

## DIREITO E PODER –

### A CRISE DA LEGALIDADE FORMAL E AS NOVAS FORMAS DE LEGITIMAÇÃO NO ESTADO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

PATRÍCIA F. BAPTISTA  
Procuradora do Estado do Rio de Janeiro  
Professora de Direito Administrativo da UERJ  
Doutoranda em Direito do Estado na USP  
Mestre em Direito Público pela UERJ

**SUMÁRIO:** 1. Legalidade e legitimidade no Estado de Direito; 1.1. A legitimidade do Direito como pressuposto da legitimidade do poder no Estado de Direito contemporâneo; 1.2. Sobre o fundamento da legitimidade do Direito; 1.3. A crise da lei formal como principal fonte de legitimação do Direito; 1.4. A legitimação pelo procedimento; 2. Legalidade e princípios jurídicos; 2.1. Os princípios como fonte de legitimação do Direito; 2.2 Os princípios e a superação do positivismo normativista; 2.3. A controversa natureza jurídica dos princípios; 2.4. Os princípios jurídicos e a legalidade material; 3. Conclusões.

#### 1. LEGALIDADE E LEGITIMIDADE NO ESTADO DE DIREITO

Segundo Norberto Bobbio, a legitimidade e a legalidade são atributos do exercício do poder<sup>1</sup>. Entre esses atributos, porém, diz o autor, pode-se estabelecer a seguinte distinção: enquanto a *legitimidade* é um requisito da titularidade do poder, a *legalidade* é um requisito do exercício do poder.

De fato, para N. Bobbio, poder legítimo é aquele cujo exercício decorre da existência de um justo título por seu detentor. Assim também leciona o Professor de Oxford

<sup>1</sup> *Studi per una Teoria Generale del Diritto*. Torino: Giappichelli, 1970, p. 81.

Ronald Dworkin, para quem a teoria da legitimidade descreve as circunstâncias sob as quais a alguém ou a algum grupo é atribuída a competência de fazer o Direito<sup>2</sup>.

Freqüentemente a idéia de legitimidade está relacionada à de consenso ou, até mesmo, à de adesão dos *súditos* às manifestações do exercício do poder<sup>3</sup>. Democrática é a legitimidade que se alcança quando tal consenso é obtido através dos instrumentos de democracia.

Em outra direção, porém — dispensando o recurso à idéia de consenso social como fundamento da legitimidade —, Eros Roberto Grau afirma que o verdadeiro fundamento da legitimidade se encontra na *autoridade*. A legitimidade, diz o autor, “é produto da autoridade, entendida esta como decorrente da captação de padrões histórico-culturais, e não da captação de qualquer vontade ou conjunto de vontades (...). A construção histórica desses padrões passa à margem de um contrato social e da regra da maioria”. E assim, como os padrões culturais e aspirações de cada sociedade alteram-se em função das condições históricas de cada momento, admite-se a existência de outras legitimidades assentadas fora da idéia de democracia, tais como a de legitimidade feudal, de legitimidade capitalista e a de legitimidade socialista<sup>4</sup>.

Da clássica teoria da legitimidade construída por Max Weber — aqui colhida do manual de Ciência Política do Prof. Paulo Bonavides —, extrai-se a constatação de que a legitimidade de um poder pode ter fundamento na lealdade pessoal e direta dos seguidores (poder carismático), na crença na santidade dos ordenamentos ou dos mandantes (poder tradicional) ou, por último, no estabelecimento de uma regulamentação da autoridade (o poder racional ou legal)<sup>5</sup>. É nessa última modalidade de poder legítimo, típica dos Estados de Direito contemporâneos, que se estabelece a conexão entre os conceitos de legitimidade e de

<sup>2</sup> *Taking Rights Seriously*. 17. reimp. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p.viii.

<sup>3</sup> Nesse sentido, confira-se o verbete *Legitimidade*. LEVI, Lucio. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). *Dicionário de Política*. Brasília, DF: UNB, 1992, 2. v., p. 675: “um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. A crença na Legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no interior do Estado”.

<sup>4</sup> *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 59-61.

<sup>5</sup> *Ciência Política*. 10. ed., rev. a atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 117.

legalidade. Como afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto, na teoria weberiana “a legalidade seria uma legitimidade objetivamente garantida”<sup>6</sup>.

Partindo da idéia de poder legal, isto é, do fato de que é possível aferir a legitimidade do poder com base nas leis estabelecidas, os teóricos do direito e da política procuram traçar as várias inter-relações que se estabelecem entre a legitimidade e a legalidade.

Norberto Bobbio, por exemplo, buscou resumir em três hipóteses essas inter-relações: (1) quando legalidade e legitimidade são consideradas necessárias, mas não suficientes, um poder será tido como justo quando for ao mesmo tempo legítimo quanto ao título e legal quanto ao seu exercício; (2) quando legitimidade e legalidade são consideradas suficientes, mas não necessárias, admite-se que um poder possa ser legítimo sem ser legal (caso dos poderes carismáticos ou religiosos acima referidos) ou legal sem ser legítimo; (3) quando a legitimidade e a legalidade são consideradas simultaneamente necessárias e suficientes, um poder pelo só fato de ser legal será tido como legítimo — segundo o autor, essa modalidade corresponde à teoria weberiana de Estado de Direito — ou pelo só fato de ser legítimo será tido como legal — situação verificada no Estado Absoluto descrito por Thomas Hobbes. Em suma, de acordo com o teórico italiano, no Estado de Direito a partir da concepção de Max Weber, não é necessário que um poder seja legítimo, basta que seja legal. Já no Estado Absoluto, ao contrário, não era necessário que fosse legal, bastava que fosse legítimo.

Nos Estados de Direito contemporâneos, portanto, como a legitimidade de um poder depende da aferição de sua legalidade ou, em outras palavras, se o justo título para o exercício do poder advém de uma atribuição normativa, torna-se relevante perquirir a validade e a justiça das próprias normas jurídicas atributivas do poder. Segundo Bobbio, é nesse ponto que se encontram a teoria do poder e a teoria da norma jurídica<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 7.

<sup>7</sup> *Studi per una Teoria Generale del Diritto*. Ob. cit., p. 82-3.

## 1.1. A LEGITIMIDADE DO DIREITO COMO PRESSUPOSTO DA LEGITIMIDADE DO PODER NO ESTADO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

O encontro entre a teoria do Direito e teoria política suscita uma questão com frequência posta de lado pelos juristas ao longo do século XX: a da legitimidade — ou, assim querendo se designar, da *justiça* — do próprio Direito<sup>8</sup>.

Realmente, se a aferição da legitimidade do exercício do poder no Estado de Direito está condicionada à existência de uma atribuição normativa desse poder, mostra-se relevante verificar se esta norma é, ela própria, justa (ou seja, legítima). Como aferir, todavia, a legitimidade de uma norma jurídica atributiva de poder?

Em regra, as teorias positivistas mais radicais fazem repousar a legitimidade da norma jurídica no exclusivo fato da sua validade. Os jusnaturalistas mais inflexíveis, por oposição, classificam como válida uma norma jurídica apenas pelo fato de sua justiça<sup>9</sup>.

Na verdade, constata-se que, em Direito, os conceitos de validade (legalidade) ou de justiça (legitimidade) das normas não são independentes da posição filosófica adotada pelo jurista em face do ordenamento jurídico. Amplamente difundido no curso do século XX foi o conceito de *validade* na visão da teoria de Hans Kelsen de ordenamento jurídico como sistema de normas. Para H. Kelsen, de fato, “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma”<sup>10</sup>. Nessa concepção, uma norma jurídica é válida pelo simples fato de ser compatível com outra norma que lhe é superior no ordenamento. Assim até que se alcance aquela que seria a norma última, a norma fundamental, que é fonte de toda validade e, por conseguinte, de toda a justiça do ordenamento jurídico e do poder que

<sup>8</sup> A propósito, vale conferir as sempre argutas palavras do Prof. Eros Grau: “A imensa maioria dos estudiosos do direito foge à questão da legitimidade do direito como se diz que do alho foge o vampiro, ou o diabo da cruz. E um dos expedientes mais aprestados a ensejar essa fuga encontra-se na afirmação de que a *legitimidade* está subsumida na legalidade, o que não se pode, contudo, logicamente sustentar”. *O Direito Positivo e o Direito Pressuposto*. Ob. cit., p. 57.

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. *Studi per una Teoria Generale del Diritto*. Ob. cit., p. 84-5.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes: 1998, p. 215.

dele emerge<sup>11</sup>. Com isso, o positivismo, na sua feição kelseniana, mostra uma absoluta indiferença em relação ao conteúdo das normas jurídicas, interessando-se tão-somente pelo seu caráter de validade formal.

Por oposição, para os jusnaturalistas, toda a justiça do ordenamento jurídico repousa em valores que lhe são superiores e externos a cuja observância está atrelado. Basta, pois, a fim de aferir a legitimidade das normas e, por conseguinte, a sua validade, que elas sejam confrontadas com tais valores: se os representarem ou incorporarem, então o Direito é justo e válido; caso contrário, não há legitimidade, nem validade.

Sucedo, no entanto, que nem a legitimidade das normas na ótica positivista, nem aquela sob o ponto de vista jusnaturalista dão conta de resolver satisfatoriamente o problema da legitimidade do Direito.

Realmente, segundo mais uma vez destaca N. Bobbio, a teoria normativa de Kelsen, além do defeito de deixar na sombra a face do poder no ordenamento jurídico, apresenta a enorme dificuldade que é justificar a própria existência da norma fundamental. A norma fundamental serviria como o fundamento do poder último. Já o próprio fundamento dessa norma, como não pode decorrer de outra norma, seria a sua eficácia, ou seja, a sua observância. Todavia tal construção teórica apenas esconde o fato de que o poder último, pelo só fato de que é obedecido, não precisa de legitimação jurídica alguma, porque legitimado em sua própria existência<sup>12</sup>.

As teorias jusnaturalistas de legitimação do ordenamento jurídico apresentam, por seu turno, dois conhecidos pecados capitais que tornam muito difícil a sua aceitação incondicional nos dias de hoje. O primeiro é a perda de especificidade da própria noção de Direito, que, transformada na mera repetição de uma ordem de valores transcendente, resta

<sup>11</sup> Kelsen, Hans, *Ob. cit.*, p. 236: "fundamento de validade, isto é, a resposta à questão de saber por que as normas desta ordem jurídica devem ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta e, portanto, em harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes".

<sup>12</sup> *Studi per una Teoria Generale del Diritto*. *Ob. cit.*, p. 86.

pouco diferenciada da idéia de Moral<sup>13</sup>. O segundo, decorrente do primeiro, é o defeito da indeterminação de seu conteúdo, já que não se pode predeterminar que, em todo o lugar ou momento histórico, os valores existentes numa sociedade apresentem o caráter de uniformidade capaz de garantir os mecanismos de coesão e coerção de um determinado grupo social. Como destaca Niklas Luhmann no prefácio de seu famoso estudo sobre a legitimação do ordenamento jurídico, vive-se em uma sociedade "que já não legitima o seu direito por meio de verdades invariáveis existentes"<sup>14</sup>.

Por isso, há que se reconhecer que a necessidade de uma legitimidade racional alcançada através da legalidade, como assinalado no fim dos anos sessenta pelo próprio N. Luhmann, não pode ser afastada. Apenas necessita de melhor justificação ou explicação.

## 1.2. SOBRE O FUNDAMENTO DA LEGITIMIDADE DO DIREITO

Diante da conclusão de que nem o positivismo kelseniano, nem o jusnaturalismo conseguem solucionar adequadamente o problema da legitimação das normas jurídicas e, por conseguinte, do Direito, volta-se a perguntar: qual ou quais seriam os reais fatores para uma adequada legitimação do Direito nos Estados de Direito Contemporâneos?

Ainda dentro da ótica positivista que o inspira, Norberto Bobbio, no texto já antes citado, busca construir uma explicação para o fundamento da legitimidade do Direito dentro do próprio ordenamento jurídico, recorrendo ao conceito de eficácia da norma jurídica. A eficácia da norma, para o autor italiano, pode ser suficiente para convalidá-la, assim como pode constituir um argumento a favor da respectiva justiça (legitimidade). A obediência à norma, com efeito, pode operar como a melhor prova de sua legitimidade ou, conforme diz textualmente o autor, "um ordenamento é tanto mais eficaz quanto mais justo, isto é, quanto mais corresponde às necessidades e às aspirações dos cidadãos"<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Nesse sentido, v. CABRAL DE MONCADA, Luís S. Os Princípios Gerais de Direito e a Lei. In: *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 375: "A moral serve de referência ao direito mas não o condiciona integralmente. É isto o que falta ao idealismo jusnaturalista: a noção de que o direito é (também) inequivocamente constituído pela sua positividade. O jusnaturalismo resolveu muito bem a questão da fundamentação do direito, mas fê-lo à custa da perda da respectiva especificidade, transformando-o na repetição de uma ordem de valores transcendente obtida por revelação ou por evidência e educação racionais, mas sempre sem identificar claramente o que o diferencia. A breve trecho, o direito, para não perder ligações à moral, está, tal como esta, a alienar-se numa ontologia transcendente."

<sup>14</sup> *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília, DF: UNB, 1980, p. 8.

<sup>15</sup> *Studi per una Teoria Generale del Diritto*. *Ob. cit.*, 89-92.

Eros R. Grau, em sentido oposto, rechaça a possibilidade de se apreciar a legitimidade do Direito a partir de um ângulo interno ao ordenamento. Ao ver do autor, o fundamento dessa legitimidade estaria na *autoridade*. De fato, diz o professor paulista que “direito legítimo é o produzido com *autoridade*, de modo a expressar os padrões de cultura, ou seja, os sentidos (princípios, digo-o agora) forjados pela sociedade, como expressões das aspirações e rumos que ela, sociedade, pretende seguir. (...) Diremos, então, que um direito posto é legítimo quando permite o pleno desenvolvimento das forças materiais produtivas, em determinada sociedade (...) inúmeras vezes, um direito legítimo é precisamente o que instrumenta dominação de classe e justifica a titularidade do poder por essa mesma classe”<sup>16</sup>.

Em semelhante direção, Diogo de Figueiredo Moreira Neto acredita que o fundamento da legitimidade tanto no Direito, como na Política, estaria no conjunto de valores aceitos pela sociedade e objetivados na legalidade, capazes de gerar um poder social que minimiza a necessidade do exercício da força<sup>17</sup>.

As opiniões acima reproduzidas espelham, de alguma forma, o pensamento das modernas Teoria do Direito, Sociologia e Ciência Política a propósito do tema da legitimidade do Direito. Nesse campo, especialmente, a discussão em torno da necessidade de reforçar a legitimação do Direito para aumentar a legitimação do próprio poder estatal tem girado em torno de duas questões: a necessidade de reforço dos procedimentos democráticos e o papel dos princípios jurídicos.

### 1.3. A CRISE DA LEI FORMAL COMO PRINCIPAL FONTE DE LEGITIMAÇÃO DO DIREITO

Até a segunda metade do século XX, os debates em torno da legitimação do Direito praticamente não se punham. Desde as Revoluções Liberais do fim do século XVIII e do surgimento da idéia do Estado Democrático de Direito, a *lei* era considerada como o veículo de legitimação por excelência do Direito. Assim não tanto em função do seu papel

<sup>16</sup> *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. Ob. cit., p. 60-1.

<sup>17</sup> *Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade*. Ob. cit., p. 8-9.

formal de norma criadora do Direito, mas sobretudo em virtude da crença geral de que a lei, fruto da atividade do Parlamento, representava a expressão da vontade geral. A lei qualificava-se, então, como o instrumento ótimo para que fosse colhida a adesão da sociedade às decisões políticas expressadas na norma. O processo parlamentar de elaboração da lei gerava uma crença na justiça e na virtude da lei<sup>18</sup>. Portanto, a legitimação do Direito decorria do procedimento democrático de elaboração da lei.

Sucedem, todavia, que, justamente na segunda metade do século XX, vários fatores contribuíram para que houvesse a desvalorização da lei como principal instrumento de legitimação do Direito.

Em primeiro lugar, como antes já se destacou, há que se mencionar o desenvolvimento do positivismo normativista, que atribuiu à lei um significado meramente formalista. Pela ótica do positivismo, para que um ato normativo adquirisse o *status* de lei, era bastante a observância do procedimento formalmente prescrito nas normas superiores para sua produção, independentemente do conteúdo veiculado na norma e da participação democrática na sua formulação. Associada, assim, a um processo meramente formalista, a lei perdeu a aura de superioridade moral que havia incorporado com a Revolução Francesa. A lei ficou desvinculada do caráter de Justiça que nela se identificava.

Ao lado desse fator de ordem jurídico-filosófica, razões políticas também explicam que a lei tenha perdido o posto de meio por excelência de legitimação do Direito. Aos poucos, de fato, a lei foi perdendo a sua característica de meio de expressão da vontade geral. Em primeiro lugar, porque as maiorias parlamentares, freqüentemente, limitam-se a representar as diversas categorias de interesses sociais com capacidade para influir no processo político. Estabelece-se, pois, uma verdadeira luta desses interesses pela lei, o que, em última análise, “vai repercutir no desprestígio da própria lei”<sup>19</sup>. Além do mais, é fato que o processo legislativo, mundo afora, vem sendo amplamente dominado pelo Executivo<sup>20</sup>, seja através das reservas de iniciativa para a apresentação de projetos nas principais matérias, seja

<sup>18</sup> A propósito, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Princípio da Legalidade. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, vol. 10, 1977, p. 14-7.

<sup>19</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Princípio da Legalidade. Cit., p. 14-7.

<sup>20</sup> Cf. CRAIG, Paul Peter. *Administrative Law*. London: Sweet & Maxwell, 1999, p. 76 e ss.

pela formação de amplas bases de sustentação parlamentar do Governo que, por meios legítimos ou não, garantem a aprovação de projetos governamentais.

Não há que se ignorar, ainda, que, afora o Parlamento, ocorreu uma significativa multiplicação dos centros de decisão dentro do próprio Estado. Em alguns ordenamentos, vêm coexistindo inúmeros organismos e entidades dotados de poder normativo autônomo. As normas editadas por esses centros autônomos de *poder* influenciam diretamente o cotidiano dos cidadãos independentemente de qualquer predeterminação legal por parte do Parlamento. Apenas para ficar em alguns exemplos, invoca-se, no ordenamento jurídico brasileiro, os casos do Banco Central e do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA e, no direito norte-americano, o das chamadas agências independentes.

Por último, a progressiva complexidade da vida moderna e a substancial diversificação do papel do Estado no correr dos últimos cinquenta anos — distanciando-o do modelo estatal liberal — têm provocado uma inflação legislativa. Ainda persistindo a lei como a principal fonte de direito, a demanda por legislação provocou uma explosão de leis. Banalizou-se a lei e, com isso, esmaeceu-se o sentimento de respeito e estabilidade que inspirava<sup>21</sup>.

#### 1.4. A LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO

Diante do cenário descrito acima, no qual se vislumbrou a incapacidade, ou, ao menos, a insuficiência da lei para funcionar como único veículo de legitimação do Direito, merece registro, pelo prestígio e repercussão alcançados, a teoria da legitimação pelo procedimento desenvolvida por Niklas Luhmann em obra com esse título publicada originalmente em 1969.

<sup>21</sup> Mais uma vez, nesse sentido, veja-se a lição de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO. O Princípio da Legalidade. Cit., p. 17: "A lei, com essa multiplicação, perde a sua majestade; em lugar de poucas leis, passa-se a ter muitas; em lugar de leis que traduzam a Justiça e disciplinem o fundamental, temos normas com o nome de leis, criadas ao sabor das maiorias modificadas ao sabor das maiorias; normas que se alteram de instante a instante, sem permanência na realidade e na consciência dos cidadãos." No mesmo sentido, leciona Almiro do Couto e SILVA. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista de Direito Público*, vol. 84, 1988, p. 53. O autor destaca, ainda, como fator de enfraquecimento da lei "a complexidade de problemas técnicos, principalmente econômicos, objeto de legislação", o que "dá a oportunidade a que muitos textos legais se tornem inteligíveis apenas para os iniciados, perdendo a linguagem jurídica a austera simplicidade que, nos diferentes períodos históricos, quase sempre a caracterizou".

Para o sociólogo alemão, o desenvolvimento dos meios procedimentais de tomada de decisões no âmbito estatal (judiciário, legislativo e administrativo) — desde que adequadamente construídos a partir de alguns parâmetros, especialmente o da participação dos cidadãos —, pode "contribuir ou mesmo levar à legitimação de opções obrigatórias do ponto de vista jurídico"<sup>22</sup>.

Conforme assinala N. Luhmann:

*"Na medida em que cresce a complexidade da sociedade no decurso do progresso civilizacional, aumentam os problemas carecendo de solução e, portanto, têm que se ultrapassar as formas mais antigas de acordo espontâneo e confirmação do que é exato. Essas formas são substituídas por mecanismos generalizados. (...) Por conseguinte, partindo dum determinado limite de desenvolvimento, tem de se procurar quantitativamente outras formas de legitimação de decisões. Devido à elevada complexidade e variabilidade do sistema social da comunidade, a legitimação do poder político já não pode ceder a uma moral apresentada de forma natural. É portanto legítimo, como Bourricard oportunamente formula, um poder que aceita ou até institui o seu próprio processo de legitimação. (...) A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das possibilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento de consenso. Os procedimentos encontram como que um reconhecimento generalizado, que é independente do valor do mérito de satisfazer a decisão isolada, e este reconhecimento arrasta consigo a aceitação e consideração de decisões obrigatórias."*<sup>23</sup>

Veja-se que, para Luhmann, a legitimação do Direito que pode ser obtida através de procedimentos não decorre da produção de um consenso entre as partes, mas sim — como destaca Tércio Sampaio Ferraz Jr. no prefácio à edição brasileira da referida obra alemã —, do fato de se tornarem "inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam as decisões (...) sendo a função de uma decisão

<sup>22</sup> Niklas LUHMANN. Ob. cit., p.7.

<sup>23</sup> *Legitimação pelo Procedimento*. Ob. cit., p. 31/3.

absorver ou reduzir insegurança, basta que se contorne a incerteza de qual decisão ocorrerá pela certeza de que uma decisão ocorrerá, para legitimá-la.<sup>24</sup>

## 2. LEGALIDADE E PRINCÍPIOS JURÍDICOS

### 2.1. OS PRINCÍPIOS COMO FONTES DE LEGITIMAÇÃO DO DIREITO

A par das formas procedimentais comunicativas, um outro filtro de legitimação para o Direito contemporâneo, hoje largamente reconhecido, são os valores integrantes do ordenamento jurídico revelados através dos chamados princípios jurídicos.

As modernas Teoria e Filosofia do Direito vêm assentando o entendimento de que a orientação do intérprete e do aplicador do Direito pelos princípios encontráveis no ordenamento jurídico, sobretudo pelos princípios constitucionais, confere maiores bases de legitimação para as escolhas efetuadas<sup>25</sup>. Como destaca Luís S. Cabral de Menezes, o recurso aos princípios gerais é necessário "não apenas para solucionar questões com ou sem tratamento positivo completo, mas também para reformular soluções impregnando-as de nova e acrescida legitimidade"<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Legitimação pelo Procedimento. Ob. cit., p. 4-5. Prossegue, ainda, Tércio Sampaio FERRAZ JR.: "Luhmann concebe a legitimidade como uma ilusão funcionalmente necessária, pois se baseia na ficção de que existe a possibilidade de decepção rebelde, só que esta não é, de fato, realizada. O direito se legitima na medida em que os seus procedimentos garantem esta ilusão."

Acerca da temática da legitimação do Direito por meio do desenvolvimento dos procedimentos, há que se mencionar, igualmente, o ensaio de Jürgen HABERMAS, *Legitimation Crisis*, no qual o autor expressamente questiona alguns aspectos da teoria de N. Luhmann, dela dissentindo na medida em que entende que os procedimentos, para serem aptos a gerar a legitimação das decisões ao seu final adotadas, devem respeitar algumas bases específicas, tais como os pressupostos comunicativos e de formação democrática da opinião. J. HABERMAS retorna ao tema, ainda, mais especificamente, em *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

Registro, ainda, como referência à tese de que o desenvolvimento adequado de procedimentos é capaz de assegurar a legitimação das decisões adotadas, o substancial trabalho do Professor de Oxford Denis J. GALLIGAN. *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 47: "O principal valor do *procedimentalismo* é a resolução de questões com uma estrutura procedimental especial, onde o envolvimento das partes, o elevado grau de racionalidade e o elemento de consenso são reunidos em um todo convincente. O grande benefício para a sociedade é a resolução de questões difíceis sem recurso a parâmetros formulados antecipadamente e o fato de que a solução alcançada tem uma grande força legitimadora."

<sup>25</sup> Trata-se do reconhecimento de que os princípios operam como fonte de legitimação do Direito e de que é possível resolver as dificuldades de justificação do poder discricionário, judicial e administrativo, com a sua vinculação aos princípios constitucionais. Ver em J. HABERMAS, *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*. Ob. cit., vol. I, p. 235.

<sup>26</sup> Os Princípios Gerais de Direito e a Lei. Cit., p. 374.

Mas com que base sustentam os teóricos que há maiores chances de legitimação em um Direito informado por princípios do que em um Direito amparado tão somente em regras positivadas?

A resposta advém do fato de que os princípios jurídicos, tal como têm sido afirmados desde a segunda metade do século XX, exprimem a síntese dos valores fundantes de um determinado ordenamento jurídico. Os princípios apresentam-se como "os pensamentos diretores de uma regulação jurídica"<sup>27</sup> e, nessa condição, conferem um substrato axiológico ao intérprete e ao aplicador do Direito de modo que se lhes permita extrair da norma uma solução justa para cada caso<sup>28</sup>. Segundo Karl Larenz, "se os princípios de Direito positivo são pensamentos diretores e causas de justificação de uma regulação, tem que subjazer sob eles um pensamento mais justo e têm que servir ao menos como indicadores dos princípios de Direito justo"<sup>29</sup>.

Registre-se que não são quaisquer valores transcendentais que podem almejar o seu reconhecimento como princípios jurídicos. O retorno aos postulados jusnaturalistas não está em causa na moderna principiologia jurídica. Ao contrário, somente logram alcançar a qualificação de princípios jurídicos aqueles valores eleitos através de processos históricos ou racionais e que, a partir daí, passam a ser encontráveis, explícita ou implicitamente, dentro do próprio ordenamento. Como leciona o administrativista espanhol Juan A. de Santamaría Pastor, de início os princípios são cunhados pela doutrina e pela jurisprudência e após, excepcionalmente, são positivados nas normas escritas, uma vez que adquiram suficiente generalidade e solidez. A doutrina e a jurisprudência, por sua vez, os extraem ou abstraem, por indução, de soluções contidas em uma pluralidade de regras escritas, tirante, é claro, aqueles advindos do direito romano. Há, ainda, alguns princípios que se apresentam como imperativos universais comuns à humanidade civilizada, sendo provenientes de uma tradição cultural determinada<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Karl LARENZ. *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1983. p. 32.

<sup>28</sup> Nesse sentido, Juan Alfonso de SANTAMARIA PASTOR. *Princípios de Derecho Administrativo*. 3.ed. M. CEURA, 2000. vol.1, p. 164.

<sup>29</sup> *Derecho Justo*. Ob. cit., p. 34.

<sup>30</sup> *Princípios de Derecho Administrativo*. Ob. cit., p.162-3.

## 2.1. OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO NORMATIVISTA

O retorno da teoria do Direito ao problema da fundamentação axiológica, ética e moral, das normas jurídicas há de ser atribuído sobretudo à necessidade de superação das limitações que haviam sido provocadas pelo positivismo normativista. Como assinalou, com agudeza, Josef Esser, um dos precursores da chamada *jurisprudência dos princípios* no direito alemão:

*“Han sido realmente necesarias las commociones de la última guerra y posguerra para que la jurisprudencia se diera cuenta de que los ‘meros conceptos jurídicos’ y el ‘sistema’ positivo no están en situación de suministrar ningún criterio de valor aplicable a tareas no conocidas o no reconocidas hasta ahora? Ningún jurisconsulto experimentado ha dejado de ver nunca que la ‘armadura lógica de la ley sólo conduce hasta el punto .... en que surgen las cuestiones de valor decisivas’, para las cuales ‘la ponderación de los intereses no es ninguna varilla mágica’, si faltan los principios a que esta ponderación debe subordinarse”*<sup>31</sup>.

Registre-se que a reabilitação dos valores como elementos fundantes e legitimadores do ordenamento jurídico operou-se, sobretudo, pela via do constitucionalismo<sup>32</sup>. As Constituições do Segundo Pós-Guerra incorporaram, expressa ou implicitamente, inúmeros desses valores sob a forma de princípios. Tais princípios, a seu turno, por serem dotados de uma estrutura normativa muito mais aberta e suscetível de preenchimento do que as regras, permitem a irradiação das decisões fundamentais do constituinte por todo o ordenamento jurídico.

## 2.3. A CONTROVERTIDA NATUREZA JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Nesse ponto, convém enfrentar a tormentosa questão da natureza jurídica dos princípios, acerca da qual, a despeito do muito que se tem escrito sobre o tema, ainda não há consenso doutrinário.

<sup>31</sup> *Principio y Norma en la Jurisprudencia del Derecho Privado*. Barcelona: Bosch, 1961, p. 6.

<sup>32</sup> Embora, atualmente, seja preciso reconhecer que a revalorização dos princípios transcende ao constitucionalismo, encontrando uma expressão ainda maior no âmbito do direito comunitário europeu, praticamente construído ao redor de princípios. Cf., a propósito, Fausto QUADROS. *A Nova Dimensão do Direito Administrativo: O Direito Administrativo português na perspectiva comunitária*. Coimbra: Almedina, 1995., p. 19-20.

Há autores, como o espanhol J. A. de Santamaría Pastor, que reconhecem nos princípios uma categoria heterogênea, capaz de congrega regras de diversas naturezas e funções, tais como diretrizes políticas, regras de estruturação normativa, regras de justiça, regras éticas, interpretativas, axiomas lógicos *etc.*<sup>33</sup>.

Sobre o tema da natureza dos princípios jurídicos, alcançou ampla repercussão e acolhida nos meios acadêmicos — incluindo os brasileiros — o trabalho escrito no final dos anos setenta por Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Nessa obra, o autor se ocupa de demonstrar a natureza de norma legal obrigatória dos princípios jurídicos. Com efeito, a fim de permitir a solução, dentro do Direito, dos chamados casos difíceis — aos quais nenhuma regra de Direito se aplica ou para os quais concorrem, simultaneamente, duas regras em sentido contraposto — R. Dworkin advoga o reconhecimento de que os princípios devem ostentar tanto caráter normativo quanto as regras. Apenas, segundo o autor, princípios e regras apresentam uma diferente dimensão de aplicação: enquanto as regras são aplicadas no modelo do tudo ou nada (ou os fatos se subsumem à hipótese da regra ou a regra não se aplica), os princípios admitem uma ponderação segundo o seu peso ou importância específica para cada caso. Princípios e regras, assim, se apresentariam como espécies do gênero *norma jurídica*. Com isso, segundo R. Dworkin, afasta-se o argumento da discricionariedade judicial empregado pelos autores positivistas para permitir a solução dos casos difíceis antes referidos, para os quais o positivismo jurídico, dentro de sua idéia de ordenamento jurídico como sistema de regras, não oferece resposta<sup>34</sup>.

Dentre os autores que atribuem aos princípios jurídicos a natureza de norma jurídica, mencione-se o próprio Josef Esser já antes citado, que redigiu pioneira obra sobre o tema<sup>35</sup>, Norberto Bobbio<sup>36</sup> e Eduardo García de Enterría<sup>37</sup>. No direito brasileiro,

<sup>33</sup> *Principios de Derecho Administrativo*. Ob. cit., p.161.

<sup>34</sup> *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1999 (ano da 17ª reimpressão), p. 22-8.

<sup>35</sup> *Principio y Norma en la Jurisprudencia del Derecho Privado*. Ob. cit..

<sup>36</sup> *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, DF: UNB/Polis, 1991, p. 158: “Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras.”

<sup>37</sup> *Curso de Derecho Administrativo*. 9. ed. Madrid: Civitas, 1999, vol. I, p. 79 e ss.

especialmente enfática na defesa da natureza normativa dos princípios, invoca-se, mais uma vez, a doutrina de Eros Roberto Grau, forte na adesão às teses de R. Dworkin<sup>38</sup>.

Discorrendo sobre a natureza jurídica dos princípios e a sua correlativa força obrigatória, Margarida Beladiez Rojo sustenta, todavia, a irrelevância prática da perquirição em torno do caráter normativo ou não dos princípios jurídicos, porque tal conclusão vai depender da concepção de norma jurídica que se adote. Ao ver da autora espanhola, o importante é considerar que os princípios se caracterizam por ser um tipo de prescrição jurídica com uma estrutura peculiar: não são uma proposição jurídica. Além de carecerem de um pressuposto de fato, não predeterminam uma sanção pelo seu descumprimento. Desse modo, prossegue a autora, a consequência de seu descumprimento não pode ser outra que não aquela genericamente estabelecida para os atos que infringem o ordenamento jurídico: a invalidez<sup>39</sup>.

## 2.4. OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E A LEGALIDADE MATERIAL

Um último tópico que parece relevante tratar refere à alteração no conteúdo do princípio da legalidade, em especial no princípio da legalidade administrativa, em função do reconhecimento do caráter normativo ou, ao menos, do caráter obrigatório e vinculante dos princípios jurídicos.

Importa aqui investigar, na verdade, se os princípios são capazes, ou não, de substituir a lei como parâmetro de vinculação geral e, em especial, como parâmetro de vinculação da atividade administrativa.

Tratando do tema, o professor português Luís S. Cabral de Moncada demonstra que a relevância do papel dos princípios nos ordenamentos jurídicos

<sup>38</sup> *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>39</sup> *Los Principios Jurídicos*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 83.

contemporâneos inaugura um novo conceito de legalidade material ou substancial. Nessa legalidade material, “o recurso aos valores serve para melhorar a qualidade axiológica da lei, não para afastar, a não ser em casos patológicos”<sup>40</sup>. Sustenta, por isso, que os princípios gerais não podem operar de forma a substituir a lei na vinculação da atividade administrativa. Não haveria, a seu juízo, que se substituir o conceito de princípio da legalidade por um mais amplo princípio da juridicidade:

*“Pelo que toca à aplicação da lei, o papel respectivo [dos princípios jurídicos] é consequentemente complementar, o que quer dizer que apenas abrilhantam a vinculação que para a administração da lei já decorre permitindo reforçar o seu conteúdo axiológico ou seja, a legitimidade que lhe assiste (...) Fica de pé a vinculação à lei sucedendo apenas que o percurso que vai da premissa para a solução do caso concreto conhece outras paisagens para além do texto seco da lei, transcrito nos diários oficiais. Poderá, em síntese, dizer-se que o conjunto das normas positivas constitui o sistema de legalidade que vincula a aplicação do direito, mas para que a legalidade se não transforme na idolatria da burocracia estatal, é preciso que ela se legitime, ou seja, que veicule elementos de justiça material (...), assim concretizando certos princípios gerais.”*

A noção de legalidade material decorrente do novo constitucionalismo de princípios não é desconhecida no direito brasileiro. Odete Medauar, por exemplo, acentuando a nova realidade normativa inaugurada com as Constituições do Segundo Pós-Guerra afirma o novo caráter material do princípio da legalidade administrativa, assentado “em bases valorativas, ‘amarrando’ a Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento”<sup>41</sup>. No mesmo diapasão, invoca-se ainda, mais uma vez, a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem “é preciso ter em mente que a legalidade deve ser entendida sempre no sentido amplo, de submissão ao Direito, em todas as suas expressões”<sup>42</sup>.

## 3. CONCLUSÕES

Ao longo deste estudo procurou-se sublinhar as relações que, no Direito contemporâneo, imbricam as noções de legalidade, de legitimidade e de princípios jurídicos

<sup>40</sup> *Os Princípios Gerais de Direito e a Lei*. Cit., p. 426.

<sup>41</sup> *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 145.

<sup>42</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 62.



Evidenciou-se, assim, que a legitimidade do poder, na concepção weberiana de Estado de Direito, tem como pressuposto a legitimidade do Direito em que se funda. Nos dias atuais, todavia, o fundamento da legitimidade do Direito não pode mais ser buscado isoladamente na lei. Ao contrário, diante da crise de legitimidade por que passa a lei formal, faz-se necessário estabelecer novos filtros de legitimação para o Direito. Tal função pode ser exercida pelos procedimentos racionalmente construídos para atender a parâmetros de democracia e pelos princípios jurídicos. Especialmente quanto aos princípios jurídicos, sua aplicação mostra-se apta a responder aos anseios de Justiça da sociedade, inaugurando, assim, um novo conceito de legalidade material.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. *Studi per una Teoria Generale del Diritto*. Torino: Giappichelli, 1970.
- . *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, DF: UNB/Polis, 1991.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CRAIG, Paul Peter. *Administrative Law*. 4. ed. London: Sweet & Maxwell, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 17. reimpr. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- ESSER, Josef. *Principio y Norma en la Jurisprudencia del Derecho Privado*. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Princípio da Legalidade. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, vol. 10, 1977, p. 9-20.
- GALLIGAN, Denis J. *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*. 9. ed. Madrid: Civitas, 1999. 2 t.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

———. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Legitimation Crisis*. Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1975.

———. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamgo. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

———. *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985, p. 32-9

LEVI, Lucio. Legitimidade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale et al.. Brasília, DF: UNB, 1992, 2. v., p. 675-679.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação Pelo Procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília, DF: UNB, 1980.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes: 1998.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MONCADA, Luís S. Cabral de. Os Princípios Gerais de Direito e a Lei. In: *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

———. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

QUADROS, Fausto de. *A Nova Dimensão do Direito Administrativo: O Direito Administrativo Português na Perspectiva Comunitária*. Coimbra: Almedina, 1999.

ROJO, Margarita Beladiez. *Los Principios Jurídicos*. Madrid: Tecnos, 1994.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan, Alfonso de. *Principios de Derecho Administrativo*. 3.ed. Madrid: CEURA, 2000. 2 v.

SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista de Direito Público*, vol. 84, 1988, p. 46-63.