastini³⁶ abordou o fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico, compreendendo-o como um processo de transformação de um ordenamento por força do qual resta este impregnado pelas normas constitucionais. Um marco desse sistema jurídico constitucionalizado seria a existência de uma Constituição “invasora”, que condicionaria a legislação, a jurisprudência, a doutrina e até mesmo o conjunto das relações sociais postas em uma determinada comunidade jurídica. Nesse contexto, a eficácia irradiante das normas constitucionais impregna o ordenamento jurídico, o que atinge os diferentes ramos do Direito.

A constitucionalização seria um processo gradativo, realizado parcial ou integralmente à medida em que são implementadas as condições necessárias para tal. Guastini apresenta um rol de sete condições que um ordenamento deve satisfazer para ser considerado “impregnado” pela normativa constitucional. A primeira delas seria a existência de uma Constituição rígida, cujo procedimento de revisão constitucional exija um

35 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (organizador). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

36 GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México/D.F.: Fontamara, 2001

quorum qualificado para modificar ou revogar normas constitucionais, inclusive eventualmente contendo cláusulas dotadas de intangibilidade, para assegurar a inderrogabilidade de certos direitos e garantias fundamentais e de princípios estruturais do Estado Democrático de Direito. Uma segunda condição, relacionada com esta primeira, seria a existência de uma garantia jurisdicional da Constituição, com a previsão de ao menos alguma modalidade de controle de constitucionalidade das leis. Ambas as condições estão claramente presentes no Brasil.

Uma terceira condição seria o compartilhamento pela comunidade jurídica da tese da força normativa da Constituição, reconhecendo-se que toda norma constitucional é norma jurídica e suscetível de produzir alguma modalidade de efeito jurídico. Referida condição trata da ideologia consagrada na cultura jurídica e não no ordenamento jurídico em si, refere-se à compreensão da Constituição como um documento jurídico e não como um mero manifesto político, a ser implantado (ou não) de acordo com a conveniência do legislador.

Outra condição estaria relacionada à idéia de “sobreinterpretação” do texto constitucional, segundo a qual uma Constituição é sobreinterpretada quando, após a interpretação de seus dispositivos, não há espaços vazios, isto é, livres de direito constitucional. As normas constitucionais passariam a constituir um “filtro” através do qual todas as normas jurídicas devem ser interpretadas.

A quinta condição consiste no reconhecimento da aplicação direta das normas constitucionais, isto é, da força normativa da Constituição, seu reconhecimento como norma jurídica, dotada de imperatividade.

A utilização da técnica de interpretação das leis conforme à Constituição, como método de interpretação das leis à luz das normas constitucionais com o objetivo de preservação da sua validade jurídica, adotando-se a interpretação que se adequa à norma constitucional para o caso de haver outra(s) para determinada lei seria, para Guastini, uma sexta condição.

Por fim, o reconhecimento da influência da Constituição sobre as relações políticas seria a sétima e última condição. Trata-se da possibilidade de *judicialização da política*, ou seja, a possibilidade de controvérsias de natureza eminentemente política ou relacionadas a temas morais complexos serem resolvidos pelo Poder Judiciário com fundamento nas normas constitucionais.

Para Riccardo Guastini³⁷, a primeira e segunda condições eriam aquelas efetivamente necessárias para a constitucionalização do ordenamento jurídico, sendo as demais reveladoras da intensidade dessa ocorrência.

No Brasil, o reconhecimento da força normativa da Constituição - a terceira condição de Guastini -, decorrente do processo de ascensão

37 GUASTINI, op. cit., 2001

do Direito Constitucional para o centro do ordenamento jurídico, operou-se a partir da consagração da chamada *doutrina brasileira da efetividade* que, consoante Luís Roberto Barroso (2006), consolidou-se como um mecanismo de enfrentamento da insinceridade normativa e da superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição. Segundo Barroso, coube ao esforço dos que passaram a defender a efetividade das normas constitucionais combater algumas crônicas disfunções que se materializavam na citada insinceridade normativa e, ainda, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica, desprovida de determinação política para dar-lhe cumprimento. Referida doutrina busca, em essência, o reconhecimento da *imperatividade* das normas constitucionais.

Em um espaço de tempo relativamente curto, disseminou-se no Brasil, com bastante vigor, o reconhecimento da força normativa da Constituição. De acordo com Luís Roberto Barroso³⁸, o Direito Constitucional brasileiro deixou pra trás sua desimportância para tornar-se o centro formal, material e axiológico do sistema jurídico. Ressalte-se que a popularidade das obras do professor fluminense, além do trabalho e pesquisa de outros juristas e outros nomes de igual porte sobre o tema, muito contribuiu para a aceitação da efetividade das normas constitucionais no Brasil. Hoje pode-se dizer que, em tese, essa aceitação é questão superada na academia e entre boa parte dos profissionais do direito, não obstante termos, na prática, diversas decisões judiciais que revelem um abandono dessa efetividade constitucional. Em geral, porém, a efetividade é uma premissa compartilhada pelos atores sociais que lidam com o tema.

A consagração da efetividade traz em si a aplicação efetiva de diversas normas estruturadas sob a forma de princípios, o que representa em alguns casos grande avanço para a consagração de direitos, com a superação de diversos anacronismos de nosso sistema judicial. Porém, muitas vezes referida aplicação apresenta falhas estruturais e metodológicas, potencialmente prejudiciais aos direitos e garantias dos que buscam a tutela judicial.

3.2 A força normativa e os conflitos entre os princípios nos Tribunais brasileiros

A fim de examinar como têm sido a aplicação dos princípios constitucionais no Brasil, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do reconhecimento de sua efetividade e de sua força interpretativa, passa-se a abordar alguns julgados marcantes, uns proferidos já há algum tempo e outros mais recentes, que revelam como tem se sedimentado a aplicação dos princípios naquela Corte.

38 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (organizador). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

No HC 71373-4, julgado em 1994, o STF apreciou a questão relativa à investigação de paternidade e a possibilidade ou não de realização de exame de DNA sob condução do réu “debaixo de vara”. Assim, no caso, o STF deparou-se com um conflito de direitos igualmente fundamentais: o direito à intangibilidade física do corpo (no caso, do réu, que se recusa a realizar o exame), e o direito à real identidade da criança. Houve divergência entre os Ministros, sendo que o voto do ministro Marco Aurélio foi vencedor com a tese de que seria irrecusável o direito do indivíduo de não permitir que se lhe retire das próprias veias uma porção de sangue para a realização do exame, pois do contrário haveria uma violação inaceitável à dignidade da pessoa humana, que solucionaria, no caso, a colisão entre princípios. Prevaleceu, assim, no caso a proteção à intimidade e à vida privada, concedendo-se o habeas corpus. Não obstante tal conclusão, houve intensa divergência entre os Ministros, tendo Francisco Rezek afirmado em seu voto que o direito à integridade do corpo não seria absoluto, como nos casos de vacinação em nome da saúde pública, merecendo proteção o direito à identidade, que teria uma salvaguarda de interesse público. Francisco Rezek aponta que houve uma superlativa atenção do constituinte e do legislador em relação aos direitos da criança e do adolescente (art. 227 da CF).

Embora os Ministros, em seus votos, tenham reconhecido que o caso em questão trata de direitos conflitantes, não se fez alusão, no caso, ao *método* de ponderação de valores, limitando-se à exposição de sua concepção pessoal sobre a prevalência de determinado direito naquele caso.

A despeito do decidido nesse caso, na Recl 2040, julgada em 2002, a Corte apreciou o conflito entre o direito à intimidade relativo à preservação, pela mulher, da identidade do pai de seu filho e o direito à honra e à imagem de policiais acusados de estupro. Naquele caso, amplamente divulgado por envolver a cantora mexicana Gloria Trevi, a suposta vítima não ofereceu representação relativa ao estupro e se negou a realizar exame para investigação da paternidade, alegando a preservação de sua intimidade, citando inclusive o precedente anteriormente mencionado (HC 71373), afirmando que a Suprema Corte reconheceria o direito à intimidade e proibindo a realização do exame contra a sua vontade.

No julgamento em questão, os Ministros acabaram decidindo pela possibilidade de realização do exame de DNA na placenta, vencido apenas o Min. Marco Aurélio. Interessante mencionar que, nesse caso, o Min. Néri da Silveira demonstrou preocupação em realizar um procedimento racional e sistemático de ponderação de valores, dissertando sobre o método e citando doutrina sobre o assunto. Afirmou o Ministro ser necessária, no caso, a ponderação, mediante um juízo de razoabilidade, entre os valores constitucionais conflitantes, fazendo um balanceamento, de modo a precisar, diante do problema, qual dos princípios terá o maior peso para uma decisão

justa para o presente caso concreto, fazendo referência a Alexy em sua compreensão dos princípios como mandados de otimização. Afirmando que o exame na placenta não será invasivo e não representaria auto-incriminação, conclui que no caso concreto, a tutela dos interesses da comunidade, com a restrição do âmbito de proteção do direito à intimidade, não importaria em qualquer sacrifício à inviolabilidade corporal da genitora.

Não obstante a referência ao método de ponderação e mérito da conclusão, pode-se considerar que a decisão falha na observância da integridade do sistema judicial, mais precisamente na reconstrução histórica e na coerência entre os precedentes, eis que apresenta interpretação dissonante daquela conferida em precedente anterior, sem que se cuide de estabelecer uma adequada relação entre os julgamentos que permitam a reconstrução histórica adequada sob uma perspectiva da integridade.

Outro caso relevante que merece ser mencionado é o HC 82.442/RS, julgado em 2003, em que foi apreciado conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana. Além da questão posta em juízo, o caso também é interessante por revelar uma maior preocupação dos Ministros com uma metodologia de solução do conflito, abordada nos diversos votos. Siegfried Ellwanger era o responsável pela publicação do livro “‘Holocausto. Judeu ou Alemão? - Nos bastidores da mentira do Século”, que foi considerado antissemita e alegou perante o Supremo que exercia sua liberdade de expressão, que não poderia ser limitada com fundamento no conteúdo da obra.

Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Moreira Alves e Carlos Ayres Britto, prevaleceu a tese pelo reconhecimento da prática de racismo pelo autor do livro, entendendo a maioria da Corte que deveria prevalecer, no caso, a defesa da dignidade humana do povo judeu em relação à liberdade de expressão. Como já ressaltado, houve um detalhamento na fundamentação em relação ao conflito entre os princípios em jogo e o método para sua solução. O Ministro Gilmar Mendes discorreu sobre o princípio da proporcionalidade, afirmando que a decisão observa as três máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Afirma que há o requisito da adequação eis que a condenação do paciente é adequada para alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista e tolerante. Já o requisito da necessidade estaria preenchido porque não haveria outro meio menos gravoso e igualmente eficaz de resolver a questão. Por fim, haveria a observância da proporcionalidade posto que existe uma proporção entre o fim perseguido (preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista e da dignidade humana) e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente.

Outro caso de grande repercussão, mais recente, foi o julgamento, em 2012, da ADPF n. 54. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela Confederação Nacional de Trabalhadores na Saúde – CNTS, tendo como mandatário em juízo o

então advogado Luís Roberto Barroso. Considerando as diversas situações em que gestantes foram impedidas de realizarem o procedimento de antecipação terapêutica de parto mesmo com a comprovada situação de anencefalia nos fetos, a parte objetivava que a interpretação do tratamento legal dado ao aborto pela legislação penal infraconstitucional fosse feita conforme a Carta Maior, especificando que a criminalização da conduta não deveria ser reconhecida quando se trata de antecipação terapêutica do parto de fetos com anencefalia quando esta fosse comprovada por médico. De acordo com o alegado, o procedimento referido não pode ser considerado como aborto, já que o feto anencefálico seria considerado como natimorto, não se coadunando com os princípios constitucionais ou com o princípio da proporcionalidade proteger em caráter absoluto apenas um dos seres da relação, de modo a privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não deteria sequer expectativa de vida fora do útero.

O STF, por maioria, acabou reconhecendo que não se coadunaria com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, de modo a privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não deteria sequer expectativa de vida fora do útero e aniquilar-se, em contrapartida, os direitos da mulher ao lhe impingir sacrifício desarrazoado. Sublinhou-se que a imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final seria irremediavelmente a morte do feto iria de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Ademais, considerou-se que a integridade que se colimaria alcançar com a antecipação terapêutica de uma gestação fadada ao fracasso seria plena e que eventual direito à vida do feto anencéfalo, acaso existisse, cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde (CF, artigos 1º, III, 5º, caput e II, III e X, e 6º, caput).

3.3 As críticas aos equívocos na aplicação força normativa e na solução dos conflitos entre princípios no Brasil

Ao mesmo tempo em que ocorre a disseminação de sua aplicação, diversas críticas são dirigidas à forma como se desenvolve a aplicação da teoria dos princípios no Brasil, em relação a sua metodologia (ou falta dela).

Nos casos acima citados já se pode observar, em alguns deles, a falta de uma postura metodológica adequada na construção da fundamentação para a solução dos conflitos entre princípios, havendo a mera escolha de um princípio que devesse prevalecer, recaindo-se no decisionismo tão criticado pela concepção original da teoria dos princípios. Não obstante,

percebe-se em outros julgados uma tentativa de se construir uma fundamentação adequada para a solução da questão.

Dentre as críticas existentes, aquela formulada por Virgílio Afonso da Silva³⁹, por sua consistência, merece ser citada. Citando precedentes jurisprudenciais, afirma o autor que a aplicação da proporcionalidade e de suas três máximas como suposta referência para solução dos conflitos entre princípios, em especial pelo STF, têm sido, não raro, um mero “apelo à razoabilidade”⁴⁰.

Como exemplos dessa crítica, o autor cita o julgamento da ADC 9-6, que trata dos atos governamentais alusivos ao racionamento de energia. As medidas previstas nos arts. 14 a 18 da MP 2.152-2 vinham sofrendo diversos questionamentos, o que levou o Presidente da República a propor a referida ação declaratória de constitucionalidade, para que tais dispositivos fossem declarados constitucionais. Tais preceitos estabeleciam metas de consumo de energia elétrica e sanções para os que não as cumprissem, que poderiam chegar à suspensão do fornecimento de energia. O STF deferiu então a medida cautelar, suspendendo, até julgamento final, a prolação de qualquer decisão que se fundasse na inconstitucionalidade dos dispositivos, por entender que “demonstrada, em face da crise de energia elétrica, a proporcionalidade e a razoabilidade das medidas tomadas”⁴¹.

Contudo, a despeito de tal conclusão, não se verifica a existência de fundamentação que percorra adequadamente os contornos da proporcionalidade e suas três máximas, havendo a mera conclusão pela demonstração da proporcionalidade diante da crise de energia elétrica. Verifica-se, assim, uma decisão fortemente marcada por argumentos de política (solucionar a crise de energia elétrica), fato que, por sua repercussão fática, política e social, teria o condão de tornar as medidas adotadas para a sua solução “proporcionais”, sem que se verificasse os meandros do conceito jurídico de proporcionalidade.

Virgílio Afonso da Silva⁴² cuida dessa análise do caso à luz das três máximas da proporcionalidade. Considerando o conceito de adequação adotado pelo autor, segundo o qual é adequada a medida quando o seu emprego faz com que o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou ao menos fomentado, considera ele que o caráter coercitivo da medida é adequado para pressionar os consumidores a economizar energia elétrica, ainda que seja insuficiente por si só para esse fim, razão pela qual considera que a medida revela-se adequada para os fins do exame da proporcionalidade.

Já quanto ao exame da necessidade da medida, seria necessário, segundo Virgílio Afonso da Silva⁴³, cotejá-la com outras que fossem

39 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798, 2002.

40 *Ibid.*, p. 45.

41 *Ibid.*, p. 37.

42 *Ibid.*

43 *Ibid.*

capazes de promover o mesmo objetivo mas com menor restrição ao direito dos cidadãos. A restrição, no caso, consubstancia-se na suspensão do fornecimento de energia elétrica, excluindo-se, portanto, do acesso a serviço público de primeira necessidade, sendo que, não bastasse, tal exclusão se daria a partir da fixação de cotas baseadas na média do consumo dos últimos meses, fazendo com que aqueles que já adotassem uma prática de economizar energia sofressem um sacrifício maior em seu direito e tendo um maior risco de sofrerem interrupção no fornecimento. Vale ressaltar que o direito de acesso a serviço público essencial - como o é o fornecimento de energia elétrica - implica um sacrifício, em consequência, de outros direitos fundamentais, como o do trabalho, o da livre iniciativa e mesmo o de ter uma vida digna. Assim, sem adentrar o mérito das medidas alternativas, o autor aponta que o STF simplesmente não enfrentou a questão da necessidade, sendo que a própria imprensa à época já divulgara diversas medidas alternativas que, se analisadas minuciosamente, provavelmente representariam medida tão ou mais adequadas para se alcançar ou fomentar o fim pretendido.

Por tudo isso, afirma Virgílio Afonso da Silva⁴⁴ que a medida em questão seria desproporcional, por não passar pelo exame da necessidade. Mais importante do que a conclusão do autor, seu trabalho revela a tarefa que o STF, ao concluir e fazer referência expressa à “proporcionalidade” da medida, deveria ter enfrentado. O simples recurso ao termo revela um caráter meramente retórico, uma fórmula por força da qual se pretende justificar a superioridade de um discurso.

Em relação à proporcionalidade em sentido estrito, afirma o autor que a conclusão pela ausência de necessidade supre o exame da proporcionalidade em sentido estrito; de toda sorte, também aqui carece o julgamento do STF de um adequado enfrentamento da matéria sob tal viés.

Outro exemplo citado pelo mesmo autor é o julgamento da ADI 855-2. Nesse caso apreciou-se uma lei do Estado do Paraná (Lei 10.248/93) que exigia que os botijões de gás fossem pesados na presença do consumidor, evitando-se, com isso, variações no peso do botijão. Dentre outros argumentos trazidos pela parte autora, alegava-se violação aos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade.

Aqui, mais um vez, o STF não cuidou de enfrentar as máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, decidindo pela inadequação com base em parecer do Inmetro, segundo o qual afirmou-se que a balança seria extremamente sensível e desgastaria facilmente, o que poderia acarretar desregulagem. Ademais, entendeu-se que a pesagem impediria que o consumidor adquirisse o botijão em local distante do veículo. Todavia, para Virgílio Afonso, tais questões não justificam conclusão pela

44 SILVA, op. cit., 2002.

ausência de adequação; a desregulação da balança diz respeito ao controle por parte do poder público e o fato de o consumidor ter que andar seria um incômodo que diz respeito às circunstâncias que envolvem a medida, não guardando relação com sua inadequação ou desproporcionalidade.

Para o autor, caso o STF tivesse enfrentado as três máximas, teria concluído, quanto à adequação, que a medida é adequada para fomentar a defesa do consumidor, o que corresponderia ao fim visado.

Em relação à necessidade, a autora da ação alega que a medida exigiria um grande gasto de recursos relacionados à produção de balanças, sugerindo como medida alternativa o controle de peso por amostragem, realizado pelo Poder Público. Tais alegações, segundo Vírgilio Afonso⁴⁵, não afastam a necessidade, eis que não demonstrada a suficiência da medida alternativa proposta para o fim almejado, pois o consumidor, individualmente considerado, não seria protegido com a pesagem por amostragem.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, deve ser questionado se a limitação à liberdade de iniciativa representada pela medida pode ser justificada pela proteção ao consumidor. E, para Virgílio Afonso⁴⁶, a resposta é afirmativa, sendo mínima a restrição, no particular, à livre iniciativa, ante o seu cotejo com a proteção do consumidor.

Contudo, não obstante a conclusão a que chega o autor ao enfrentar as três máximas da proporcionalidade, o STF, no caso, em controle concentrado de constitucionalidade, afastou do ordenamento jurídico norma democraticamente produzida por considerá-la “desproporcional”, sem, porém, apresentar a necessária e adequada fundamentação, precedente revelador dos perigos que cercam uma equivocada aplicação da teoria dos princípios no Brasil.

4 A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA REALIZAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E NA ATUAÇÃO DA CONSULTORIA JURÍDICA DA UNIÃO

4.1 Os princípios aplicáveis à Administração Pública

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 estabelece expressamente o dever de obediência da administração pública de qualquer dos Poderes aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, este último incluído pela Emenda Constitucional nº 19/98. Esses seriam, na atual redação do texto constitucional, os princípios explícitos gerais fundamentais que norteariam a atuação da administração pública.

O princípio da legalidade significa que toda atividade administrativa deve ser autorizada por lei, tratando-se de postulado do Estado de Direito, que obriga todo agente público, qualquer que seja a hierarquia do cargo por

⁴⁵ SILVA, op. cit.

⁴⁶ Ibid.

ele ocupado na Administração, a observar completa subordinação à lei. Ainda como corolário da cidadania no Estado de Direito, o princípio implica que o particular somente poderá sofrer restrição em sua esfera jurídica por ato da administração quando este estiver devidamente amparado por lei.

Quanto ao princípio da impessoalidade, verdadeira exigência da República, este apresenta três facetas. Por um lado, representa uma exigência da isonomia, no sentido de que a Administração deve conferir tratamento igualitário aos cidadãos, independente de quem sejam. Outra dimensão do princípio corresponde à exigência de que a atuação da Administração seja voltada ao interesse público e não ao interesse imediato de um ou outro particular. Por fim, também se considera uma dimensão do princípio o fato de que os atos da Administração devem ser imputados ao ente público e não serem atribuídos em proveito pessoal do administrador.

O princípio da publicidade aponta que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível, o que se revela fundamental inclusive para o controle dos atos. Desse princípio emanam direitos fundamentais, como o de certidão, e remédios como o *habeas data*.

Os demais princípios gerais fundamentais (moralidade e eficiência), pela pertinência com o tema do presente trabalho, serão abordados adiante.

A par desses princípios gerais fundamentais expressos ou explícitos, há na doutrina diversas outras referências a outros princípios sob diferentes classificações. José dos Santos Carvalho Filho⁴⁷ enumera, a par dos citados princípios explícitos, outros que denomina “reconhecidos”, que seriam o da supremacia do interesse público, o da autotutela, o da indisponibilidade e o da continuidade dos serviços públicos.

Com efeito, a despeito de divergências existentes entre os autores na enumeração do “seu” rol e classificação dos princípios, o fato é que, a par desses princípios fundamentais, muitos outros também são aplicáveis à atuação administrativa, genérica ou especificamente dirigidos a alguma manifestação dessa atuação, como aqueles que se aplicam especificamente a licitações e contratos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua conhecida obra “Direito Administrativo” (índice remissivo)⁴⁸, cita os seguintes princípios relacionados à administração pública: ampla defesa, autotutela, continuidade do serviço público, contraditório, adjudicação compulsória, gratuidade, igualdade, da licitação, obediência às formas e procedimentos, participação popular, proporcionalidade, segurança jurídica, separação de poderes, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, economia processual, especialidade, finalidade pública, hierarquia, legitimidade, motivação, oficialidade, pluralismo de instâncias, presunção de legitimidade ou de veracidade e razoabilidade. Sem adentrar possível

47 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

48 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 720.

discussão sobre a efetiva caracterização de cada um desses com princípio ou regra, a enumeração serve para evidenciar, ainda que superficialmente, a relevância da interpretação e aplicação dos princípios na atuação da administração pública, no que se inclui a consultoria e assessoramento realizado pelas Consultorias Jurídicas da União.

Importa também mencionar que a utilização ou não de um princípio como fundamento do ato administrativo e a regularidade do ato nele fundado somente poderão ser adequadamente verificados a partir da *motivação* desse ato. Não obstante seja controverso o reconhecimento de um amplo dever de motivação de todos os atos, tem-se que a obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos é estabelecida por determinados dispositivos específicos, como o art. 93, X, da Constituição Federal, os arts. 2º, *caput* e inciso VII, e 50, da Lei 9.784/99, sendo que, segundo Di Pietro⁴⁹, a motivação é fundamental para fins de controle da legalidade dos atos administrativos. Assim, quando se tratar de um ato cuja prática se relaciona diretamente com a normatividade de um princípio, seja por nele se fundar diretamente ou por se tratar de situação fática que se relaciona com o âmbito normativo de incidência de princípio, a adequada aplicação do princípio em questão somente se revelará pela motivação.

Dentre todos esses, destacam-se, para os fins do presente estudo, além do princípio da proporcionalidade (já abordado em tópico anterior, mas que será aqui retomado, em especial quanto à questão relativa ao fundamento normativo de sua utilização no direito brasileiro), os princípios da moralidade e eficiência. Isso porque são eles importantes parâmetros para o controle dos atos discricionários da Administração, já que não raro um ato administrativo submetido à análise do Advogado da União em sua atividade consultiva poderá estar observando a legalidade estrita e as exigências da publicidade e da impessoalidade mas, por outro lado, ser ineficiente e/ou violador da moralidade.

4.2 Princípio da moralidade

Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁰, após ressaltar a necessidade de não se confundir a moralidade administrativa com a moral comum, esclarece que o administrador estará praticando uma imoralidade administrativa quando utiliza de seus poderes funcionais para obter resultados dissociados do interesse público específico a que deveria atender, o que compreenderia, além da hipótese de desvio de finalidade, as situações de ausência de finalidade e a ineficiência grosseira para o alcance da finalidade a que se propunha atender.

49 DI PIETRO, op. cit., 2002. p. 83.

50 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.96.

Segundo Emerson Garcia⁵¹, deve-se a Maurice Hauriou o pioneirismo na idealização e no estudo da moralidade administrativa, desenvolvendo sua tese no caso Gommel, Sirey, em 1917. Com efeito, ao desenvolver a possibilidade de recurso fundado no desvio de poder, afirmava Hauriou que este seria necessário para fiscalizar a conformidade dos atos aos ditames da “boa administração”, cuja zona de policiamento seria a da moralidade administrativa.

Hauriou, posteriormente, desenvolveu o conceito que esclarecia o que deveria se entender por moralidade administrativa, que corresponderia a uma moral jurídica caracterizada como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração⁵².

A moral administrativa seria extraída do ambiente institucional, condicionando a utilização dos meios previstos em lei para o cumprimento da função do Poder Público, qual seja, a criação do bem comum, o que indicaria um tipo específico de moral, fruto dos valores de um círculo restrito ocupado pelos agentes públicos, uma moral interna, a partir das idéias de boa administração e de função administrativa.

A doutrina de Hauriou passou a ser objeto de intenso debate posterior, havendo a crítica que considera que a imoralidade é absorvida pela ilegalidade (Marcel Waline) e o pensamento (Georges Vedel) que entende que a lição de Hauriou deve ser parcialmente aceita, eis que o desvio de poder representaria a incorporação à legalidade de certos preceitos da moralidade⁵³.

Adotando-se a compreensão proposta por Emerson Garcia, tem-se que a ilegalidade e a imoralidade administrativa poderão, em algumas, situações, convergir, podendo, outrossim, ocorrer de um ato estar em conformidade com a legalidade estrita e, em suas características externas, estar dissonante da moralidade administrativa, “vale dizer, dos ditames de justiça, dignidade, honestidade, lealdade e boa-fé que devem reger a atividade estatal”⁵⁴. Ambas, ilegalidade e imoralidade administrativa, traduziriam situações de antijuridicidade.

A essência da moralidade administrativa corresponderia à adequação do ato aos valores subjacentes à atividade estatal e à harmonia com o dever de bem administrar e busca da consecução do bem comum. Contudo, extrair quais seriam esses valores próprios da atividade estatal consiste em uma tarefa extremamente complexa, eis que se deve realizar uma análise da realidade fenomênica sem dotar a conclusão de indesejado subjetivismo. A moralidade seria um mecanismo aglutinador, que reconstruiria a essência de diversos ditames (princípios, segundo Garcia, mas também regras e usos) regentes da

51 GARCIA, op. cit.

52 Ibid.

53 Ibid.

54 Ibid., p. 15.

atividade estatal, de acordo com a história institucional, condensando-os em um *standards* que pode ser mais facilmente percebido do que definido.

A densificação da moralidade administrativa se realiza precipuamente em concreto, na medida em que se tem a prática de um ato que se revela consentâneo com os ditames regentes da atividade estatal, a finalidade pública e a consecução do bem comum. Essa constatação em concreto muitas vezes não se localiza isoladamente em um dos elementos do ato administrativo (competência, finalidade, forma, motivo e objeto), que isoladamente podem estar em plena compatibilidade com a lei, vislumbrando-se em muitos casos a inadequação dos motivos declinados e da finalidade almejada com a realidade fática e o verdadeiro elemento volitivo do agente⁵⁵, o que também pode ser constatado pelo cotejo entre motivo e objeto. Os outros elementos também poderão ser reveladores (indiciários) da verdadeira intenção, dissimulada, do agente. A prática do ato em conformidade com a moralidade administrativa exige que se tenha uma harmonia entre a realidade fática, a intenção do agente e o ato praticado.

Em resumo, segundo Emerson Garcia⁵⁶, poderá ser identificada a afronta à moralidade administrativa quando:

Estará ausente a moralidade administrativa quando o agente praticar o ato fundando-se em motivo inexistente (ausência da situação de fato ou de direito que determine ou autorize a prática de um ato), insuficiente (o valor dos motivos não denota a necessidade do ato), inadequado (falta de correspondência entre o que deveria motivar o ato -causa- e a natureza categorial de seu objeto - efeito), incompatível (ausência de adequação com o objeto do ato) e desproporcional (valoração irrazoável dos motivos, levando a um resultado incompatível com o interesse público específico a que deveria visar o ato); identificando-se igual vício quando o objeto for impossível (o resultado jurídico almejado não se compatibiliza com o ordenamento jurídico ou com a realidade física), desconforme (incompatibilidade lógica entre a escolha e o interesse público contido na regra da finalidade) ou ineficiente (grave comprometimento do interesse público pela desproporcionalidade entre custos e benefícios).

Como exemplo de reconhecimento jurisprudencial de afronta à moralidade administrativa, pode-se mencionar a realização de gastos excessivos, a pretexto de outorga de títulos e honorarias, com bebidas, comestíveis, peças de vestuário etc. (TJSP, 4a CC., AP nº 186.613-1/0, rel. Des. Alves Braga, j. em 24.06.93, RT nº 702/7⁵⁷).

⁵⁵ GARCIA, op. cit.

⁵⁶ Ibid., p. 21.

⁵⁷ Ibid.

4.3 Princípio da eficiência

Afirma Di Pietro⁵⁸ que o princípio da eficiência se realiza em dois aspectos, relacionados ao modo de atuação do agente público e o modo de organizar e estruturar a Administração Pública, sempre, quanto a ambas, voltando-se ao alcance dos melhores resultados na prestação do serviço público.

Segundo Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini e Viviane Coêlho de Séllos Knoerr⁵⁹, o princípio da eficiência teria como uma de suas origens o princípio da boa administração do direito italiano. A sua previsão como princípio constitucional, que no direito brasileiro tem origem na Reforma Administrativa levada a efeito pela Emenda Constitucional nº 19/98, encontra paralelo em outros textos constitucionais, como o da Espanha de 1978 (lá chamado de princípio da *eficácia*), das Filipinas de 1986 e do Suriname de 1987.

Mesmo antes de sua consagração como princípio constitucional, já se falava no Brasil em eficiência como dever da Administração desde a Reforma Administrativa de 1967. As normas internacionais também trazem diretrizes relacionadas à eficiência. A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, consagra o princípio da eficiência como um dos princípios fundamentais sobre o qual o setor público deve estar assentado. Hoje a sua normatividade é expressamente consagrada, a partir da Reforma de 1998, que substituiu o modelo burocrático pelo modelo gerencial de Administração.

Diogo Figueiredo⁶⁰ assevera que a eficiência administrativa deve ser entendida como a atuação voltada à melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, sendo um atributo técnico da administração, uma exigência ética a ser atendida e, ao mesmo tempo, uma característica jurídica exigível, a que corresponde um direito difuso da cidadania. Nesse último sentido, segundo Bertoncini e Knoerr⁶¹, tratando-se de um direito de cidadania, o seu exercício há de ocorrer pela via do diálogo coordenado e funcional, visando à integração social, nos moldes do agir comunicativo proposto por Habermas, realizado a partir do entendimento e da educação da população quanto a esse direito. Tal processo permitiria o verdadeiro exercício desse direito e a colocação em prática de um adequado controle social.

58 DI PIETRO, op. cit., p. 83.

59 BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; KNOERR, Viviane Coelho de Sellos. Cidadania, dignidade humana e o princípio da eficiência. *Revista Jurídica Cesumar* - Mestrado, v. 12, n. 1, p. 237-257, jan./jun. 2011 - ISSN 1677-6402. Curitiba: 2011.

60 MOREIRA NETO, op. cit., p. 96.

61 BERTONCINI; KNOERR, 2011.

José Eduardo Martins Cardozo (1999) afirma que o princípio da eficiência teria um caráter bipotencial. Isso porque a eficiência, encarada apenas sob o viés econômico, estaria relacionada à forma de se realizar uma tarefa, independentemente de seus resultados, podendo uma ação ser eficiente sem ser eficaz. A eficácia estaria relacionada ao resultado qualificado obtido a partir de um processo. A Reforma Administrativa implementada pela Emenda Constitucional nº 19/98 quis então obter mais do que a mera eficiência econômica, eis que o Plano Diretor da Reforma Administrativa e a Exposição de Motivos da Emenda Constitucional nº 19/98 destacam inclusive o objetivo de se atingir a qualidade nos serviços públicos. Assim, haveria um sentido jurídico de eficiência, mais amplo do que o meramente econômico, estando a eficácia, segundo aquela mesma acepção econômica, contida nessa compreensão jurídica da eficiência, que abrangeria assim, os meios e os resultados. Nesse sentido é que José Eduardo Martins Cardozo afirma se tratar de um princípio bipotencial.

Importante destacar também, como lembram Bertoncini e Knoerr⁶², que a eficiência também está relacionada ao menor sacrifício possível para os administrados, o que vai se disseminar em uma série de atividades realizadas pela Administração. A boa Administração Pública, por um lado, desempenha suas funções com acuidade em relação à forma, emitindo atos sem vícios e com obediência do devido processo administrativo. Evita-se, assim, o desfazimento de atos e o sacrifício indevido dos direitos dos administrados, que poderão estar sofrendo indiretamente por financiar uma administração que, ao praticar atos ilegítimos, desperdiça recursos e, ainda, quando for o caso, sacrificando-se diretamente, por estarem sofrendo a incidência direta de um ato ilegítimo e viciado, contrário à uma administração eficaz.

Por outro lado, o menor sacrifício também se relaciona com o aspecto do financiamento do Estado, respeitando-se o princípio da proporcionalidade e a otimização dos recursos públicos. A eficiência administrativa passa pelo combate ao desperdício e, obviamente, ao desvio de recursos públicos. Nesse sentido, o controle interno e externo da administração consiste em atividade essencial para se atingir a eficiência. A finitude dos recursos e o custeio pela sociedade leva a escolhas trágicas por parte do administrador, sendo o zelo com a otimização dos recursos e economicidade dos atos tarefa de grande responsabilidade.

Nesse sentido, a atuação da Consultoria Jurídica da União assume papel fundamental, eis que a observância das regras e procedimentos nos instrumentos preparatórios e obrigacionais de licitações e contratos administrativos serve à prevenção de diversas ocorrências de desperdícios e até mesmo desvio de recursos, eis que não raro a burla ao procedimento

62 BERTONCINI; KNOERR. op. cit.

serve para se permitir a prática do ato com favorecimento e locupletamento indevido de particulares. Escolha de marca, especificação indevida do objeto, exigências irregulares de habilitação e outras práticas que possibilitam direcionamento de procedimentos licitatórios e, ainda, irregulares contratações diretas fundadas em emergência e infundados procedimentos de dispensa e inexigibilidade de licitação são apenas alguns dos prejuízos com violação à eficiência que podem ser evitados por uma atuação independente, hígida e diligente da advocacia pública consultiva. Ainda que, por certo, tal não sirva para impedir completamente a ocorrência de tais desvios, muitas são as irregularidades prevenidas a partir dessa atuação.

O mesmo se diga em relação ao aspecto formal da eficiência no que se refere a evitar a prática de atos viciados, que não raro tem que ser repetidos, gerando indevido gasto de dinheiro público em duplicidade. Ademais, o vício no ato pode gerar desnecessárias despesas com indenização de particulares prejudicados, o que também pode ser prevenido com a atuação da Consultoria Jurídica da União.

Para que a sua realização seja plena e consentânea com o Estado Democrático de Direito, a eficiência administrativa não se sobrepõe, por certo, aos demais princípios, em especial ao da legalidade. A busca da eficiência não poderia jamais representar um descaso ou inobservância do ditame da legalidade, adotando-se uma conduta não autorizada por lei por reputar-se mais eficiente. Não se trata aí de colisão entre princípios, mais sim do correto dimensionamento da eficiência, que, como já mencionado, não é meramente econômica, mas administrativa.

Esse conceito de eficiência importado da esfera privada deve, para além de conter a noção de eficácia, ser devidamente contextualizado para considerar também as exigências maiores do interesse público, os objetivos, interesses e valores consagrados e compartilhados como fundamentais pela coletividade, em uma construção histórica compatível com a integridade do direito proposta por Dworkin. Além desse correto dimensionamento, deve-se dar especial importância em sua interpretação e aplicação para que esta dê em consonância com os demais princípios administrativos.

Nesse sentido, como salientam Bertoncini e Knoerr⁶³, deve-se observar a relação entre eficiência administrativa e dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos maiores da República (art. 1º, IV, da Constituição Federal) e do ordenamento jurídico. A eficiência, em sua dimensão econômica (economicidade), não pode servir para inibir a realização de atos e medidas que, conquanto onerosos, servem à realização do interesse público. Por exemplo, não se pode deixar de realizar as necessárias adaptações de garantia de acessibilidade por justificativas relacionadas à eficiência ou maior economicidade da obra sem tais

63 BERTONCINI; KNOERR, op. cit.,

condições, pois trata-se de exigência maior da cidadania e do interesse público. A eficiência, nesse exemplo, estará na otimização dos recursos públicos utilizados para a garantia da acessibilidade, com o menor custo possível e, ainda, na observância das regras e procedimentos necessários em toda a contratação, inclusive quanto a tal aspecto. Tampouco se admite, ressalte-se, a inobservância de tais regras e procedimentos e a realização de despesas vultuosas, infundadas e desnecessárias sob a justificativa da relevância do interesse público subjacente, pois aí estará sendo desconsiderada a eficiência administrativa e, com ela, o próprio interesse público que justificaria a contratação.

Destacando o papel dos direitos fundamentais, Bertoncini e Knoerr⁶⁴ chegam a importante conclusão quanto ao tema:

Nessa perspectiva, poder-se-ia dizer que os direitos fundamentais merecem figurar como elemento componente do princípio constitucional da eficiência, cujo conceito poderia ser o seguinte: constitui-se o princípio da eficiência no Direito brasileiro contemporâneo no dever constitucional dos administradores públicos de otimização dos recursos públicos para a obtenção do melhor resultado possível com o menor dispêndio de recursos na execução de suas competências (dimensão econômica), sem se olvidar da necessidade de conciliação desse princípio com os demais princípios do Direito Administrativo e da incidência dos mecanismos de controle preventivo e repressivo (dimensão normativa), visando a prestação de serviços adequados à população, inclusive na concretização dos direitos fundamentais e na promoção da dignidade humana (dimensão finalística), dimensões que somadas delineiam o direito público subjetivo da população a uma Administração Pública eficiente.

Portanto, o correto dimensionamento da eficiência administrativa passa, sem dúvida, pela observância e respeito à dignidade da pessoa humana e aos demais valores fundamentais compartilhados pela comunidade que norteiam o interesse público, fazendo com que a eficiência administrativa não seja uma mera eficiência econômica, de meios, em descompasso com a realização de direitos (eficiência administrativa sob o viés da eficácia, dos resultados). Todavia, feito tal dimensionamento, impõe-se o respeito e a observância da eficiência administrativa em todos os seus aspectos, sob pena de restar deslegitimada a própria realização da medida que se justificaria no interesse público.

4.4 Princípio da proporcionalidade e sua normatividade no Brasil

Conforme já destacamos em capítulo anterior, Robert Alexy⁶⁵ desenvolveu e disseminou a concepção segundo a qual princípios

64 BERTONCINI; KNOERR, op. cit., p. 254.

65 ALEXY, op. cit., 2008..

guardam estrita relação com a máxima da proporcionalidade, podendo-se dizer que a proporcionalidade decorreria logicamente e seria deduzível da natureza dos princípios, servindo as máximas parciais da proporcionalidade para a delimitação dos princípios à luz das limitações fáticas e jurídicas que surgiriam em sua aplicação na qualidade de mandados de otimização.

A par dessa delimitação estrutural, que decorreria de uma determinada premissa teórica sobre o tema (e, portanto, da adoção dessa premissa), necessário apontar como se dá, no Brasil, a identificação da proporcionalidade como princípio.

Virgílio Afonso da Silva⁶⁶ identifica o que aponta ser uma busca por uma fundamentação jurídico-positiva do princípio da proporcionalidade no direito brasileiro. Em algumas decisões do STF, esse fundamento estaria citado como sendo o devido processo legal em sua dimensão substantiva (*substantive due process of law*), consagrado em nosso ordenamento jurídico no art. 5º, LIV, da Constituição Federal. Segundo o mesmo autor, outros juristas identificariam a proporcionalidade com o princípio do Estado de Direito, como Gilmar Ferreira Mendes e Luís Roberto Barroso. Outros autores identificariam o princípio em diversos dispositivos constitucionais, como aqueles que consagram a legalidade e valores como a cidadania e a dignidade, sendo ainda mencionados os preceitos consagradores de remédios como o habeas corpus, o mandado de segurança e, ainda, o direito de petição, tratando-se de tendência que identifica como expressão da proporcionalidade os diversos dispositivos que utilizam o vocábulo “proporcional” ou similar. Por fim, o mesmo autor ainda noticia a doutrina de Wilis Santiago Guerra Filho, que afirma que a proporcionalidade integraria o direito positivo por força do art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, por decorrer do regime e dos princípios adotados na Constituição.

De toda sorte, afigura-se correta a afirmação de Virgílio Afonso da Silva⁶⁷ segundo a qual essa busca por uma fundamentação jurídico-positiva é infrutífera, na medida em que a proporcionalidade decorreria da própria estrutura dos direitos fundamentais e dos princípios e não de um ou outro dispositivo constitucional. Trata-se de conclusão que não destoa de todo da última teoria citada (decorrência dos princípios por ela adotados), eis que se decorre da natureza dos princípios, não deixa de ser uma decorrência daqueles consagrados na Constituição, mas em verdade a origem, como mencionado, está na própria estrutura daqueles e não deste dispositivo, que apenas reconhecera a possibilidade dessa decorrência.

Assim, sendo deduzível logicamente dos princípios e servindo à delimitação dos destes à luz das limitações fáticas e jurídicas que surgiriam em sua aplicação na qualidade de mandados de otimização, tal aplicação

66 SILVA, op. cit., 2002.

67 Ibid.

ocorre também quanto aos princípios aplicáveis à administração, assim também quanto à moralidade e eficiência.

4.5 Eficiência, moralidade e proporcionalidade como parâmetros de controle na atuação da Consultoria Jurídica da União

A atividade da advocacia pública consultiva, dotada do dinamismo inerente ao cotidiano da administração cujos atos analisa, passa pelo exame prévio de uma série de atos administrativos, como já salientado, dentre eles minutas de editais de licitação e contratos, processos administrativos para contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitações ou, ainda, contratações diretas por emergência, consultas diversas sobre variados temas (desde uso de bens da União a questões jurídicas alusivas a repactuações), além de processos administrativos disciplinares e sancionadores de empresas contratadas.

Alguns desses casos submetidos à apreciação são de menor complexidade e exigem uma análise que se resume a questões de legalidade estrita e de apreciação do processo à luz do direito positivo. Porém, em diversos outros há questões mais complexas que exigem do advogado a análise à luz de princípios jurídicos. Dentre esses, os princípios da moralidade e da eficiência têm larga aplicação, assim como pode ser utilizado, para solução de eventuais conflitos, o princípio da proporcionalidade.

A par de toda a complexidade da tarefa alusiva ao correto e adequado manejo dos princípios, em relação à atuação da advocacia pública consultiva há ainda um outro fator complicador: o advogado deve respeitar o mérito do administrador, eis que os parâmetros normativos que autorizam sua intervenção são previamente definidos e limitados e, ainda, tem que lidar com a questão institucional relativa ao papel da Advocacia-Geral da União em sua função consultiva, que muitos pretendem que seja uma mera advocacia consultiva do administrador; contudo, *ultima ratio*, tal raciocínio conduziria a uma advocacia que inclusive o assessoraria na prática de eventual ilícito, o que, por óbvio, não se pode admitir. Adotando-se os fundamentos já abordados no primeiro capítulo, afasta-se tal dificuldade adotando-se como premissa a compreensão da Advocacia-Geral da União em seu pleno status institucional conferido pela Carta de 1988, tratando-se de função essencial à Justiça (e não mero órgão do Poder Executivo), com certo grau de independência, competindo-lhe, em sua atuação, zelar pela juridicidade da atuação da Administração e pelo respeito aos princípios e valores constitucionalmente consagrados.

Subsiste a primeira dificuldade relatada, relativa ao respeito ao mérito administrativo, a qual vai perpassar toda a atividade do advogado, que deve enfrentá-la com fundamentação, técnica e postura metodológica adequada. Passa-se, por ora, à questão alusiva à tarefa de identificação de eventual

violação a princípios, para no tópico seguinte tratar da tarefa relativa ao desenvolvimento da atividade consultiva tal como daí decorrente.

Ressalte-se que os exemplos citados a seguir e a menção a possíveis providências adotadas não têm a pretensão de oferecer um roteiro de atuação para o advogado nem considera uma série de questões referentes à violação de diversas regras que estariam relacionadas a tais casos, mas apenas se pretende apresentar um esboço de tais análises à luz da normatividade dos princípios citados, em especial no que se refere às providências para possível identificação da violação ou não a tais princípios.

Em relação ao princípio da moralidade, há situações em que o objeto e a motivação declarada revelam um indício de desrespeito a tal princípio. Por exemplo, há casos de processos administrativos submetidos à análise que tem por objeto a instrução de procedimento que, dentre outros itens, abrange a aquisição de bebidas (inclusive alcoólicas) de alto padrão (e elevado valor) por autoridades que não são aquelas de alto escalão da República (as quais exercem atividades de representação, como as diplomáticas, que poderiam justificar com mais tranquilidade tais aquisições). Em tais casos, o processo pode estar todo instruído com perfeição sob o prisma da legalidade estrita e, ainda assim, resta ao advogado ultrapassar a questão alusiva ao respeito ao princípio da moralidade.

Em tal situação, alguns passos podem ser adotados para que se tenha uma análise do respeito à moralidade administrativa e se preserve o mérito administrativo. Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que, como delineado no tópico deste trabalho alusivo ao princípio da moralidade, em tal situação não é propriamente (ou somente) o objeto da contratação que está em análise, mas em especial a adequação entre o motivo e o objeto. Essa adequação (ou falta dela) será um dos principais fatores para se concluir pelo respeito ou não à moralidade administrativa em seu aspecto jurídico (e não como resultado de mero subjetivismo do advogado).

Assim, o primeiro passo adotado pelo advogado, diante desse objeto, poderá ser a análise da fundamentação declarada no processo, reveladora do motivo do ato que se pretende praticar. Pode ocorrer de autoridades máximas regionais de instituições federais pretenderem realizar tais aquisições sem apresentar nenhuma justificativa específica ou excepcional que esclareça o porquê daquela contratação, limitando-se a fazer referência, por exemplo, à “aquisição de materiais e suplementos para consumo interno, tendo em vista as necessidades com alimentação”. Ausente tal motivação específica que esclareça aos órgãos de controle e à sociedade os motivos de tal contratação, resta ao advogado (além da possibilidade de realização de diligências complementares para melhor instrução do processo pelo órgão, aqui desconsiderada para que se tenha uma análise do caso) verificar se o objeto da contratação está adequado ao motivo declinado - no caso, se a contratação de bebidas alcoólicas de alto padrão

para consumo interno está adequada ao interesse público que norteia a atividade da administração e ao valores consagrados constitucionalmente, inclusive à luz das práticas administrativas comumente consagradas que reconstróem a história institucional da administração pública.

Nesse caso, considerando o delineado cenário fático e à luz de tais parâmetros, a conclusão seria que a contratação, tal como pretendida e fundamentada no processo, não estaria consonante com as exigências do interesse público e com os valores consagrados constitucionalmente e partilhados pela comunidade nas práticas administrativas reconhecidas, eis que não se vislumbraria por qual razão seria necessária para a realização do interesse público a aquisição de bebidas alcoólicas de alto padrão em tal situação, não se justificando, à luz dos citados parâmetros, apenas pela pretensa hierarquia das autoridades que porventura poderiam consumir os produtos em seu proveito individual.

Da mesma forma, a adequada aplicação do princípio da eficiência e seu correto dimensionamento constitui constante e complexa tarefa enfrentada no exercício da advocacia pública consultiva. Com efeito, a eficiência que se almeja obter com a entrega dos serviços aos cidadãos pela via da otimização dos recursos com a máxima economia e eficácia possível não raro se mostra abalada em processos administrativos de deficiente instrução, em que se descuida da demonstração de que a preparação da contratação foi realizada de modo a garantir a otimização das despesas, evitando-se o desperdício de recursos. Deficiente pesquisa de preços e insuficiência e falta de clareza e cuidado no preenchimento de planilhas de custos são alguns exemplos de vícios que podem não representar, sob o ponto de vista jurídico, um defeito no procedimento sob a ótica da legalidade estrita, mas sim um vício de ordem técnica e material, relativo à própria atividade administrativa. Assim, tais questões não consistiriam, em princípio, em tarefa da Consultoria Jurídica da União, que somente tem atribuição (e habilitação técnica, inclusive) para o exame dos atos em seus aspectos jurídicos (e não técnico-financeiros).

Nada obstante tal conclusão, não se pode desconsiderar que em determinadas situações, o vício apresentado no procedimento revela-se tal que afronta desde já o princípio da eficiência, por revelar um descuido no exercício da despesa pública, tratando-se de um ato que viola as exigências da economicidade. A tarefa do advogado passaria, então, não pelo exame de cálculos e valores, o que (salvo no caso de erros grosseiros) representaria não só invasão indevida mas exercício de atividade sem habilitação técnica, mas sim pela verificação do procedimento em seus aspectos formais de modo que revelem para aquele que o examina uma transparente, clara e zelosa atuação no que se refere aos valores em questão.

Nesse sentido, caberia ao advogado, por exemplo, verificar se o processo encontra-se instruído com adequada e suficiente pesquisa de preços,

que, por sua abrangência, permita revelar que de fato adotou-se o zelo no que concerne à verificação dos valores praticados no mercado quanto ao objeto da contratação. Adequação, transparência e clareza também são fatores a serem considerados na verificação de outros elementos técnico-financeiros como preenchimento de planilhas, que não poderão ser verificados em sua integralidade pelo advogado, mas poderá este adotar cautelas básicas que ao menos representem uma tentativa de se preservar o princípio da eficiência. Embora tais tarefas sejam complexas, não se podendo simplesmente atribuir ao advogado o dever de realizar análise que tangencie uma apreciação de questões técnico-contábeis cujo conhecimento não detém, caso o advogado, embora sem ter tal dever funcional, logre constatar que determinada contratação violaria o princípio da eficiência por vício de tal natureza, poderá apontar o problema a ser sanado. Isso não caracteriza invasão indevida do mérito administrativo, mas sim análise sobre aspectos jurídicos, ainda que tangenciando conhecimento técnico de outra natureza.

Ademais, também ocorre, por exemplo, constante conflito entre direitos fundamentais de acentuada relevância, cuja proteção se almeja pela pretendida contratação, e o princípio da eficiência. Trata-se de situações em que a relevância de direitos fundamentais que se pretende tutelar é utilizada como fundamento para a prática de atos que se revelariam contrários à eficiência administrativa. É certo que, como já salientado, a eficiência administrativa não se confunde com aquela meramente econômica, de modo que a prática de um ato não pode ser analisada apenas sob o prisma dos custos financeiros, sob pena de serem desconsiderados os objetivos do Estado. No entanto, a prática do ato em total desconsideração dos ditames da eficiência acaba por ser contrária ao interesse público alegadamente justificador da medida, eis que, dentre outros fatores, desconsidera a finitude do recursos públicos, que se destinam a garantir outros direitos tão ou mais relevantes.

Por exemplo, suponha-se que o órgão que cuida da tutela da saúde indígena - missão de inegável e evidente relevância constitucional - pretende reiteradamente a realização de aquisições várias (equipamentos, medicamentos, peças para barcos etc.) por contratações diretas ou outros procedimentos que destoam daquele legalmente estabelecido, com fundamento na urgência e na relevância do direito. Ademais, sob o mesmo fundamento, o órgão não observa outras exigências em tais procedimentos, como a realização de ampla pesquisa de preços e a realização de especificações que representem escolha de marca (em hipóteses que não as legalmente autorizadas), não observando, ainda, as regras emanadas pelas autoridades superiores do próprio Ministério da Saúde.

Todas essas situações desafiam a análise jurídica do advogado, que deverá levar em conta o fato de que se tratam de atos que buscariam a garantia de direitos fundamentais da população indígena. A primeira medida que pode ser considerada pelo advogado em tal análise seria considerar a motivação da

autoridade e a instrução do procedimento em geral, a fim de que se possa garantir que eventuais decisões administrativas tomadas no processo com base na suposta urgência estejam devidamente fundamentadas e claras, assim também no que se refere às consequências de tal decisão, em seus aspectos financeiros. A fundamentação é um elemento fundamental em procedimentos que digam respeito a possíveis atos ou contratações fundadas em alegada urgência, para que se possa minimizar um possível prejuízo financeiro a partir de uma ampla e adequada pesquisa de preços e, ainda, para que se possam identificar os responsáveis por dar causa à alegada urgência (ausência de aquisições planejadas, caso fosse possível), bem como para eventual responsabilidade da autoridade pela (in)veracidade dos motivos do ato, caso seja eventualmente questionado posteriormente pelos órgãos de controle.

Se o ato não atender tais requisitos mínimos, será o caso de o advogado possivelmente considerar não demonstrada a situação justificadora da suposta urgência, não se podendo criar uma presunção nesse sentido apenas pela relevância do direito. Assim, a contratação poderá ser considerada juridicamente não aprovada, por afronta a preceitos de legalidade estrita, se for o caso, ou, ainda, por violação ao princípio da eficiência, eis que se vislumbraria a prática de ato antieconômico e potencialmente lesivo ao erário sem a devida motivação justificadora da excepcionalidade (lembrando sempre que, em qualquer caso, a autoridade do órgão, que tem conhecimento dos fatos e foi responsável pela deficiente instrução do processo, poderá, sob sua exclusiva responsabilidade, promover a contratação mesmo com a não aprovação quando da análise jurídica, evitando-se, com isso, eventual perecimento de direito que embora sem que tal circunstância tenha sido demonstrada, esteja sob urgente ameaça, o que seria feito, repita-se, sob exclusiva responsabilidade da autoridade que deu causa à deficiente instrução do processo).

Se a justificativa da urgência, da excepcionalidade e a demonstração de ausência de prejuízo financeiro forem demonstradas pela autoridade na instrução do procedimento, deveria o advogado, se preenchidos os requisitos legais para aprovação, aprovar as minutas, não sem ressaltar a necessidade de apuração de responsabilidade daqueles que, por ausência de cautela na gestão dos recursos, deram causa à emergência, inclusive comunicando o fato aos órgãos de controle, se for o caso, eis que, não obstante eventualmente demonstrada a regularidade em tese da contratação no caso, poderá estar ocorrendo desrespeito à eficiência administrativa, especialmente se a prática que deu causa à emergência for reiterada.

Ademais, ainda em relação ao princípio da eficiência, vale lembrar o já salientado quanto ao fato de que a atuação da Consultoria Jurídica da União em relação ao zelo pela observância da regularidade formal e dos procedimentos nas rotinas da Administração também se revela condizente com a eficiência administrativa, já que evita, dentre outros

possíveis prejuízos, a prática repetida de atos por sua invalidade, bem como eventual direito a indenizações por particulares prejudicados por uma conduta irregular da Administração.

Já a máxima da proporcionalidade constitui importante ferramenta para subsidiar a atuação do advogado no exercício da função pública consultiva, quando depara com situações de conflitos entre princípios. Assim, por exemplo, em situações em que princípios como a moralidade ou a eficiência possam estar potencialmente violados por uma contratação que, por exemplo, se revela em princípio como antieconômica ou imoral, as três máximas da proporcionalidade poderão subsidiar a atuação do advogado.

A título de exemplo, cite-se um procedimento em que se busque formalizar, por dispensa de licitação, a cessão onerosa de uso de bem público, consubstanciado em área de terreno militar de forte que avança sob faixa de areia (uma “praia privativa”, no popular), para exploração por particular para realização de festas privadas na área da praia nos meses de dezembro a fevereiro, sob remuneração de R\$100.000,00.

Em tal caso, poderão, em tese, estar atendidos os ditames da legalidade estrita para a contratação, mas, ainda assim, remanescerem dúvidas sobre a sua validade. Isso porque a destinação de determinada área a unidade militar (forte) atenderia, em princípio, os ditames da segurança nacional, mas o uso de bens públicos seria regido por lei, que estabeleceria em regra as possibilidades e vedações para a exploração do bem. Não havendo vedação, o ato seria, em tese, legal.

Caberia, então, percorrer as três máximas da proporcionalidade. Deveria ser verificado, inicialmente, o declarado motivo do ato, supondo-se que seja no exemplo “a necessidade de angariar recursos para a realização de reformas na unidade, tendo em vista a contingência orçamentária a que foi submetida a instituição”. Nesse caso, tem-se que a celebração da cessão onerosa e temporária do espaço revela-se adequada para atingir ou fomentar o objetivo pretendido, que é o de angariar recursos financeiros para serem licitamente empregados na melhoria das instalações.

Em relação à necessidade, caberia questionar se haveria meio menos gravoso para os direitos em jogo que pudessem conduzir aos mesmos resultados (obtenção de recursos financeiros para reformas). Aqui talvez se pudesse chegar a uma resposta positiva, pela existência de meios alternativos, considerando medidas como economia de despesas. Considerando, porém, que uma instituição pública como o Exército não têm meios próprios de gerar recursos financeiros para si, seria complicado concluir pela existência de uma medida alternativa menos gravosa, concluindo-se, então, que o ato passaria pelo crivo da necessidade.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, deve ser questionado se a limitação à moralidade administrativa e aos princípios que regem o uso de bens públicos representada pela medida pode ser

justificada pelos seus objetivos, que se referem aos recursos financeiros revertidos em prol da instituição.

Conquanto a questão seja complexa e se possa chegar a diferentes respostas, tem-se que a cessão onerosa do bem (“faixa de areia”) pela instituição representaria grave violação aos princípios que regem o uso de bens públicos e à moralidade administrativa, sem que esteja justificada pelos motivos do ato (recebimento de recursos financeiros para melhorias na instituição). Com efeito, uma vez limitado permanentemente o uso comum de bens públicos sob justificativa relacionada à segurança nacional, em especial áreas que normalmente são aproveitadas pela população, o recebimento de recursos financeiros pela instituição não justifica a excepcionalidade de tratamento. Ora, se a restrição de acesso se justifica pela exigência de segurança nacional, não é dado à autoridade, ao seu alvitre, excepcionar a restrição de acesso em prol do recebimento de recursos financeiros pela instituição, transformando o interesse da segurança nacional em uma mera questão de pagamento pelo acesso. Ou bem o acesso é limitado pela segurança nacional, ou não é.

Assim, não havendo justificativa para a restrição aos direitos da cidadania, inclusive ao princípio da moralidade, haveria um ato geral limitador de acesso com base em um motivo (segurança nacional), afastado por um outro ato específico cujo motivo (recebimento de recursos) é incompatível com aquele, violando-se, assim, o interesse público e a conduta administrativa esperada do agente público. Haveria, portanto, com base em raciocínio conduzido pela proporcionalidade, violação a princípios jurídicos norteadores da atividade da administração pública.

A despeito da conclusão a que se chegou na condução do raciocínio, que pode não ser a melhor, trata-se de mero exemplo das possibilidades que a proporcionalidade e suas três máximas oferecem ao advogado público no exercício da função consultiva.

4.6 Métodos e parâmetros para a atuação consultiva do Advogado da União à luz dos princípios

Estabelecida algumas premissas e possibilidades quanto à atuação da advocacia pública consultiva em relação aos procedimentos para possível identificação de princípios jurídicos violados, cumpre perquirir a respeito de algumas posturas e procedimentos a serem adotados para que seja exarado o parecer jurídico com base em tais fundamentos.

Trata-se, como já salientado, de difícil tarefa a de zelar pelo respeito aos referidos preceitos com uma correta aplicação da teoria dos princípios, sem que tal se traduza na utilização indiscriminada de tais mandamentos para fazer prevalecer razões não jurídicas (morais, valorativas ou subjetivas) no controle do ato.

Caberá, pois, ao advogado, inicialmente, prestar especial atenção à sua fundamentação, eis que nela é que poderá se encontrar ou não as razões de uma construção legítima de um discurso jurídico, técnico e racional. Ao simplesmente lançar mão dos princípios sem esclarecer e demonstrar o porquê de sua aplicabilidade no caso, o advogado estará recorrendo a mero argumento que, por si, não tem um significado jurídico cuja pré-compreensão seja um dado comum em toda a comunidade. O caráter aberto dos princípios e a possível existência de regras ou outros princípios que tangenciam as circunstâncias do caso exigem que se demonstre a razão pela qual um e não outro é aplicável.

Assim, caberá ao profissional zelar para que a motivação do ato apresente consistência e coerência, cuidando para que os fins que se objetiva alcançar sejam correspondentes ao instrumento consubstanciado no próprio ato e que tal esteja devidamente demonstrado.

A fundamentação deve revelar a postura metodológica e o discurso jurídico empregados, evitando-se inconsistências que infirmem o seu desenvolvimento em si. Portanto, o recurso ao princípio deve ser consistentemente fundamentado, evitando-se a mera menção desprovida de fundamentação, que significaria um argumento de política. A sua pertinência e a correspondência entre os fundamentos e a conclusão a que se chega também devem ser demonstradas.

Na construção dessa fundamentação, muitas são as premissas teóricas que podem ser adotadas. Quer seja filiando-se ao pensamento de Dworkin, Alexy, Habermas ou outro pensador, no que tenham de divergência, o importante é que essa fundamentação seja solidamente construída, evitando-se a mera citação ou evocação de princípio como argumento de retórica, para lembrar a já citada crítica de Virgílio Afonso da Silva⁶⁸ (2002). Todos os citados pensadores têm, em suas teorias, caminhos que vão permitir a construção pelo advogado de uma sólida fundamentação a respeito.

Uma importante premissa a ser respeitada é a da integridade do Direito, proposta por Dworkin. Nesse sentido, seria necessária uma coerente compreensão, interpretação e aplicação do Direito⁶⁹, com respeito aos precedentes e à reconstrução histórica do Direito, resgatando-se as premissas aceitas e compartilhadas pela comunidade. Considerando o caráter aberto dos princípios, torna-se, pois, importante respeitar as premissas compartilhadas pela comunidade na construção do sentido e dimensão desses princípios e, para tal fim, os precedentes, as manifestações dos órgãos de controle e os textos que revelem compreensões da sociedade em geral (documentos produzidos por associações e organizações da sociedade civil de atuação reconhecida, por exemplo) são relevantes e devem ser levados em conta.

68 SILVA, op. cit., 2002.

69 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Nessa busca por integridade, o advogado deve buscar no ordenamento, dentre os princípios válidos, o que melhor se coaduna com a manutenção da coerência e integridade do sistema.

Vale destacar que a aplicação dos princípios afigura-se plenamente consonante com a possibilidade de uma construção que respeite a integridade do Direito. A estrutura normativa principiológica, como já salientado, encontra-se aberta hermeneuticamente à construção intersubjetiva dos sentidos pela prática discursiva e dialógica, permitindo a reconstrução do direito como integridade e a produção de uma argumentação que permita o convencimento e a reconstrução coerente do direito. Esse deve ser o cuidado do advogado no exercício da função pública consultiva, sem recurso a considerações morais ou subjetivas, com a construção de uma fundamentação compatível com a integridade do direito, que preserve a sua reconstrução histórica do direito e o respeito à construção intersubjetiva de significados a partir das premissas compartilhadas pela comunidade, buscando-se a coerência do sistema.

Também merece ser observada a perspectiva proposta por Habermas, para que sejam afastados valores ou ideologias *a priori* do contexto de aplicação, assumindo o procedimento papel fundamental, com uma perspectiva dialógica a partir de uma argumentação que se presta ao convencimento e à aceitação do discurso. Assim, a fundamentação que se utiliza do princípio deve ser construída no processo de modo a ser compreendida e aceita, a partir das múltiplas possibilidades e argumentos aplicáveis ao caso.

Ainda dentre as proposições teóricas fundamentais da teoria dos princípios, caberá ao advogado adotar a cautela de, se utilizar a importante ferramenta da máxima da proporcionalidade, não se limitar a mera menção ao princípio, como não raro ocorre. Deverá, assim, percorrer em sua fundamentação as três máximas parciais da proporcionalidade - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito -, enfrentando cuidadosamente todas as respectivas exigências e peculiaridades, abordando-se cada um dos elementos que as definem e caracterizam.

5 CONCLUSÃO

A Advocacia-Geral da União, conforme perfil atribuído pela Constituição de 1988, tem relevante missão institucional. A AGU não foi definida pelo constituinte como mero órgão do Executivo, sendo instituição essencial à justiça que, dentre outras funções exerce, em âmbito extrajudicial, a consultoria jurídica da União. Em tal atividade, cumpre-lhe analisar previamente atos e instrumentos como minutas de editais, contratos e convênios, na defesa do interesse público e dos valores constitucionais, não somente para fornecer subsídios jurídicos ao administrador (atividade de assessoramento) mas também para apontar,

quando for o caso, os vícios que infirmam o procedimento e que apontam para a rejeição do ato.

O respeito aos princípios constitucionais e o cuidado com sua correta interpretação e aplicação é parte fundamental nos dias de hoje, em que o reconhecimento da força normativa dos princípios encontra-se disseminado. E para tal tarefa é importante o conhecimento a respeito da teoria dos princípios, em suas diversas formulações e proposições.

Dentre tais formulações, a teoria de Ronald Dworkin apresenta as diretrizes originais fundamentais de uma teoria dos princípios, tal qual os aplicamos hoje. Com ela as dificuldades da concepção positivista e do decisionismo, que não apresentavam uma solução adequada para o problema referente à estrutura aberta da linguagem e sem considerar a estrutura principiológica de certos “padrões” já utilizados na jurisprudência, passam a ser parcialmente superadas. Dworkin apresenta uma definição que permite compreender o que é um princípio a partir de suas características estruturais fundamentais, distinguindo-os das regras e de outras categorias próximas, como “políticas”, traçando ainda importante distinção entre “argumentos de princípio” e “argumentos de política”. Diversas outras premissas fundamentais, como o respeito à integridade do direito, são desenvolvidas pelo professor de Oxford como uma perene contribuição à teoria geral do direito.

Acompanhando algumas formulações de Dworkin e desenvolvendo outras quanto a pontos de divergência, Robert Alexy apresenta também grande contribuição sobre a matéria, em especial quanto ao nível de detalhamento a que chega em sua proposição acerca da aplicação dos princípios e da solução para os casos de conflitos em tal aplicação. Coube a Alexy o desenvolvimento da compreensão segundo a qual os princípios representariam mandados de otimização e, a partir dessa natureza, teriam uma estrutura própria de aplicação, que também levariam a situações especiais de conflitos, para as quais o professor de Kiel também desenvolve uma formulação própria, a partir do peso que os princípios assumiriam nas circunstâncias de sua aplicação em concreto. Nessa formulação, como decorrência da natureza dos princípios, assumiria papel fundamental a máxima da proporcionalidade e suas três máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), que conduziriam o intérprete na solução do conflito.

Outras proposições fundamentais vão subsidiar o aplicador do Direito, como aquela apresentada por Habermas, cosentânea com as exigências democráticas da contemporaneidade, que destaca o papel do procedimento e do discurso, em uma perspectiva dialógica da construção do Direito, em que o recurso à integridade deixa de ser um momento de protagonismo no monólogo do juiz Hércules de Dworkin para ser um debate assumido pela comunidade no procedimento.

No Brasil, a chamada constitucionalização do direito, que, como proposto por Guastini, passa pelo reconhecimento da força normativa dos princípios, ganha corpo ao longo dos anos, principalmente com a contribuição da chamada doutrina da efetividade. Chega-se, assim, ao estágio atual, em que o reconhecimento da força normativa dos princípios é uma premissa geral bastante aceita, mas sem que se tenha igualmente disseminado um cuidado com uma fundamentada aplicação da teoria dos princípios. Muitas vezes na jurisprudência o que se tem é o uso dos princípios como um mero argumento de retórica, sendo importante que o intérprete, inclusive o advogado público no exercício da função consultiva, esteja atento para evitar tais vícios e realizar uma aplicação dos princípios adequada às exigências democráticas quanto à apresentação de correspondente fundamentação.

No exercício dessa função consultiva, poderão ocorrer diversas situações em que a legalidade estrita esteja sendo respeitada, mas o ato em formação apresente indícios de contrariedade a princípios que regem a administração pública, em especial os princípios da moralidade e eficiência. Deve, pois, o advogado prestar especial atenção à compreensão e dimensionamento desses princípios, considerando a sua dimensão jurídica e não outras compreensões que possam estar relacionadas aos mesmos vocábulos (eficiência econômica, moral individual subjetiva etc.). Em relação à moralidade administrativa, deve ser verificado se o ato afronta os valores e premissas compartilhados pela comunidade quanto ao comportamento que se espera da administração pública voltada ao interesse público, prestando-se atenção à adequação entre o motivo do ato e o objeto, verificando-se se a motivação não representa dissimulação de outro motivo real, dissociado do interesse público. Em relação à eficiência, deve-se considerá-la em sua dimensão jurídica, que contém não só a necessidade de otimização dos meios, mas também a eficácia em relação aos resultados, que, afinal, representam a realização do interesse público que justifica a atuação da administração. Os aspectos da economicidade não devem ser considerados como impeditivos, por si sós, à realização de um ato dispendioso que vai ao encontro da concretização da cidadania e da dignidade humana, sendo, por outro lado, um mandamento que impõe que esse ato seja realizado pelo menor custo possível e com todas as exigências inerentes à cidadania e à democracia (motivação, transparência etc.) atendidas.

Tais princípios são, portanto, fundamentais para o exercício da advocacia pública consultiva, sendo que a para a aplicação desses e de outros princípios, notadamente em situações de colisões entre eles, a máxima da proporcionalidade constitui importante instrumento para essa atuação, eis que percorrendo suas três máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, o advogado poderá enfrentar a questão sob premissas técnicas e racionais, sem recurso a subjetivismos.

Uma vez identificada a afronta a princípio, cabe ao advogado concretizar sua atuação por meio de adequada e consistente fundamentação, eis que a utilização do princípio exige a produção de discurso que atente para o caráter aberto das normas, demonstrando as razões de sua aplicação no caso. O respeito à integridade do Direito, a construção de um discurso dialógico e adequado ao convencimento e a correta utilização da máxima da proporcionalidade são alguns dos instrumentos fornecidos pela teoria dos princípios para essa tarefa.

A história da administração pública no Brasil, como se sabe, não se notabiliza pelo zelo com o atendimento ao interesse público. Mais do que a corrupção em si, a captação do poder político por grupos econômicos e a consequente prática de atos desviados da finalidade pública constituem parte do cotidiano da administração, independente de quem seja o detentor do mandato da vez ou de qual ente federativo (municipal, estadual ou federal). O reconhecimento do papel da advocacia pública consultiva e o fortalecimento da análise prévia da consultoria jurídica, ainda que insuficiente para controlar todos os aspectos do ato, notadamente aqueles de natureza financeira, são extremamente relevantes para que se possa conduzir os atos administrativos para aquilo que deveria ser a sua única e exclusiva finalidade: a realização do interesse público. E, ao manejar corretamente princípios fundamentais como o da moralidade e da eficiência, o advogado no exercício da função pública consultiva assume papel proeminente nesse cenário, já que passa a ser ele veículo direto dos valores fundamentais compartilhados pela coletividade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Damião Alves. *Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 40 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 08 jun. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (organizador). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; KNOERR, Viviane Coelho de Sellos. Cidadania, dignidade humana e o princípio da eficiência. *Revista Jurídica Cesumar* - Mestrado, v. 12, n. 1, p. 237-257, jan./jun. 2011 - ISSN 1677-6402. Curitiba: 2011.

CASTRO, Aldemario Araújo. A Advocacia Pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública. *Revista da AGU*, v. 7, n. 15, mar. 2008.

CARVALHO FILHO, José do Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. *Revista de informação legislativa*, v. 39, n. 155, Brasília, 2002.

GUEDES, Jefferson Guarús; HAUSCHILD, Mauro Luciano (Coordenação). *Nos limites da história: a construção da Advocacia-Geral da União: livro comemorativo aos 15 anos*. Brasília: UNIP, UNAF, 2009.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México/D.F.: Fontamara, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1994.

HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. A Advocacia Pública como tutora da ética e do resguardo dos direitos fundamentais. *Revista da AGU*, v. 8, n. 20, abr./jun. 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOURÃO, Carlos Figueiredo. A Advocacia Pública como instituição de controle interno da administração. *Revista Zênite*, v. 9, n. 105, abr. 2010.

NETTO, Menelick de Carvalho. *Texto-base 1: Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 25 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 09 jun. 2013.

_____; SCOTTI, Guilherme. *Texto-base 5: Limites internos e externos e o “conflito de valores”*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 16 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 08 jun. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCOTTI, Guilherme. *Texto-base 2: Teorias jurídicas positivistas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 17 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 2002, ano 91, v. 798.

SILVEIRA, Angélica Moreira Dresch da Silveira. A função consultiva da Advocacia-Geral da União na prevenção da corrupção nas licitações e contratações públicas. *Revista da AGU*, ano VIII, nº 20. Brasília, DF, abril-junho 2009.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

VIEIRA Junior, Ronaldo Jorge Araujo. A Advocacia Pública consultiva federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. *Revista da AGU*, v. 8, n. 19, p. 9-40, jan./mar. 2009.