

O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE POLÍTICO-ADMINISTRATIVA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Daniel Cardoso de Moraes

Mestre em Direito Constitucional da UFF, Especialista em Direito Público Municipal, Especialista em Direito Civil, procurador do Município de Teixeira de Freitas-Ba e advogado inscrito na OAB Seção do Estado da Bahia.

Fabricio José Sacramento Perez

Pós-Graduando em Direito Público pelo LFG, Coordenador Local do IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público e advogado inscrito na OAB Seção Do Estado da Bahia.

Sumário: 1. Considerações Iniciais; 2. Da vinculação da discricionariedade administrativa aos princípios; 3. Da Competência decisória acerca da Discricionariedade Administrativa; 4. Considerações Finais; 5. Referências.

1. Considerações iniciais

Nos últimos duzentos anos a discricionariedade administrativa passou por diversos processos de calibragem acerca da liberdade de atuação da Administração. Com o fim do Antigo Regime, havia uma extrema desconfiança da concentração de poder na mão do executivo de modo que seria por intermédio do governo das leis que o Estado encontraria sua limitação. Todavia, como a lei não foi capaz de prever todos os meandros da atuação da Administração da consecução de seus fins, surgiu a necessidade de outorgar ao Executivo uma maior liberdade de ação, conforme explica Sérgio Guerra:

O desenvolvimento científico, técnico e industrial, o aumento populacional, a especialização, a divisão de trabalho, o crescente entrelaçamento e transformação mais rápidas das condições de vida aumentaram e alteraram as tarefas do Estado (...) O Parlamento, impossibilitado de oferecer as soluções às questões econômicas e sociais prementes, viu-se alijado do processo de intervenção (...) Diante do inevitável processo de evolução tecnológica, o legislador vê-se obrigado, cada vez mais, a deixar amplas margens de discricionariedade nas mãos do Administrador. O *déficit* de informação do Parlamento, em termos comparativos com o governo, tanto mais grave quanto cada questão, envolve crescente tecnicidade e uma pluralidade de

interesses contraditórios e reforça a diminuição da capacidade parlamentar, fazendo-o surgir como um órgão destituído de elementos que habilitem uma intervenção decisória conveniente e oportuna, além de revelar sua própria dependência institucional de quem lhe forneça essa informação (...) Em virtude de tal constatação, impôs-se ao legislador que, na impossibilidade de prever todas as situações que exigiriam a atuação do Poder público, conferisse certa margem de liberdade à Administração na determinação do conteúdo dos preceitos legais. (GUERRA, 2008:50-53;107;132)

A discricionariedade administrativa, então, surge da necessidade de prover as demandas sociais, pela qual o Executivo, por lidar cotidianamente com a execução das políticas públicas, estaria mais capacitado para maximizar a concreção do interesse público em sua atuação. A expertise, inerente ao aparato estrutural e técnico da Administração, deu a ela a sensibilidade para mesurar não somente o melhor momento de sua atuação, como também a forma e o alcance de uma intervenção. É essa sensibilidade, doutrinariamente chamada de conveniência e oportunidade, que delimita o mérito administrativo, para permitir à Administração definir o motivo e o objeto de sua atuação¹. Dessa forma, o mérito é admitido como *resultado do exercício regular de discricionariedade* (KRELL, 2004:25), muitas vezes confundido como sinônimo dos critérios de conveniência, oportunidade, justiça, equidade, observados pela Administração, no exercício do seu poder discricionário (DI PIETRO, 2007). Porém, Moreira Neto elucida que:

(...) pode-se apresentar a discricionariedade como uma técnica desenvolvida para permitir que a ação administrativa defina com precisão suficiente um conteúdo de oportunidade e conveniência que possa vir a constituir-se no mérito adequado e suficiente à satisfação de um interesse público específico, estabelecido na norma leal como finalidade.

Em outros e sucintos termos: a discricionariedade é uma técnica e o mérito, o resultado. (MOREIRA NETO, 1998:46-47)

Em suma, entende-se que o mérito é composto pela conveniência e oportunidade, e que a discricionariedade é apenas um instrumento, um meio para a Administração desempenhar sua função pública. Moreira Neto suscita ainda que a acepção da discricionariedade como uma competência, ao invés de conceituá-la como um poder, facilita a compreensão da possibilidade de seu controle judicial, no que tange aos seus limites do exercício dessa competência (MOREIRA NETO, 1998:49).

Certo é que a discricionariedade não significa uma liberdade do executivo em face da norma, antes consagra sua sujeição, pois, é quando o Executivo dá cumprimento ao mandamento legal de exercer seu poder de escolha previamente delimitado pelo direito². É devido a essa vinculação ao ordenamento jurídico que hoje se entende possível o controle judicial dos atos administrativos discricionários.

Segundo Cássio Cavalli (2009), compete ao Poder Judiciário invalidar os atos administrativos que não observam as normas jurídicas através do controle da legalidade. O Min. Cezar Peluso, no julgamento do Processo de Extradicação n.º 1.085, observou que *sempre que o comportamento da autoridade ou do agente público como tal se não ajuste à providência suposta pela lei para tutela de interesse público específico, é o ato viciado e comprometido do*

ENTRE ASPAS

*ponto de vista jurídico*³. E chegando este caso ao Poder Judiciário, deverá o ato ser revisto para conformá-lo aos preceitos normativos. Segundo o Supremo Tribunal Federal *o que deve ter em vista é a legalidade ou não do ato incriminado. Terá ele de ser examinado pela forma com que se apresenta e pelos motivos que o determinarem*⁴. Encerra-se assim a *judicial review* nos atos administrativos vinculados, pois:

La decisión em que consista el ejercicio de la potestade es obligatoria em presencia de dicho supuesto e su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que há de limitarse a lo que la própria Ley há previsto sobre esse contenido de modo preciso y completo. (ENTERRIA e FERNÁNDEZ, 1996: 442-442)

Nesse enfoque, o exame que será feito é o da subsunção o ato à hipótese de incidência prevista da norma, no âmbito da interpretação normativa e da sindicância da realidade fática utilizada como fundamento do ato. Nestas circunstâncias, o Supremo Tribunal Federal entende não haver uma ingerência do núcleo intangível do mérito administrativo, mantendo-se, desse modo, a estabilidade do desenho institucional moldado pelo sistema de freios e contrapesos. Seria um simples controle de legalidade, exercício típico da atividade judicante para estabilização da ordem jurídica. Ou seja, em se tratando de aferição da correspondência entre a lei e o ato, bem como da persecução dos motivos empunhados pelo Administrador como razões para sua atuação, não haveria interferência da álea da conveniência e oportunidade do Poder Executivo, pois nos atos vinculados esta discricionariedade nem mesmo existe⁵. Di Pietro, no mesmo sentido, complementa que *não há invasão do mérito quando o judiciário aprecia os motivos fáticos que consubstanciaram a decisão do administrador público* (DI PIETRO, 2003:616). E afirma Marinela que o *Poder Judiciário poderá, inclusive, analisar a conveniência e a oportunidade do ato administrativo discricionário, mas tão somente quando essa for incompatível com o ordenamento vigente, portanto, ilegal* (2007, p. 223), sendo que:

Entre a hipótese legal enunciada em termos de tipicidade e a realidade histórica, é, e sempre foi passível de controle jurisdicional sobre ambos os termos, o da interpretação da norma e o da verificação da ocorrência do fato nela previsto, porque não incide sobre o chamado mérito do ato, senão apenas sobre sua legalidade, apurável diante dos motivos declarados pela autoridade ou agente administrativo. (Ext. 1.085, p. 29)

O limite da revisão judicial dos atos administrativos estaria, então, no mérito administrativo, já que o judiciário *não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo* (CARVALHO FILHO, 2010:138). O juízo de conveniência e oportunidade seria o limitador da revisão judicial dos atos ditos discricionários, a partir do qual estaria vedada a ingerência judicial. Neste ponto, cumpre destacar que a doutrina, seguida pelo Supremo Tribunal Federal, superou a dicotomia atos administrativos vinculados e discricionários, na medida em que todos os atos possuem um grau de vinculação, e portanto, de sindicância. Mesmo os atos conceituados discricionários são vinculados quanto a finalidade, a forma e a competência, exercendo o Poder Judiciário o controle de legalidade em caso de dissociação destes elementos dos preceitos definidos pela norma. Então, o que seria genuinamente discricionário seria o poder atribuído pela Constituição Federal ou pela

legislação infraconstitucional ao Executivo para a tomada de decisões em situações não previamente definidas pela norma.

O que temos, verdadeiramente, é que não há um ato inteiramente vinculado nem um ato inteiramente discricionário. Todos os atos têm alguns elementos vinculados – por exemplo, competência, forma, finalidade – e alguns têm um âmbito de discricionariedade maior e, portanto, alguns elementos da discricionariedade. Aliás, isso não é muito novo. Cito no meu voto Vitor Nunes Leal, o qual, em um estudo, já chamava a atenção para o fato que: o mais acertado não é falar-se em ato discricionário; o certo é falar-se em poder discricionário, mas como frequentemente certos atos só têm existência material depois que a Administração manifestou a opção referida – sem a qual o ato não existiria –, é admissível que se use em tais casos a expressão “atos discricionários”, contanto que se reconheça a deficiência conceitual da expressão. Quando se afirma que os atos discricionários escapam à revisão do poder discricionário, o que se quer dizer é que o poder discricionário está imune à revisão jurisdicional (...) Está bem claro que o poder discricionário é o que se move em uma zona livre, isto é, não vinculada pela legislação. Pouco importa, para se conceituar o poder discricionário, a extensão dessa zona livre, desde que nessa zona livre, a critério da Administração, se pudesse sobrepor outro critério, a saber, o do Judiciário⁶.

Desse modo, a doutrina entende possível a revisão judicial dos atos administrativos discricionários, desde que sejam respeitados os limites da conveniência e oportunidade da Administração (DI PIETRO, 2003:210). Sendo o mérito compreendido como um limitador da atuação do Judiciário no controle dos atos administrativos discricionários⁷, a questão, então, estaria em saber como delimitar o mérito administrativo para demarcar o campo de atuação da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, Sergio Guerra, citando Barroso, sustenta que o Poder Judiciário *somente deverá invalidar as escolhas quando elas evidentemente não puderem resistir ao teste da razoabilidade, moralidade e eficiência* (GUERRA, 2008:246). O que coaduna com Hentz, quando afirma que o poder de escolha:

(...) deverá atender os dogmas maiores que norteiam a atividade pública: a legalidade e a moralidade (...) Nessa medida, verificando-se, em revisão, que a apreciação discricionária fugiu ao fim de servir da melhor maneira a necessidade pública protegida, terá o ato de ser tido por não-legal, mesmo que a medida tenha sido objetivamente útil (...) O conceito de função social do Estado traduz, sem dúvida, o enfeixamento dos padrões de condutas morais a que subordina-se o administrador – e deve imperar como objetivo imposto pelas regras de moralidade administrativa. (HENTZ, 1998:83-88)

Com isso, intentou-se estratificar a discricionariedade para separar do núcleo subjetivo do mérito administrativo os conceitos jurídicos indeterminados⁸, para que esses viessem a ser controlados judicialmente por critérios objetivos. E o fator decisivo para esse desiderato é a

ENTRE ASPAS

construção da determinação de conceitos jurídicos, afirmando que no caso concreto somente uma escolha atenderia à outorga legislativa. Ou seja, em se tratando de conceitos jurídicos indeterminados, o Executivo não teria duas ou mais possibilidades no momento de sua atuação, mas somente uma, que o tornaria objetivamente controlável, pois:

Em considerando somente uma solução justa para determinado conceito jurídico indeterminado, não haveria, portanto, de se cogitar a existência de discricionariedade, pois se o primeiro só admitiria uma única solução justa, o segundo, fundamentando-se normalmente em critérios metajurídicos de conveniência e oportunidade, permitiria diversas soluções justas (...) a escolha determinativa de conceitos jurídicos estaria atrelada a um caso de aplicação da lei, posto que se trata de subsumir, em uma categoria legal, determinadas circunstancias reais (...) Nesse sentido, a vagueza e ambigüidade de certos termos dão lugar a uma distinção entre conceitos indeterminados e conceitos discricionários, pois nem sempre o vago e ambíguo gera discricionariedade. “Quando o conceito é determinado, apesar de vago e ambíguo, o ato com base nele é vinculado”. (GUERRA, 2008:149-154)

A revisão de atos administrativos fundados em conceitos jurídicos indeterminados estaria baseada na verificação de compatibilidade do ato com as circunstancias reais. Trataria de uma simples aplicação normativa, de uma subsunção da hipótese normativa ao fato concreto. E isto não deixaria possibilidades de escolhas à Administração. Seria um *processo regulado que se esgota na compreensão de uma certa realidade pretendida pelo conceito indeterminado e nesse processo não há interferência de nenhuma decisão de vontade do aplicador, como é o caso da potestade discricional*. (CADEMARTORI, 2001:138). Desse modo, ao separar os conceitos jurídicos indeterminados da discricionariedade, estaria se firmando a ampla e objetiva apreciação desses atos pelo poder judiciário, vez que não se trataria de apreciação de apreciação extrajurídica, ou de conexão com campos político-econômicos de conveniência e oportunidade da Administração.

O que diferencia ambos e que determina o grau de intervenção judicial seria o poder de escolha sobre norma. Enquanto os atos discricionários pressupõem um campo de atuação delimitado pela norma, no qual a Administração analisaria a relação “custo x benefício”, a determinação dos conceitos jurídicos indica uma atuação previamente escolhida. *Se é que há uma eleição, esta é do próprio legislador, que escolheu o uso de termos vagos e conceitos imprecisos, sendo que a sua aplicação resolve-se com a interpretação de seu sentido* (BINENBOJM, 2008:219). O ponto fulcral seria, então, precisar os parâmetros de verificação dessa escolha, para que, judicialmente, possa-se aferir se a opção adotada pela Administração é aquela que atende aos mandamentos normativos. E isso se daria identificando a margem de certeza positiva e afastando a margem de certeza negativa, mediante a observação do grau de satisfação dos princípios constitucionais envolvidos na decisão da Administração. Ou seja, quanto maior o grau de certeza positiva, ou de certeza negativa, maior será a ingerência da tutela jurisdicional para comprovar a sustentabilidade da ação administrativa:

Essa ideia foi divulgada na Alemanha, tendo evoluído para a concepção de que o conceito apresentaria uma *zona de certeza positiva* (o que é certo

que ele é), dentro do qual não existe dúvida acerca da utilização da palavra ou expressão que o designa, e uma *zona de certeza negativa* (o que é certo que ele *não é*), em que, igualmente, inexistiria dúvida acerca de sua utilização, só que para excluir sua incidência (...). O parâmetro para se verificar se a interpretação e a aplicação dadas foram sustentáveis é construído a partir de circunstantias fáticas do caso concreto em cotejo com os princípios constitucionais e legais da Administração Pública (...). É interessante notar como os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade ajudaram ao aplicador do direito a desenhar a linha demarcatória da zona de certeza negativa. (BINENBOJM, 2008:222-224).

Ocorre que a ultrapassagem dessa fase de total intangibilidade dos atos administrativos discricionários pelo judiciário, deu espaço a sofisticadas teorias que, amparadas pelo levante principiológico neoconstitucionalista, buscam estabelecer total controle da liberdade de escolha da Administração. Se há a possibilidade de tornar clara a margem de atuação do Judiciário pela definição das zonas de certeza positiva ou negativa, o problema está na construção argumentativa para o controle da zona intermediária, para vinculação pela discricionariedade aos princípios.

Desse modo, levando-se em consideração o sistema de freios e contrapesos, garantidor da limitação dos poderes, se faz necessária uma análise das bases que sustentam o Estado Democrático de Direito, de modo a propiciar uma discussão acerca das capacidades institucionais e dos diálogos constitucionais. Destarte, este paper se propõe a pesquisar se a construção jurídica brasileira tem levado em consideração esses argumentos na revisão dos atos discricionários do Poder Executivo, visando manutenção da estabilidade das instituições políticas e da própria Democracia. Para tanto, inicialmente, se fará uma breve exposição da vinculação da discricionariedade administrativa aos princípios. Logo após, será levantado da competência decisória acerca da discricionariedade administrativa, alinhando-a a premissa das capacidades institucionais para se demonstrar que a necessidade de um maior debate acerca dos limites de ingerência judicial na esfera política da Administração.

2. A vinculação da discricionariedade administrativa aos princípios

Tem-se quase por inquestionável o controle dos atos discricionários pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que mesmo implícitos na Constituição, são parâmetros utilizados para avaliação da atuação estatal. Assim, nos casos concretos o poder Judiciário opera a sindicância dos atos discricionários, vinculando-os diretamente aos princípios constitucionais, para que a conveniência e oportunidade possam ser controladas mais rigidamente. E o argumento é que o mérito, em muitas situações, serve de obstáculo à revisão judicial, de modo que *a possibilidade de revisão judicial dos atos viciados, quer por excesso ou mau uso da competência legal, não pode ser limitada senão ao interesse de quem movimenta a jurisdição* (HENTZ, 1998:82). Sustentando alguns que a sindicância jurisdicional sobre o mérito *deve ir até o ponto em que remanesce dúvida ineliminável* (FIGUEIREDO, 2008:232).

Diversas outras teorias para controle do mérito administrativo já haviam sido sustentadas, por exemplo, a *teoria dos motivos determinantes*⁹, a *teoria do desvio de poder*¹⁰, a *teoria do excesso de poder*¹¹, a *autovinculação*¹², e a necessidade de motivação dos atos discricionários.

ENTRE ASPAS

rios. Ultrapassando o campo do controle da legalidade pelo desenvolvimento da teoria da juridicidade da atuação administrativa, por sua adequação e vinculação aos princípios constitucionais. Ocorre que, a chamada vinculação direta dos atos discricionários por princípios enseja não somente o controle sobre os aspectos formais dos atos, mas, principalmente, sobre os aspectos substanciais. Então, o mérito administrativo passaria a ser sindicável devido sua vinculação à ordem jurídica como um todo, pois:

Os princípios constitucionais gerais, como o da igualdade, o do Estado de direito, o da proporcionalidade, e, ainda, os princípios setoriais da Administração Pública, consagrados na cabeça do art. 37 da Constituição Federal de 1988, cada vez mais são instrumentos de conformação do conteúdo da decisão discricionária, o que, inevitavelmente, proporciona ao juiz uma ingerência crescente sobre aquilo que se convencionou chamar de mérito da decisão. O mérito – núcleo do ato –, antes intocável, passa a sofrer a incidência direta dos princípios constitucionais. Desse modo, ao invés de uma dicotomia em moldes tradicionais (ato vinculado v. ato discricionário), já superada, passa-se a uma classificação em graus de vinculação à juridicidade, em uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa (BINENBOJM, 2008:209)

E, o autor continua estabelecer a vinculação de todos os atos administrativos, seja por regras, por conceitos jurídicos indeterminados, ou diretamente por princípios. Ele adverte, porém, que não seria uma simples e total ingerência no mérito administrativo. O que ocorreria seria o estreitamento do seu âmbito, diminuindo as possibilidades de escolha convenientes e oportunas do administrador, por meio da verificação da proporcionalidade, da moralidade e da eficiência. E o que exacerbasse a esses critérios não seria tido como mérito. *Em outras palavras, não há conveniência e oportunidade possível fora dos limites estabelecidos pela proporcionalidade* (BINENBOJM, 2008:210).

Desse modo, não haveria um núcleo de atuação ou de decisão exclusiva do Executivo, pois, pela análise dos princípios constitucionais gerais e específicos da Administração, o Poder Judiciário invalidaria o ato ou o substituiria. Isto essa sindicância chegaria ao ponto de reduzir a discricionariedade a zero. Chegaria a estreitar de tal forma o âmbito de decisão da Administração que não restaria a esta outra decisão que não a indicada pelo Judiciário, após sua análise do caso concreto (BINENBOJM, 2008:232-236). Malgrado essa hipótese ser inicialmente apresentada como uma exceção, vez que o indicado seria tão somente o estreitamento do mérito, a captura do mérito administrativo ou sua mitigação pela sindicância judicial, através aplicação da jurisprudência dos princípios¹³, parece não atentar para os riscos que essa construção argumentativa traz para a estabilidade das instituições políticas.

A teoria dos princípios surgiu como um levante contra o positivismo, como uma resposta de Dworkin à teoria do direito proposta por Hart, por entender que o direito não é formado apenas por um conjunto de regras. Na segunda metade do século passado, Herbert L. A. Hart propôs-se a criar uma nova teoria do direito que, segundo ele, não teria comparações com as teorias que estavam em destaque. Sendo assim, não se preocupou em analisar o direito a partir do normativismo Kelsiano, ou do decisionismo político de Scmitt, mas, sim em analisar o direito pelos múltiplos fenômenos sociais que estão inter-relacionados, preocupando-se em aprofundar na compreensão do direito, da coerção e da moral.

Hart inicia a obra *O Conceito de Direito* questionando a definição da palavra direito para demonstrar que, malgrado as diversas teorias sobre ele, não há um conhecimento fechado sobre o significado e alcance dessa palavra. Sua definição de direito, que segundo o autor permaneceu obscurecida pelas várias teorias (normativista, realismo, jusnaturalismo), perpassa pela diferenciação do direito das ordens baseadas em ameaças, da obrigação jurídica, da obrigação moral, e da compreensão do que seriam as regras. Sendo assim, para poder definir o direito seria necessário conhecer o significado das palavras que constantemente são utilizadas para familiarizar o direito:

Uma definição deste tipo familiar faz duas coisas de imediato. Simultaneamente fornece um código ou fórmula de tradução da palavra para outros termos bem conhecidos e localiza-nos a espécie de coisa para cuja referência a palavra é utilizada, através da indicação dos aspectos que partilha em comum com uma família mais vasta e coisas e dos que a distinguem de outras da mesma família. (HART, 2001:19)

Dessa maneira, Hart destaca a importância da linguagem imperativa para o direito, comparando Leis, Comandos e Ordens, a qual pode assumir diversas facetas a depender da carga que a acompanhar, como, por exemplo, um pedido, um aviso, uma ordem, ou uma ameaça. Então, a linguagem imperativa para ser recepcionada pode, assim, preceder de determinada consequência para o sujeito que a desobedecer. Desse modo, a coerção seria presente no direito uma regra secundária individualizada, aplicada pelos funcionários públicos, caso as diretivas gerais não sejam observadas pelos particulares. De acordo Hart, o caráter coercitivo do direito é uma forma de vincular o particular ao seu cumprimento de uma forma generalizada, isto é, não individualizada, pois, o direito atinge a todos. Ele destaca que, além da generalidade, a crença na continuidade da possibilidade de punição impele a comunidade à observação das regras gerais que são postas por um Estado soberano em seu território e independente frente de outros sistemas.

As leis têm, todavia, de forma proeminente, esta característica de permanência ou persistências. Daqui se segue que, se utilizarmos a noção de ordens baseadas em ameaças para explicar o que são as leis, temos de tentar reproduzir este caráter duradouro que as leis têm (...) O sistema jurídico de um estado moderno é caracterizado por um certo tipo de supremacia dentro do seu território e de independência dos outros sistemas (...) Esta pessoa ou corpo devem ser internamente soberanos e externamente independentes. (HART, 2001:28-31)

Apesar disso, Hart aponta que nem todas as leis são uniformes, vez que podem variar quanto o conteúdo, o modo de origem e campo de atuação, pelo que chamou de diversidade das leis.

No tocante ao conteúdo, observou quem nem todas as leis atribuem uma sanção pela inobservância de alguma vedação ou ordem, vez que representar toda a lei como uma questão de ordens baseadas em ameaças seria uma característica obscurecida do direito. Assim, há leis que autorizam os particulares a criar regras, dentro de sua autonomia privada, desde que não contrariem o ordenamento geral¹⁴. Neste ponto, Hart reescreve o sistema estático de validade

ENTRE ASPAS

do normativismo Kelseano ao dispor que esta criação particular do direito tem de estar em conformidade com as condições da regra capacitadora, recaindo sobre a criação particular desconforme a nulidade, equiparada a uma sanção. *A não conformidade com as condições da regra capacitadora torna o que se faz ineficaz e, portanto, um acto nulo para esta finalidade* (HART, 2001:39).

Hart fundamenta que tratar simetricamente a sanção e a nulidade dos atos, numa tentativa de uniformização das regras jurídicas, distorce o direito, vez que as regras jurídicas devem cumprir as diversas funções sociais para qual foi disposta. Assim, *o castigo de um crime, como seja uma multa, não é o mesmo que um imposto sobre uma actividade, ainda que ambos envolvam directivas a funcionários para inflingir idêntica perda de dinheiro* (HART, 2001:47).

Quanto o âmbito de aplicação, ele ressalta que a compreensão do direito perpassa pela forma de como os tribunais chegam a aplicação de suas sanções, isto é, de como os tribunais são autorizados pela legislação a aplicar a regra ao caso concreto, reforçando que este âmbito é sempre uma questão de interpretação.

A introdução na sociedade de regras de atribuição de competência aos legisladores para alterarem e acrescentarem as regras de dever, e aos juízes para determinarem quando as regras de dever foram violadas, é um passo em frente tão importante para a sociedade quanto a invenção da roda (...) pode mesmo ser considerada como a passagem do mundo pré-jurídico ao mundo jurídico. (HART, 2001:50)

Ademais, faz uma crucial observação ao afirmar que a legislação vincula seus destinatários, não privilegiando quem toma parte do processo criação do direito. Tanto o soberano, quanto o súdito podem ser alcançados pelo direito, de modo que incorrendo o soberano na hipótese descrita na norma, seus efeitos incidiram sobre este indistintamente. Senão, vejamos:

As palavras ditas ou descritas pelas pessoas para tal qualificadas Poe estas regras, e que seguem o procedimento nelas especificado, criam obrigações para todos dentro do âmbito explicita ou implicitamente designado pelas palavras. Estas podem incluir os que tomam parte no processo legislativo (...) o legislador não é necessariamente semelhante a quem dá ordens a outrem: alguém que está, por definição, fora do alcance daquilo que faz. (HART, 2001:52-53)

Já, ao tratar dos modos de origem do direito, Hart primeiramente busca diferenciar o direito do costume analisando duas questões: se o costume é direito e se o costume possui um reconhecimento jurídico. Aponta que o costume não é direito, mas uma fonte dele somente. Isto porque nem todos os costumes estão previsto no ordenamento jurídico, assim, somente após ser aplicado pelos tribunais é que o costume passa a ser reconhecido pelo ordenamento jurídico como regra. Ou seja, nos termos de sua teoria é a força judicial que dá reconhecimento jurídico ao costume.

Até que os tribunais as apliquem em casos particulares, tais regras são meros costumes e em nenhum sentido são direito. Quando os tribunais aplicam e, em concordância com elas, proferem decisões que são executa-

das, só então, pela primeira vez, recebem estas regras o reconhecimento jurídico (...) antes de sua aplicação por um tribunal, uma lei já foi ordenada, mas o costume não. (HART, 2001:55)

Como seu olhar sobre o direito tem um foco de aplicação social, Hart segue diferenciado “Hábitos” de “Regras Sociais” e esclarecendo que os primeiros, apesar de reiterados socialmente, não trazem repúdio social em caso de desvio, enquanto que o desvio das segundas gera crítica por parte da comunidade. Deste ponto, inicia uma crítica à teoria da soberania, vez que os hábitos de obediência ao soberano, não garantem a continuidade da ordem social em caso sucessão, pois sua continuidade dependeria de sua aceitação pelo novo soberano¹⁵. E assim, chega então ao ponto principal de sua teoria que é a sistematização de regras primária e regras secundárias.

Para Hart, as regras primárias são as regras de obrigação. As que definem as hipóteses de incidência, que estipulam sanções, autorizam a regulação privada dos interesses. Ele deixa claro que, muito embora sejam regras de obrigação, nem todas são acompanhadas de sanções, isto porque *a afirmação que uma pessoa tem a obrigação de harmonia com certa regra, pode divergir da predição que é provável que venha a sofrer por causa da desobediência* (HART, 95). Entretanto, as regras primárias isoladas: (1) não são capazes de ordenar eficazmente a sociedade, tendo em vista que somente regras primárias isoladas não dão coesão e certeza ao sistema jurídico; (2) possuem um caráter estático, não acompanhando as transformações sociais; e (3) podem regar um sentimento de impunidade, dado a ausência de uma instância especial legitimada para aplicar as sanções.

Assim, Hart apresenta um remédio para sanar estas três deficiências que as regras primárias apresentam, qual seja, a inserção de regras secundárias que são de espécie diferente (HART, 2001:103). A introdução de regras secundárias de reconhecimento seria responsável pela identificação de uma regra ser pertencente ou não a um dado sistema jurídico, observada a pressão social exercida pela observância de tal regra. A introdução de regras de alteração teria a finalidade de conferir poder a um indivíduo (ou um grupo) para produzir novas regras primárias, revogando as que não se correlacionassem mais com a mudança das circunstâncias. E, por fim, a introdução de regras secundárias de julgamento estabeleceria indivíduos com poder *para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, em uma ocasião concreta, foi violada uma regra primária* (HART, 2001:105).

A regra que atribui jurisdição será também uma regra de reconhecimento que identifica as regras primárias através das sentenças dos tribunais e estas sentenças tornar-se-ão uma fonte de direito (...) Estas regras secundárias atribuem sanções oficiais centralizadas ao sistema. (HART, 2001:107)

Nesta toada, o autor identifica nas regras secundárias de reconhecimento o ápice de sua teoria, sendo estas o fundamento do moderno sistema jurídico, pois, além de estabelecer a validade das regras primárias de obrigação, viabilizam e concretizam concreta a presença desta, tornando o sistema jurídico eficaz.

Onde quer que uma regra de conhecimento seja aceita, tanto os cidadãos particulares como as autoridades dispõem de critérios dotados de autoridade para identificar as regras primárias de obrigação (...) Dizer que uma

ENTRE ASPAS

dada regra é válida é reconhecê-la como tendo passado todos os testes facultados pela regra de conhecimento, e portanto, como uma regra do sistema. (HART, 2001:111-114)

A partir desse raciocínio analítico, Hart concebe que é necessária uma última regra de reconhecimento no sistema jurídico, que estaria no topo da ordenação jurídica e que subordinaria as demais. É o que denominou de última regra de reconhecimento, cujo caráter é supremo. Esta representa a condição de existência e de validade do conteúdo de todas as regras¹⁶. Portanto, sistema jurídico para Hart não passaria de um conjunto de regras, sendo necessário, portanto, a manutenção da textura aberta nas normas a fim de que o aplicador do direito possa abarcar em seu julgamento todas as questões possíveis, permitindo várias respostas corretas para o mesmo caso, a depender da compreensão linguística do julgador.

Já para Dworkin o direito é interpretação jurídica e vai além de um conjunto de regras. Ele afirma que a hermenêutica toma uma maior relevância no direito quando o julgador se depara com questões controversas com lacunas na legislação, que aparentemente apresentam uma resposta correta. Segundo o autor os conceitos dispositivos – que são aqueles apresentam um sentido determinado, à priori impelem os juízes a uma decisão certa, contrária ou a favor. Ressalta que a imprecisão da linguagem pode levar os magistrados a admitir a tese da ambivalência, porém, contrapõe a tese da possibilidade de várias respostas corretas para o mesmo caso *sub judice*. Ele afirma que a interpretação sempre dará uma resposta correta, restando então a dúvida acerca de qual método interpretativo empregar. Desse modo, para vencer a trivialidade do primeiro antagonismo, passar enxergar uma nova possibilidade, além da análise superficial do caso:

Todos os casos em que essas questões são dispositivas tem uma resposta certa. Pode ser incerto e controvertido qual é a resposta correta (...) Em cada caso ambas as proposições podem ser falsas, porque em cada caso, não esgotam o espaço lógico que ocupam; em cada caso, há uma terceira possibilidade independente que ocupa o espaço entre as outras duas. (DWORKIN, 2001:177)

O autor esclarece que a complexidade semântica do direito só será desvendada a partir de sua aplicação a um caso concreto. A resposta certa ou errada variará de uma situação para outra, sempre com base na análise de um caso específico. Assim, Dworkin trava um acirrado entrave com duas versões da tese de que em determinadas circunstâncias não há nenhuma resposta correta, para ao final refutá-las.

Acerca da primeira versão, observa que o argumento de que o juiz teria sempre um poder discricionário que o permitiria decidir em um sentido ou em outro, ficando ao seu desiderato a aplicação ou não de um conceito dispositivo, é falacioso. Tendo como base a aplicação do direito ao caso concreto, Dworkin afirma que o fato do dispositivo poder dar a casos distintos respostas diversas, não significa que ele possa ser apresentado um caso concreto com distintas faces, das quais o juiz poderia escolher qual aplicar.

Os conceitos dispositivos são usados para descrever as ocasiões do dever oficial, mas não decorre daí que esses conceitos devam eles próprios, ter a mesma estrutura que o conceito de dever (...) A teoria semântica, que

meramente traduz enunciados sobre contratos em enunciados sobre deveres públicos, obscurece, portanto, o papel importante e distintivo dos conceitos dispositivos na argumentação jurídica (...) Sua função é negar que o espaço assim oferecido possa ser explorado pela rejeição das duas afirmações opostas. (DWORKIN, 2001:182-184)

No tocante a segunda versão, inicialmente, pontua os três argumentos que poderiam sustentá-la, quais sejam, a imprecisão ou textura aberta da linguagem jurídica, a estrutura oculta das proposições jurídicas e a intensa ou constante controvérsia sobre a proposição. Segundo o autor, a teoria da imprecisão, que se fundamenta na suposição de que a falta de textura nas proposições abre espaço para a impossibilidade da existência de uma resposta correta, erra ao supor que a semântica abstrata das proposições gera, conseqüentemente, um impacto indefinido da norma ao caso concreto. Não é porque os conceitos imprecisos ocasionem sempre efeitos indeterminados, pois, ao contrário do os juízes que assim pensam, o próprio sistema normativo ou a exegese poderá, claramente, determinar o alcance e os impactos da lei sobre o caso em apreço.

Supõe que se o legislador aprova uma lei, o efeito dessa lei sobre o Direito é determinado exclusivamente pelo significado abstrato das palavras que usou, de modo que se as palavras são imprecisas, deve decorrer daí que o impacto da lei sobre o direito deve, de alguma maneira, ser indeterminado. Mas essa suposição está claramente errada, pois os critérios de um jurista para esclarecer o impacto de uma lei sobre o direito podem incluir cânones de interpretação ou explicação legal que determinam que força se deve considerar que uma palavra imprecisa em numa ocasião particular (...) o impacto da lei sobre o Direito é determinado pela pergunta de qual interpretação, entre as diferentes possibilidades admitidas pelo significado abstrato do termo, promove melhor o conjunto de princípios e políticas que oferecem a melhor justificativa política para a lei na época que foi votada (...) a imprecisão na linguagem jurídica consagrada não garante a indeterminação das proposições de Direito. (DWORKIN, 2001:189-190)

Ao rebater o argumento do positivismo da segunda versão, pelo qual o sistema jurídico positivo pode estabelecer significados ocultos para as proposições, de modo que seria esta a vontade da lei, Dworkin afirma que ele não se sustenta por desconsiderar a existência de regras básicas que preencham essa lacuna ou determine a finalidade da norma¹⁷. Quem argui esse positivismo *deve também reconhecer que questões de Direito que não tem respostas certas no sistema que ele descreve têm respostas certas nesses outros sistemas* (DWORKIN, 2001:201).

Finalizando a tese da segunda versão, explanou Dworkin a impertinência do argumento da controvérsia, que tem como fundamento a tese da demonstrabilidade. Esta por sua vez conjectura que uma proposição somente será verdadeira depois que ficar demonstrado que todos os fatos concretos relevantes para ela sejam conhecidos ou estipulados. Como consequência, não se conhecendo todos os fatos concretos em que a norma possa incidir, não se poderá definir qual a melhor resposta em sua aplicação, ou seja, não existirá resposta correta. Todavia, segundo ele, esse argumento peca ao não contemplar a ocorrência de fatos

metafísicos, como a moral, que não se pode comprovar por meio do empirismo. Isto porque, não há como negar que em determinadas situações a moral impele o homem a atribuir um sentido a uma proposição, mesmo que não se tenha a concretude de uma ocorrência fática¹⁸.

Dworkin expõe que a pedra angular de sua construção doutrinária – o direito como prática jurídica, é fruto da atividade hermenêutica, concebida através da teoria política, ou seja, que o direito *é profunda e inteiramente político (...) política, arte e Direito estão unidos, de algum modo, na filosofia* (DWORKIN, 2001:217;249). Este autor chama a atenção para os inúmeros métodos interpretativos que o julgador pode lançar mão, a fim de encontrar a resposta mais apropriada para o caso concreto. Porém, deixa claro que a finalidade dos métodos interpretativos no direito, assim como na literatura, não é inventar uma solução para o caso concreto, mas sim descobrir a resposta correta contida na norma, sempre se pautando nos princípios.

Desse modo, Dworkin contrapondo Hart concebe que o direito vai além de um conjunto de regras, sem contido também por princípios que seriam os norteadores das soluções dos *hard cases*. É quando as regras são insuficientes para decidir que entram em cenas os princípios. Isso porque é na zona de incerteza que ele elemento integrante do direito age legitimando juridicamente o senso de justiça do julgador. Segundo ele, *podemos sentir o que o que estamos fazendo é correto, mas, enquanto não identificarmos os princípios que estamos seguindo, não podemos estar certos que eles são suficientes, ou se os estamos aplicando consistentemente* (DWORKIN, 2002:25). Então, os princípios funcionam como vetor de decisões, limitando o arbítrio e trazendo segurança e coesão ao ordenamento.

Para empreender sua teoria dos princípios Dworkin diferencia-os do sistema de regras. Desse modo, apresenta as regras mandamentos de cumprimento, como ordens de observância obrigatória. Ocorrendo a hipótese nela prevista, obrigatoriamente deverá incidir os efeitos previstos, salvo se existir outra regra que excepcione determinado caso. Por ela não há possibilidade do julgador avaliar a oportunidade e a conveniência de sua aplicação, pois, ou elas se enquadram no caso concreto e sobre ele produzem seus efeitos, ou não se adequam e, portanto, não podem ser utilizadas. É tudo ou nada, impedindo a flexibilização de seu manuseio. O autor chama a atenção, ainda, para a equivalência das regras, explicitando que não existe prevalência de uma sobre outra, a ponto de se invalidar uma regra caso em conflito com outra não haja uma regra de exceção.

As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (...) Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes (...) Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida (...) Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão procedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específicas ou outra coisa do gênero. (DWORKIN, 2002:39-43)

Já os princípios¹⁹ são caracterizados por indicarem uma direção a ser seguida em determinadas decisões, e que não trazem uma resposta em si, carecendo de uma decisão em particular. E ao contrário das regras, são implementadas gradativamente a outros princípios coexistentes

que se compatibilizam numa mesma situação, sem que um princípio invalide o outro, por meio de uma avaliação em concreto de qual princípio teria uma incidência maior. Assim, diferentemente das regras, quando contrapostos aos princípios são atribuídos pesos ou importâncias distintas, para pontuar qual deles terá uma preponderância no julgamento da questão, sem a necessidade de invalidar o outro (DWORKIN, 2002: 35-46).

Neste sentido, avaliar se um ato administrativo vinculado contrariou o ordenamento jurídico é uma questão simples verificação de sua compatibilidade à regra estabelecida. O *hard case* estaria em avaliar um ato, omissivo ou comissivo, em que haveria espaço para uma atuação discricionária para sindicá-lo, diante de eventual alegação de prejuízo, justamente os aspectos não estipulados pela norma. Ou seja, em se tratando de revisão judicial da atuação administrativa, o caso difícil seria aquele em que se faz necessário estipular quais os argumentos ou as razões para revisão do resultado de uma decisão pautada pela conveniência e oportunidade do Administrador. Isto porque, em tese colocaria em jogo a estabilidade das instituições políticas.

Como dito acima, até então, havia um dogma da intangibilidade do mérito administrativo, contudo, diante da doutrina da efetividade dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar uma posição mais proativa com fito de garantir o cumprimento efetivo de normas programáticas, notadamente, as relacionadas aos direitos sociais à saúde e à educação. Para tanto, o Supremo Tribunal Federal, seguido de todo o Judiciário, se apegou aos aspectos maximizadores da teoria dos princípios, explorando as vertentes do princípio da proporcionalidade para enquadrar a decisão fruto do poder discricionário da administração, e até mesmo do legislativo, dentro de uma zona de plena sindicância pelo judiciário.

O princípio da proporcionalidade comumente é utilizado como argumento para frear atuação de determinado poder, seja do executivo, na revisão de seus atos, seja do legislativo, no controle de constitucionalidade. Neste fim, tratando-se de atos administrativos discricionários comissivos, era a proporcionalidade o princípio maximizado para suplantar a regra que destinava a competência da decisão ao Executivo, permitindo ao Judiciário extirpar o que ultrapassasse os parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade. Isto é a proporcionalidade em sua vertente de vedação do excesso, como fundamento de revisão da conveniência e oportunidade. Desse modo, o Poder Judiciário lançando mão desse princípio passou a realizar um juízo mais amplo da revisão dos atos administrativos discricionários, estruturando um controle de juridicidade desses atos. O ato era legal, pois de conforme à regra em seus elementos vinculados, porém, antijurídico eis que incompatível com os ditames do Estado de direito.

Ocorre que, o Supremo Tribunal Federal lançando mão de argumentos sofisticados e sob o manto da efetivação dos direitos fundamentais passa agora a explorar uma segunda vertente do princípio da proporcionalidade, qual seja, o da vedação da proteção insuficiente. Por esta, além do controle dos atos pelos excessos da atuação dos demais poderes, seriam também sindicáveis os atos omissivos, por se entender que a proteção insuficiente ou a ausência desta viola igualmente a ordem jurídica, potencializando a inafastabilidade da tutela jurisdicional.

No julgamento da ADI 3510, em que se levantou a inconstitucionalidade do art. 5º, da Lei 11.105 de 2005, sob o fundamento da inviolabilidade do direito à vida, o Min. Gilmar Mendes, sustentando que o Supremo representa argumentativamente os cidadãos²⁰, argui a carência da matéria tratada na lei, que deixou uma margem muito grande para a atuação regulamentar do Executivo. E aí introduz um argumento que reposiciona o Supremo Tribunal Federal no desenho institucional da República Federativa do Brasil: o princípio da proporcionalidade, não como proibição do excesso, mas sim como proibição da proteção deficiente.

ENTRE ASPAS

Como é sabido os direitos fundamentais se caracterizam não apenas por seu aspecto subjetivo, mas também por uma feição objetiva que os tornam verdadeiros mandatos normativos direcionados aos Estados. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*). A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de confirmação. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização. A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar o entendimento no sentido de que o significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros. Essa interpretação da Corte Constitucional empresta sem dúvida uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de “*adversário*” para uma função de guardião desses direitos. É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica. Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever desde de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Ubermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta; b) dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas; c) dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico. Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a

não-observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental. Assim, na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (*Canaris*) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção. (ADI 3.510/DF, pp. 607-610)

E sob o fundamento de vertente do princípio da proporcionalidade como vedação da proibição da proteção insuficiente, o Ministro Gilmar Mendes votou pela procedência parcial da ADI sem redução do texto, para realizar uma interpretação conforme aditiva, estabelecendo condicionantes à implementação normativa. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal passa a assumir funções de legislador positivo, visando normatizar a carência protetiva do legislador. Ou seja, pelo fato do legislador não ter dado, na visão do supremo, uma proteção ótima ao direito fundamental, o Poder Legislativo feriu proporcionalidade na vertente que rechaça a proteção insuficiente. E como reação o Supremo Tribunal Federal volta-se para sanar essa omissão para trazer, processo hermenêutico, verdadeiras diretrizes normativas vinculativas erga omnes, legislando.

O Supremo Tribunal Federal, quase sempre é imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de *self-restraint* ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva de lei. Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador. No recente julgamento conjunto das ADIn 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Min. Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme a Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906/94), acabou adicionando-lhe novo conteúdo normativo, convolvendo a decisão em verdadeira interpretação corretiva de lei. Em vários outros casos mais antigos, também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos

ENTRE ASPAS

aditivos (...) Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF n.º 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso do feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto. Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vestuto dogma de legislador negativo e se alie a mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. Assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. (ADI 3.510/DF, pp. 626-629)

E é justamente na teoria dos princípios que o Supremo Tribunal Federal se apega para conceber que o direito somente apresentaria uma resposta correta para cada situação. Com isso, no caso da sindicância da conveniência e oportunidade administrativa, seria permitido ao judiciário auferir a juridicidade da decisão tomada pelo Administrador, sem que essa ingerência viesse a desequilibrar estas instituições políticas, em sua visão. Com tais argumentos de maximização do princípio da proporcionalidade, estaria estruturada a ideia de sindicância absoluta dos atos discricionários, inexistindo núcleo intangível ao controle de juridicidade do ato.

Se a conveniência e oportunidade para atuar ou não estava imune ao controle judicial, com a mandamento de otimização de vedação da proibição insuficiente, não resta mais qualquer margem ou álea estranha à apreciação judicial. Portanto, o princípio da proporcionalidade assume um papel determinante neste novo posicionamento dentro do desenho institucional na relação entre os poderes. A questão que se levanta é saber se esse posicionamento coloca em crise o equilíbrio das instituições políticas.

3. Da competência decisória acerca da discricionariedade administrativa

Não se pode esquecer a importância do Poder Judiciário para a consolidação do Constitucionalismo Brasileiro atual. Sua atuação marcante na garantia dos direitos fundamentais foi decisiva para concretude do Estado Democrático de Direito. Todavia, se o Constitucionalismo também significa limitação de poder, o Judiciário não pode escapar a ele. O tempo de afirmação democrática passou. A estabilidade constitucional é uma realidade e a discussão deve partir para a relação que as instituições políticas terão doravante. E é sobre esse enfoque que a discussão da mitigação do mérito administrativo precisa ser debatida.

Todavia, parece ainda se assentar uma visão mítica das capacidades do Poder Judiciário, como se todos seus membros fossem encarnações do juiz Hércules, capaz de analisar, dentro de suas limitações temporais e técnicas, as mais diversas variáveis que circundam sua decisão. E isso, estimulado pela potencialização exacerbada da teoria dos princípios em seu aspecto expansivo, sem a devida atenção para mecanismos de restrição (autocontenção de Dworkin ou da discricionariedade estrutural e epistêmica) acabou por fazer com que fosse atribuída uma primazia do Judiciário na relação entre os poderes. Acerca desta conjuntura Brandão fundamenta que:

A frequente desconsideração da capacidade institucional e dos efeitos sistêmicos faz com que as tradicionais teorias de interpretação do Direito pressuponha uma visão idealizada e romântica das capacidades judiciais, segundo a qual o juiz teria todo o conhecimento e tempo necessários para obter resultados ótimos, ou, em outras palavras, para construir a “correta interpretação” (*first-best theories*) mesmo em face de questões muito complexas. Se, entretanto, o jurista estiver consciente das suas limitações de tempo e de conhecimento, e da consequente elevação dos custos de erro e de decisão quando se deparar com questão complexa, tomará *uma decisão de segunda ordem de decidir casos (decisão de como decidir)*, via de regra, segundo razões rasas e estreitas. Rasas, pois os juízes minimalistas preferirão entendimentos mais modestos e largamente compartilhados a controvertidas questões de princípio. Estreitas, pois os juízes minimalistas preferirão decidir o caso a construir com teorias que abrangem uma grande variedade de casos. (BRANDÃO, 2012:186)

Sarmiento, compartilhando da mesma crítica, expõe que:

Contribuíram para esta ascensão política do Poder Judiciário vários fatores, como o novo perfil que lhe conferiu o texto constitucional, os problemas crônicos da nossa democracia representativa, além o impulso da doutrina, que passou a cobrar a efetivação da Constituição pela via dos tribunais. Porém, este fenômeno, em geral positivo, parece ter descambado mais recentemente para uma visão um tanto eufórica a propósito do Judiciário e de sua suposta capacidade de salvar o país dele mesmo, pela via da jurisdição constitucional (...) Vejo aqui um problema grave de idealização do Judiciário, quando ela leva à adoção de teorias que demandem algo que o juiz mediano não tenha como realizar (...) Sem embargo, um ativismo do Poder Judiciário em matéria de adjudicação de direitos sociais, ou de controle de outras políticas públicas que ignore o déficit de expertise dos juízes, e não envolva uma certa deferência diante das valorações feitas pelos especialistas dos órgãos estatais competentes quase sempre levará a resultados desastrosos. (SARMENTO, 2010:225-227)

A atuação discricionária é fruto de um sopesamento, a partir da análise do caso concreto, ponderando as variáveis e optando pela decisão que melhor atenda o cumprimento do interesse público envolvido. Conveniência e oportunidade, proporcionalidade e razoabilidade, devem ser analisados com cautela pelo Judiciário para não haver um excesso que destoe do desenho institucional democrático brasileiro. Hoje,

Faz-se necessário um embasamento jurídico-político que desenvolva mais claramente os parâmetros de legitimidade na relação Administração Pública-administrados e o papel do Judiciário como árbitro dessa decisão. De outra parte, já foi salientado que se observa hoje, na esfera jurídica brasileira, uma crescente utilização de princípios tais como os da razoabilidade e proporcionalidade como instrumentos de freio ao arbítrio

ENTRE ASPAS

estatal. Nessa medida, tais normas passam, cada vez mais, a integrar o repertório tanto da doutrina como da jurisprudência. Isto, no entanto, também acarreta distorções (...) em função de que também corre-se o risco, ao não se estabelecer delimitações claras na utilização desses princípios, de sobrevalorizar essas normas e isto, somado ao seu conteúdo impreciso (ou seja, a essa fluidez dos termos que os integram), pode trazer com consequência a sua utilização como formulas de amplitude excessiva. Estas, por sua vez, podem vir a ser enxertadas, sem uma maior reflexão ou ponderação, nas decisões judiciais em geral, de maneira indiscriminada, pondo em risco a própria segurança das relações jurídicas ou que possa ser uma autentica proteção dos direitos dos cidadãos. (CADEMARTORI, 2001:143-144)

É indiscutível que a margem de escolha outorgada pelo Legislativo ao Executivo é fruto de uma competência constitucional, e que desse modo não poderia ser usurpada pelo Judiciário, sem maiores reflexões. Essa margem de incerteza, de imprecisão, que habita entre a certeza positiva e a certeza negativa não pode ser livremente sopesada pelo Judiciário. Isso porque a Administração detém uma estrutura técnica, humana e material que a coloca em melhor posição que o Judiciário para lidar com questões extrajurídicas que envolvem o mérito administrativo. Não se pode descuidar que o Judiciário foi estruturado para lidar com questões jurídicas pontuais inter-partes. Somente em casos extraordinários envolvendo jurisdição constitucional ou tutela de direitos difusos é que sua atuação tem um efeito abrangente. Desse modo, falta a esse poder conhecimento técnico para prospectar os efeitos de suas decisões em escala progressiva, conforme explica Fábio Medina Osório, citado por Sérgio Guerra:

Nenhum Juiz parece estar preparado para controlar litígios que envolvem temas multidisciplinares, v.g., economia, sociologia, moral, em prazo fixado em semanas ou, no máximo, meses. Esses controles judiciais tem se revelado claramente insuficientes, incapazes de inibir abusos que implicam o atropelamento de formulas legais ou mesmo constitucionais. (GUERRA, 2008:144)

E o problema se assenta justamente quando o Judiciário, sob o manto de guardião sagrado da Democracia, entende por imiscuir em questões sobre as quais não tem capacidade institucional e nem responsabilidade²¹ sobre os efeitos dessas decisões. Saber os impactos orçamentários que a execução de determinada obra ou projeto terá, saber os efeitos sobre os demais órgãos ou serviços em operação, compreender os custos de determinadas escolhas e ser responsabilizado socialmente por elas, tudo isso é estranho à estrutura judicial. E não entenda que isso é um argumento para o total arbítrio do Executivo. A questão é outra: entender quem está mais capacitado para dar a última palavra em determinados assuntos²².

Entregar essa primazia sempre ao Poder Judiciário parece carecer amparo político-jurídico, quando se enquadra a discussão dentro das capacidades institucionais. Cass Sunstien e Adrian Vermeulle chamam a *atenção para as capacidades institucionais e para os efeitos sistêmicos, sugerindo a necessidade de um tipo de virada institucional no estudo das questões de interpretação jurídica* (SUNSTIEN e VERMEULLE, 2002:02). O que esses autores pretendem é discutir quem está mais apto a proferir a melhor decisão sobre determinada maté-

ria, analisando as limitações técnicas e estruturais de quem decide, a complexidade da matéria envolvida e os riscos de efeitos sistêmicos imprevisíveis.

Interpretation and Institutions é um texto seminal que chama à reflexão que a atividade hermenêutica é executada em nível alto de abstração, sendo trabalhado com questões da natureza da interpretação, ou fazendo grandes divagações sobre democracia, legitimidade, autoridade e constitucionalismo. Os autores sustentam que é justamente a incompletude de teorias argumentativas que trazem os riscos de consequências imprevisíveis. Isto porque, no plano da abstração conjecturam decisões para o mundo real, no qual os riscos de uma escolha mal feita podem trazer consequências sistêmicas que repercutiram negativamente sobre atores públicos e privados envolvidos. Na tentativa de racionalizar o processo decisório, para reduzir os ônus das escolhas dos casos complexos, os atores envolvidos na questão utilizam da estratégia de pré-escolhas, pela qual são previamente fixados parâmetros anteriores antes de partir para uma decisão específica. Essa meta-decisão, também chamada de decisão de *segunda ordem*:

(...) são decisões sobre decisões, no sentido em que se centram sobre a fixação das estratégias de decisão capazes de reduzir os problemas gerais vinculados a decisões de casos específicos (decisões de primeira ordem). Por definição, segue-se claramente o caráter contingente das meta-estratégias de decisão, uma vez que a existência dos referidos “problemas gerais” depende decisivamente do contexto no âmbito do qual as decisões de primeira ordem devem ser tomadas. Nesse sentido, é possível afirmar que o grande equívoco das teorias de interpretação que têm a pretensão de universalidade está no modo relativamente negligente como encaram dois importantes pontos: as capacidades institucionais dos competentes tomadores de decisão e os efeitos dinâmicos relacionados à adoção de uma determinada decisão de segunda ordem em um dado cenário. É preciso, para levar a sério o primeiro, conhecer as distintas habilidades e limitações de cada instituição e, daí, buscar o método (normativamente) mais apropriado para o seu processo de tomada de decisões. (ARGUELHES e LEAL, 2009)

Ocorre que o mundo das ideias não reflete o melhor campo de disputa para a solução de um caso concreto, pois, o que na abstração pode ser uma decisão ideal, no mundo real, com suas condições normais e com as variáveis imprevisíveis, pode ser um desastre. Assim, conflito entre as instituições enseja comparação das capacidades institucionais, pressupondo a concorrência harmônica entre elas, cujo objetivo seja solucionar as questões e atender da melhor maneira possível os objetivos constitucionais. Nesse contexto, a comparação entre as capacidades das instituições objetiva encontrar a instituição mais apta para resolver determinada questão, para tentar eliminar redundâncias e ambiguidades no desenho institucional. A ideia é estabelecer posturas e métodos, baseado na comparação de capacidades, que se apliquem a um conjunto de casos ou situações (ARGUELHES e LEAL, 2011).

O objetivo geral da ideia das capacidades institucionais é reenquadrar a discussão interpretativa de modo a desviar o interprete das armadilhas cognitivas relacionadas aos papéis exercidos pelos interpretes. Estas armadilhas estariam na forma de raciocinar a solução para um caso concreto.

ENTRE ASPAS

Desse modo, a solução ideal, fruto da teorização, deve ceder espaço para um segundo olhar, uma segunda razão, uma segunda decisão que leve em consideração as variáveis reais e os fatores limitadores ou otimizadores dos efeitos que produzirá. E quem estiver mais aparelhado tecnicamente, mais preparado estruturalmente e com mais expertise no assunto, será o que deverá dar a última palavra sobre o assunto²³.

Ocorre que, a atuação judicial, em se tratando de controle dos atos administrativos discricionário, tem desconsiderado essa discussão. O que se percebe é que no direito brasileiro não existem limites fixados a essa sindicância judicial, pois a jurisprudência busca uma ingerência cada vez maior no mérito administrativo, sob o argumento de efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Para tanto, rompem a delimitação democrática realizando a revisão do sopesamento que, *prima facie*, caberia tão somente ao poder Executivo, dentro dos limites previamente fixados.

No Recurso Extraordinário nº 598.099/MS, julgado em 2011, a Ministra Carmem Lúcia sustentou que a Administração Pública, no exercício de suas atribuições, deve observar a boa-fé, moralidade, segurança jurídica, assegurar e observar os princípios e garantias fundamentais do estado de Direito, pois, eles são basilares da Administração Pública. Nos palavras desta Ministra do Supremo Tribunal Federal: *não acredito em poder discricionário na Administração, acho isso uma coisa velha, com todo respeito pelos que pensam que ainda existe, mas há algum tempo o direito não comporta mais este tipo de atribuição*. No mesmo sentido Ministro Ayres Britto se manifesta:

[...] Claro que essa expressão “discricionariade”, disse bem a ministra Cármen Lúcia, é uma expressão tão surrada, não apenas surrada, mas ambígua, que tem levado os doutrinadores, a jurisprudência, a tratá-la – me permitam a coloquialidade da metáfora – “à rédea curta”, ou até para negar a própria discricionariade.

Para Juarez Freitas a vinculação absoluta do mérito administrativo aos princípios constitucionais manifesta que *o juízo de conveniência e oportunidade terá que ser mais rigorosa e energeticamente controlado, nada obstante a tolerada discricião, desde que salvaguardada a harmonia dos princípios constitucionais* (FREITAS, 1999:46). Ainda nesse sentido, Hentz, elucida que *o chamado poder discricionário foi reduzido ao deve de agir, não há mais discricionariade possível de ser exercida porque a lei incompleta no seu comando será preenchida por ação balizada em conceitos sujeitos a verificação em juízo* (HENTZ, 1998:90). Desse modo, sem uma maior reflexão crítica sobre as teorias acima esposadas, os doutrinadores brasileiros vêm admitindo a possibilidade de revisão do mérito, desde que utilizado como critério os princípios constitucionais, o que pode ser prejudicial para a estabilidade das instituições democráticas.

4. Considerações finais

O presente *paper* pretendeu demonstrar como a doutrina e a jurisprudência tem alargado o controle jurisdicional sobre os atos discricionários da Administração Pública, notadamente sobre o mérito. O Poder Judiciário tem entendido que ampliação do controle exercido sobre o Executivo visa dar maior efetividade e consonância aos princípios Constitucionais basilares da

Administração Pública. Isto porque, tendo em vista a Administração ser pautada pelo cumprimento do interesse público, e sendo este caracterizado pelo feixe de direitos individuais, toda vez que a atuação administrativa conflitasse com os direitos fundamentais, ela estaria desviando do interesse público, ensejando, portanto, de controle judicial.

Todavia, o que parece existir é que sob essa exaltação principiológica se esconde um decisionismo judicial camuflado. Desse modo, o Judiciário para ter um controle absoluto das instituições políticas lança mão de argumentos jusfundamentais²⁴ e de sofisticadas teorias para legitimar suas decisões, dado azo uma ingerência política na esfera de competência do Poder Executivo. Portanto, deve-se lançar os olhos para a necessidade de desenvolver mecanismos democráticos que legitime os diálogos constitucionais, o que precisa ser melhor debatido sob pena de causar uma instabilidade para a segurança jurídicas das instituições políticas.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARGUELHES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. *O argumento das capacidades institucionais entre a banalidade, a redundância e o absurdo*. Revista Direito, Estado e Sociedade, n.38, janeiro/junho de 2011.
- _____. *Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégia e implicações*. in Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Coordenação: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Fonte: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf. Acesso em 22 de janeiro de 2012.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria de direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito*. 1ª ed. 4ª tir. Cuiabá: Juruá, 2004.
- DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 16ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.
- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001;
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 7ª ed. t. 1, Madrid: Civitas, 1996.

ENTRE ASPAS

- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios e Fundamentais*. 2ªed, ver., ampl., São Paulo: Malheiros, 1999.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*, 3º Ed. Oxford: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HENTZ, Luiz Antônio Soares. *Direito Administrativo e Judiciário*. São Paulo: Leud, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MENDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SHAUER, Frederick. *Judicial supremacy and the modest constitution*. In: *Califórnia Law Review*, v.93, p.1045/1067, 2004.
- SUNSTIEN, Cass R. e VERMEULLE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Fonte: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/156.crs-av.interpretation.pdf>. Acesso em 20 de janeiro de 2012.
- WHITTINGTON, Keith. Capítulo I "*Political foundations of judicial supremacy – the presidency, the supreme court and constitutional leadership in U.S. history*" New jersey: Princeton University Press, 2007.

Notas

1. Carvalho Filho define o ato vinculado como sendo aquele em que o agente verifica a ocorrência do fato, a presença dos requisitos e faz a aplicação da lei, sem qualquer valoração ou avaliação de conduta. Sobre a discricionariedade, afirma que a própria lei permite ao agente a margem de liberdade na sua atuação, porém, esta liberdade é limitada ao fim pretendido pela lei. Por sua vez, Krell complementa afirmando que a vinculação dos agentes administrativos aos termos empregados pela lei apresenta uma variação meramente gradual. Por isso, o ato administrativo "vinculado" não possui uma natureza diferente do ato administrativo "discionário", sendo a diferença no grau de liberdade de decisão concedida pelo legislador quantitativa, mas não qualitativamente (KRELL, 2004:22).
2. É o que ensina Odete Mendauar a discricionariedade significa uma condição de liberdade, mas não uma liberdade ilimitada: trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. É uma liberdade-vínculo. Só vai exercer-se com base na atribuição legal, explícita ou implícita, desse poder específico a determinados órgãos ou autoridades. Por outro lado, o poder discionário se sujeita não só às normas

específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo (MENDAUAR, 2010:115). Ainda nesse sentido Diogenes Gasparini afirma que *o ato administrativo distingue-se do ato arbitrário, uma vez que aquele é legal e este, ilegal. A ação arbitrária contraria a lei; a discricionária, não (...) todo ato administrativo está vinculado, amarrado à lei, pelo menos no que respeita ao fim* (GASPARINI, 2011: 132;150). Por fim, Hely Lopes Meirelles, com a clareza e precisão conceitual que lhe é peculiar, arremata que *poder discricionário não se confunde com poder arbitrário (...) Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos na lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei* (MEIRELLES: 2010:121-122).

3. Ext. 1085, p. 27-28.

4. RE n.º 82.355 Rel. Min. Rodrigues Alckmin. Revista trimestral de jurisprudência 81-160. EXT. 1085 p. 30.

5. No caso em questão, o Min. Relator Cezar Peluso proferiu voto condutor fundamentando na possibilidade de revisão judicial do ato de concessão de Refúgio de Ministro de Estado, sustentando que os motivos que sustentaram a decisão, não encontrariam respaldo fático, tendo em vista sua conclusão ser fruto de uma análise equivocada das circunstâncias de fato. Em divergência, a Min. Carmem Lúcia, sustentou que *a situação descrita nos autos não cuida, a meu ver, de vinculação da motivação do ato ao desfecho, pois o que examinado pelo Ministro da Justiça foi explicitado, na forma do seu convencimento, a partir de análise de elementos apresentados no processo de pedido de refúgio, e esse processo seguiu rigorosamente o previsto na Lei. 9.474*. Sendo voto vencido, a Min. Carmem Lúcia, seque afirmando não ser possível ao Poder Judiciário perquirir os motivos que ensejaram o ato para requalificação dos fatos. E segue afirmando que *este é realmente o núcleo do ato e, por isso mesmo, este núcleo é onde reside a conveniência e a oportunidade, que não é dado ao Poder Judiciário se substituir*.

6. Min. Carmen Lúcia, p. 234-235 Ext. 1085.

7. E, Di Pietro continua afirmando que *na realidade, não se pode negar a veracidade da afirmação de que ao judiciário é vedado controlar o mérito, o aspecto político do ato administrativo, que abrange, sinteticamente, os aspectos de oportunidade e conveniência. O que não é aceitável é usar-se o vocábulo mérito como escudo à atuação judicial em casos que, na realidade, envolvem questões de legalidade e moralidade administrativas* (DI PIETRO, 2007:130).

8. Em diversas oportunidades o Supremo Tribunal Federal se utilizou dos conceitos jurídicos indeterminados para exercer o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, sustentando *a viabilidade do controle do poder Judiciário acerca dos conceitos jurídicos indeterminados* RMS 19590/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2006, DJ 20/03/2006). No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello argumentou que *os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República* (ADI 2213 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2002, DJ 23-04-2004). Por fim, o então Ministro Eros Grau afirmou que *a autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração* (RMS 24699, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01-07-2005).

9. Sobre a teoria dos motivos determinantes Hely Lopes explica que *hoje corrente na prática administrativa dos povos cultos, o Prof. Francisco Campos assim se manifesta: 'Quando um ato administrativo se funda em*

motivos ou pressupostos de fato, sem a consideração dos quais, da sua existência, da sua procedência, da sua veracidade ou autenticidade, não seria o mesmo praticado, parece-me de boa razão que, uma vez verificada a inexistência dos fatos ou a improcedência dos motivos, deva deixar de subsistir o ato que neles se fundava. (MEIRELLES, 2010).

10. Odete Mendauar ensina que o desvio de poder é o *defeito de fim, denominado desvio de poder ou desvio de finalidade, verifica-se quando o agente pratica ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência* (MENDAUAR, 2010), exemplificando Helly Lopes que ele ocorre quando *a autoridade pública decreta uma desapropriação alegando utilidade pública mas visando, na realidade, a satisfazer interesse pessoal próprio ou favorecer algum particular com a subsequente transferência do bem expropriado; ou quando outorga uma permissão sem interesse coletivo; quando classifica um concorrente por favoritismo, sem atender aos fins objetivados pela licitação; ou, ainda, quando adquire tipo de veículo com características incompatíveis com a natureza do serviço a que se destinava* (MEIRELLES, 2010).

11. Acerca do excesso ou abuso de poder Helly Lopes sintetiza que *ele ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas* (MEIRELLES, 2010).

12. Humberto Ávila ao tratar dos limites às atividades do Poder Executivo, notadamente acerca das limitações internas, afirma que *o Poder Executivo igualmente está vinculado à sua própria atuação passada, não podendo, sem justificativa, abandoná-la, sob pena de violação ao princípio da igualdade no tempo. Mesmo nos casos em que possa haver algum âmbito de discricionariedade, uma vez tendo ela sido exercida e continuamente firmada, a Administração não mais pode dela se afastar, salvo com um motivo para tanto (...)* *A autovinculação da Administração significa, portanto, a vinculação da Administração, no âmbito das próprias possibilidades valorativas, relativamente ao esquema de diferenciação por aquela anteriormente estabelecido, com a consequência de não poder, sem justificativa, dele se afastar no tocante a casos iguais (...)* *o afastamento da posição anterior, sem justificativa, importa tratamento desigual* (ÁVILA, 2011).

13. Acerca da Jurisprudência dos princípios Paulo Bonavides conclui que *a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera já jusfilosofia para o domínio da ciência jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo este desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios* (BONAVIDES, 2002:265).

14. Neste conjunto se encontrariam as normas do direito contratual que facultam aos indivíduos, por exemplo, a dispor de seu patrimônio pós-morte.

15. E isto equivaleria ao instituto da recepção constitucional presente em nosso ordenamento jurídico, segundo a qual uma lei anterior a nossa Constituição mantém sua vigência enquanto não contrariá-la.

16. É um ponto de congruência com a norma fundante de Kelsen, pois tanto esta quanto a regra última de reconhecimento tem idênticas funções, qual seja, validar o ordenamento jurídico, além não serem validadas por qualquer outra regra, vez que ambas são pressupostas. Assim, a última regra de reconhecimento não poderia passar pelo crivo de validade, mas somente de aceitação. Afastando-se, entretanto, da criação Kelseana ao afirmar que a pressuposição da regra última de reconhecimento se dá pela atividade empírica a partir da análise dos fenômenos sociais, e não de uma construção hipotética de um raciocínio jurídico, conforme sustentado por Kelsen. *Expressar que este simples facto dizendo de forma pouco clara que a sua validade é*

suposta, mas não pode ser demonstrada, é como dizer que supomos, mas não podemos demonstrar (...) a regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o direito por referência a certos critérios. A sua existência é uma questão de facto (HART, 2001:120-121). Hart e Kelsen se tocam novamente ao tratar da interpretação do direito, pois assim como este último, aquele concebe que as regras possuem múltiplas possibilidades de aplicação ao caso concreto, cabendo ao aplicador escolher a que melhor se adéqua. Entretanto, apresenta como método de solução um critério explicitamente político, baseado no juízo de razoabilidade. Assim como Kelsen, Hart afirma que a moral não pode ser o fundamento do ordenamento jurídico vez que *as obrigações e os deveres reconhecidos em regras morais deste tipo de fundamentalismo podem variar de uma sociedade para outra ou, dentro de uma mesma sociedade, em momentos diferentes de tempo* (HART, 2001:186). Todavia, contrariando a Teoria Pura do Direito, o Conceito de Direito admite a existência de um mínimo conteúdo de direito natural no sistema normativo, a fim de garantir a sobrevivência humana, como um fim comum a ser atingido. normativo, mediante verdades elementares que denominou de truísmos, quais sejam: *a vulnerabilidade humana; a igualdade aproximada; o altruísmo limitado; os recursos limitados; e, a compreensão e força de vontade limitadas* (HART, 2001:210-213). Hart, com notável capacidade analítica, em sua obra questionando a existência de um direito internacional, ante a ausência de força vinculativa de suas regras. Este “direito” seria, assim, falho, ineficaz, em virtude da inexistência de uma norma fundamental que cancele a validade das regras do direito internacional, contrapondo novamente Kelsen. *Há, contudo, uma analogia formal sugerida entre o direito internacional e o direito interno que merece aqui alguma análise. Kelsen e muitos teorizadores modernos insistem em que, tal como o direito interno, o direito internacional possui, e na verdade deve possuir, uma norma fundamental, ou aquilo que designamos como uma regra de reconhecimento (...) O ponto de vista oposto é o de que esta analogia de estrutura é falsa* (HART, 2001:249). Portanto, a falta de regras secundárias que dê ao direito internacional validade e eficácia, indiferenciação do direito primitivo, sendo, assim, um conjunto desordenado de normas jurídicas primárias que aguardaria sua evolução para um sistema jurídico de maior complexão, mediante a existência de normas secundárias.

17. No ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, há essas regras básicas no Decreto-Lei n.º 4.657/42 que, notadamente, estabelece que no caso de lacuna, pelo método integrativo, o juiz recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito, e que ao aplicar o direito ele deverá atender os fins sociais a que a norma se destina, consagrando, assim a aplicação do método interpretativo teleológico ou finalístico (Art. 4.º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito; Art. 5.º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum).

18. Neste ponto, Ronald Dworkin introduz sua argumentação acerca dos métodos que podem auxiliar na escolha da teoria que justificará o exercício da prestação jurisdicional, o que chamou de dimensão da adequação e dimensão da moralidade política. Pela primeira dimensão é a teoria política que definirá qual será a resposta mais cabível ao caso concreto. Porém, se mesmo assim permanecer a celeuma, o julgador ampliará a dimensão de seu raciocínio para recorrer se sustentar em uma teoria jurídica ou moral superior, ou seja, escolherá sua resposta pela opção de resguarde a maior gama de direitos individuais envolvidos (DWORKIN, 2001:213).

19. Dworkin em sua obra diferencia *rights* (princípios) de *policies* (políticas). *Policies* seriam o tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidades. Já *rights* seria um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (Dworkin, 2002:36).

20. Para sustentar seu argumento o Min. Gilmar Mendes afirma que o Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do Povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental

e argumentativamente organizados em normas previas estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos amici curiae, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. Ressalto neste ponto, que, tal como nos ensina Robert Alexy, “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente”. Cito, nesse sentido, a íntegra do raciocínio do filósofo e constitucionalista alemão: “o princípio fundamental: ‘Todo poder estatal origina-se do povo’ exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções, determinem e o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexão e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados (ADI 3.510/DF, pp. 598-600). Desses apontamentos, percebe-se que cada vez mais o Supremo Tribunal Federal usa argumentos hermenêuticos sofisticados para se projetar frente aos demais Poderes. Ocorre que, analisando acuidamente os fundamentos transcritos pelo Ministro, seria prudente questionar se a atual conjuntura política brasileira conforma esse raciocínio. Isto porque, parece que não há ainda como demonstrar empiricamente os reflexos do papel proativo do STF na opinião pública, nem como mensurar os reflexos desta nos julgamentos do STF. Deve-se ter uma maior cautela na importação de teorias constitucionais estrangeiras, sem as necessárias adequações à conjuntura político-institucional interna. A tese da mutação constitucional, nos autos da Recl. 4335-5/AC, por exemplo, não encontram amparo fático. O argumento de que o Senado Federal não estaria atendendo o disposto no art. 52, X, da Constituição Federal, não são pertinentes. Em mais de 90% dos encaminhamentos do Supremo Tribunal Federal sobre declaração de inconstitucionalidade pela via incidental, houve pleno atendimento e sustação dos efeitos das leis pela casa parlamentar. Portanto, o argumento de que o STF representa argumentativamente o povo, tornando-o equivalente ao poder legislativo a ponto de legitimar uma produção legislativa, parece ser precipitado. O contexto histórico-político e estrutural do Tribunal Constitucional alemão e sua relação com os demais poderes daquele Estado é bem diverso do brasileiro. A própria disposição temporal e alternância dos ministros daquela corte constitucional – que possuem mandatos de 12 anos, coloca-os maior em sintonia com o povo, pois, a alternância permite oxigenação daquela casa da justiça e permite que os sentimentos sociais, que são fluidos e bastante mutáveis, sejam levados pelos novos guardiães da constituição. Somente num contexto de alternância é que parece ser propício falar em corte constitucional como representante argumentativo da nação. Ademais, entender essa legitimação pelo fato do Supremo Tribunal Federal utilizar de argumentos científicos, religiosos e metafísicos, merece uma maior reflexão, tendo em vista os limites das capacidades institucionais desta Corte, como bem asseverou a Min. Ellen Gracie, no julgamento da Medida

Cautelar na ADI 3.937-7/SP, ao afirmar que *não somos academia de ciência. Portanto não nos cabe definir a nocividade de produtos* (ADI 3.937-7/SP, p. 137), rebatendo os argumentos “científicos” utilizados pelo Min. Joaquim Barbosa que avaliou o grau de nocividade do produto químico em questão.

21. O questionamento da irresponsabilização social dos magistrados, até então tido como um tabu na doutrina brasileira, por ser quase um dogma necessário à independência judicial, é suscitado por Rodrigo Brandão como uma necessidade para o desenvolvimento de um constitucionalismo democrático, afirmando que *o que mantinha a legitimidade da atuação judicial, conferindo-lhe referibilidade à vontade do povo (accountability), era sua neutralidade política e a prevalência da vontade do legislador, compreendidas, respectivamente, como a estrita vinculação do juiz a regras prévias e claras e a possibilidade de o Parlamento aprovar lei superadora da jurisprudência dos Tribunais (...)* Naturalmente que a garantia da independência judicial sem mecanismos de referibilidade da sua atuação concreta ao povo transformaria as Cortes em “instituições desviantes” em um regime democrático, padecendo de uma inquestionável dificuldade contramajoritária (...) Tal perspectiva apresenta a vantagem de não adotar uma concepção idealizada acerca das capacidades institucionais dos Poderes Legislativos e Judiciários como o fazem as doutrinas de supremacia parlamentar e judicial, para quem, respectivamente, os legisladores seriam legítimos representantes da vontade popular e os juízes seriam interpretes autênticos do poder constituinte originário. Ao contrário, parte-se de uma concepção realista sobre as capacidades institucionais dos mencionais “poderes”, que destaca igualmente as suas virtudes e fraquezas (BRANDÃO, 2012:220-221).

22. Segundo Barroso há uma natural supremacia do Poder Judiciário pois *do ponto de vista funcional, é bem de ver que esse papel de interprete final e definitivo, em caso de controvérsia, é desempenhado por juízes e tribunais. De modo que o Poder Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal, desfruta de uma posição de primazia na determinação do sentido e do alcance da Constituição e das leis, pois cabe-lhe dar a palavra final, que vinculará os demais poderes. Essa supremacia judicial quanto à determinação do que é o direito envolve, por evidente, o exercício de um poder político, com todas as suas implicações para a legitimidade democrática* (BARROSO, 2010:23). Complementando essa visão, Brandão, apesar de reconhecer que o STF tem melhores condições institucionais para analisar o sentido último da Constituição, aponta que a experiência constitucional brasileira pós 88, tem apontado para uma nova interação entre os poderes legislativo e judiciário, tendo em vista o manuseio de instrumentos como a emenda superadora de precedentes do STF que favorece a estruturação de diálogo entre estas instituições políticas (BRANDÃO, 2012). Ao tratar experiência constitucional norte-americana, Whittington sustenta que o Judiciário tem sido concebido para ser o guardião principal da ordem constitucional, assegurando-a e restabelecendo o acordo fundamental. Desse modo, não seria possível pensar em deixar o sentido e significado da Constituição fora das mãos do Judiciário, pois, vez que este último é o interprete oficial que não se sujeita nem a pressão popular nem tampouco a instabilidade eleitoral. Porém, este autor advoga por uma teoria dos diálogos, acreditando que o *judicial review* pode funcionar como um mecanismo conveniente para “correção de erros” do legislador (WHITTINGTON, 2007). Schauer, por sua vez, defende a existência de um órgão de cúpula que tenha autoridade para dizer o que é e como se chegará a palavra última sobre uma questão constitucional, mesmo que tendo a ciência de que nem sempre se terá a melhor ou mais correta decisão. Sua ideia é a de um devido processo formalista-procedimental, em que decisões de segunda-ordem informariam a tomada de decisões, criando um ambiente de estabilidade e segurança jurídica (SCHAUER, 2004).

23. Diego W. Arguelhes e Fernando Leal ao tratarem do argumento das capacidades institucionais identificaram *nele três premissas e uma estratégia básica de raciocínio. As premissas são: (i) considerar que algum grau de especialização funcional em prol de fins constitucionais comuns é um pressuposto normativo da separação de poderes; (ii) considerar que toda tentativa, por qualquer instituição, de atingir esses fins comuns é pontencialmente falível, estando sujeita a graus variados (mas nunca iguais a zero) de erros e incertezas; (iii) a análise de diferentes alternativas de decisão deve se dar de acordo com suas possíveis*

ENTRE ASPAS

consequencias para a promoção de um mesmo valorou objetivo. Diante dessas premissas, a estratégia básica de raciocínio de quem leva as capacidades institucionais a sério é a de que não se deve buscar algum tipo de solução ideal e recomendar que os órgãos decisores cheguem o mais próximo possível dela, mas sim que, comparando os custos associados a cada estado de coisas possível vinculado à implementação de diferentes alternativas em um dado cenário, busquem adotar a “segunda melhor” solução (ARGUELHES e LEAL, 2011:08).

24. Em sua *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Alexy propõe que o argumento jusfundamental possui tamanha força, a ponto de suspender a aplicabilidade das próprias regras constitucionais em determinados casos, o que aponta para os riscos para a ordem constitucional dos extremismos principiológicos. (ALEXY:1993)