o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si"[54].

Por fim, afirma PAULO DE BARROS CARVALHO:

> *"Tratando-se de ente de complexidade máxima, como a estrutura mais elaborada do universo das formas lógicas, o sistema é a "forma das formas" a que Husserl se refere. Ora, pensando assim, alguns lógicos reivindicam ser ele o sentido primitivo, a significação de base, _refutando, em linguagens com pretensão de univocidade (como as científicas), todas aquelas acepções que escapam do plano formal, aplicando-se ao mundo dos bens meramente físicos ou da região ôntica dos objetos culturais. Em discurso científico, portanto, não seria recomendável, em obséquio à precisão da mensagem expositiva, o emprego do termo para designar, por exemplo, o sistema nervoso, o sistema solar etc. A concepção é sobremaneira radical, implicando redução inaceitável do*

---

[54] BOBBIO, Norberto, *op.cit.*, p. 71. No mesmo sentido preleciona Roque Antonio Carrazza: "*Sistema, pois, é a reunião ordenada das várias partes que formam um todo, de tal sorte que elas se sustentam mutuamente e as últimas explicam-se pelas primeiras.*" (*Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 30)

espectro semântico da palavra. Por mais importante que seja o sentido do vocábulo para a Lógica, o uso reiterado da comunidade dos que lidam iterativamente com nosso idioma tem sufragado outras proporções significativas, de modo que tais acepções não podem ser ignoradas. A dimensão pragmática da linguagem, aliás, onde se estudam as relações dos signos com seus utentes, é o campo próprio para a solução dos problemas semânticos. Sendo assim, devemos ater-nos à significação de base que mencionamos, procurando examinar, na palavra "sistema", quais as possibilidades de uso que o idioma nos oferece para expressar a conjunção de elementos governados por uma idéia comum." (CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo, 12ª ed., Saraiva, 1999, p.128-129).

2.4.1 **Sistema do direito positivo**

Sistema jurídico é expressão ambígua, podendo designar tanto o sistema da Ciência do Direito

como o do direito positivo. O direito positivo[57] compõe-se de enunciados prescritivos (de mesma natureza, o que lhe garante homogeneidade) organizados de forma hierarquizada a partir de uma norma fundamental pressuposta que o fundamenta (e que lhe confere unidade), o que permite afirmar a condição de sistema[58].

O sistema jurídico positivo, corpo de linguagem prescritivo, tem como particularidade a

---

[57] Ou seja, "*conjunto de enunciados prescritivos que se projetam sobre a região material das condutas interpessoais*" (CARVALHO, Paulo de Barros, *Curso de Direito Tributário*, p. 127).

[58] No que se refere à coerência do sistema de direito positivo, cabe trazer a ressalva de Lourival Vilanova: "*É patente que o ser sistema é a linha tendencial do ordenamento jurídico positivo, em seu processo de racionalização. O sistema é o caso limite, o tipo ideal ou modelo de que o tipo empiricamente obtido se aproxima. A axiomatização do sistema jurídico positivo requer uma tipificação que a realidade não confirma. Os sistemas jurídicos abrigam normas incompatíveis, formalmente contraditórias, normas contrariando normas, isto é antinomia.*" (*As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, p. 298). A coerência não é essencial nos sistemas empíricos: "*Num sistema formal, duas proposições contraditórias não podem ambas ser falsas. Resta uma verdadeira e, por isso, o sistema é completo. Num sistema empírico de p-normativas, como o do direito positivo, é possível p-normativas contraditórias, ambas válidas - o que, como vimos, escapa à lei-de-não-contradição -, ou ambas não-válidas - o que escapa à lei lógica de exclusão-de-terceiro (...) A existência de normas contraditórias é problema empírico - e não lógico - ,historicamente contingente, dependente da fonte técnica de criação normativa do sistema.(...)*

Assim sendo, nem a lei de não-contradição garante a consistência dos sistemas jurídicos positivos, nem a lei-de-terceiro-excluído garante a completude dos mesmos. É que os sistemas jurídicos são sistemas empíricos de normas de conduta, não sistemas de proposições cognoscentes da realidade. Resta tão-só a unidade, que é conferida pelo comum fundamento-de-validade de todas as normas.". (*op. cit.*, p. 307-308).

estrutura hierarquizada de suas normas, em que cada norma funda-se, material e formalmente, em normas superiores, até a norma fundamental pressuposta, e na qual derivam das normas superiores, material e formalmente, normas inferiores.

O sistema do direito positivo é integrado por dois tipos de normas: as de comportamento (visam regular as condutas intersubjetivas), e as de estrutura (dispõem sobre os órgãos, procedimentos e modo por que as normas jurídicas devem ser criadas, transformadas ou expulsas do sistema jurídico).

As regras de comportamento estampam o dever-ser modalizado em permitido, obrigatório ou proibido[59]. Já as regras de estrutura têm o dever-ser sem modalização, em estado neutro; não sendo regras reguladoras diretas da conduta humana intersubjetiva, não cabe indagar-se sobre o seu cumprimento ou descumprimento.

Como todas as normas do sistema convergem para a norma fundamental, que dá o fundamento de validade da ordem positiva, tem-se o caráter unitário do sistema jurídico positivo. Embora haja multiplicidade de normas, como são todas entidades da mesma índole, o sistema é homogêneo. Assim, o sistema

---

[59] ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, Maria Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. *Lógica, proposición y norma*, p. 119.

do direito positivo é empírico, unitário e homogêneo. Ressalte-se que os fatos, nos eventos da natureza, conectam-se por uma relação de causa e efeito (princípio da causalidade), enquanto que o liame entre o fato jurídico e as suas conseqüências é regrado pelo princípio da imputação, isto é, o legislador imputa conseqüências jurídicas aos eventos sociais que elege como relevantes para a regulação das condutas intersubjetivas.

A análise do ordenamento jurídico pode ser feita de maneira estática - nomoestática (as normas são analisadas em um determinado instante, em suas relações de coordenação e subordinação dentro da estrutura do sistema), ou dinâmica - nomodinâmica (a análise refere-se às alterações do sistema, quer com a criação de novas normas, quer com as suas transformações internas).

A Constituição é "um sistema de normas que aspira a uma unidade de sentido e de compreensão", o que somente pode ocorrer por meio de princípios, "continuamente revistos, recompreendidos e reexpressos pelos intérpretes e aplicadores do Texto Magno. Ou seja, a análise estruturadora sistêmica é necessariamente aberta, visto que, não raramente, normas e princípios estão em tensão e aparentam conflito" (DERZI, Misabel Abreu Machado. *A*

irretroatividade do direito no direito tributário. in Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo, Malheiros, 1997, vol. I, pág. 210).

2.5.Princípios constitucionais eleitorais, penais e processuais penais.

O termo "princípio jurídico" admite várias acepções[60]. Para a escola jusnaturalista, os princípios jurídicos seriam o fundamento do direito positivo e estariam no universo do direito natural[61]. Já para a escola positivista, o princípio jurídico

---

[60] *"A palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo, de início. Norma de princípio (ou disposição de princípio), por exemplo, significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as normas de princípio institutivo e as de princípio programático. Não é nesse sentido que se acha a palavra princípios da expressão princípios fundamentais do Título I da Constituição. Princípio aí exprime a noção de "mandamento nuclear de um sistema""* (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*, p. 95).

[61] *"O direito natural é, pois, o critério que permite valorar o direito positivo e medir a sua intrínseca Justiça. Se o direito positivo contrasta com o natural, este mantém todavia a sua peculiar maneira de ser, e, portanto, a sua específica validade de critério ideal ou deontológico.(...) Podemos concluir, pois, dizendo que, embora a concreta estrutura do direito positivo traga restrições ou alterações aos princípios do direito natural, nem assim estes perdem todo o seu valor, quer em si, quer para a ordem positiva. Demonstra-o o facto, que deixamos apontado: a sua aplicação indirecta na medida em que a juridicidade natural é reconhecida para certos efeitos das normas vigentes, a título de complemento da juridicidade positiva."* (DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*, p. 582-586)

seria uma norma jurídica positivada, dotada de algumas características[62].

De qualquer maneira, conquanto o componente axiológico esteja sempre presente nas normas jurídicas, em maior ou menor intensidade, o termo "princípio"[63] jurídico, como anota Paulo de Barros

---

[62] Kelsen distingue, de modo categórico, os valores que expressam os princípios de direito e as normas: "*Como princípios do 'Direito' podem-se indicar os princípios que interessam à Moral, Política ou Costume, só enquanto eles influenciem a produção de normas jurídicas pelas competentes autoridades do Direito. Mas eles conservam seu caráter como princípios da Moral, Política ou Costume, e precisam ser claramente distinguidos das normas jurídicas, cujo conteúdo a eles corresponde.*" (*Teoria Geral das Normas*, p. 148). Para Bobbio, "*os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. (...) Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso.*" (*Teoria do ordenamento jurídico*, p. 158-159).

[63] Adota-se, aqui, o entendimento de Roque Carrazza sobre o que seja princípio, dentro de um sistema: "*Sistema, pois, é a reunião ordenada das várias partes que formam um todo, de tal sorte que elas se sustentam mutuamente e as últimas explicam-se pelas primeiras. As que dão razão às outras chamam-se princípios, e o sistema é tão mais perfeito, quanto em menor número existam". O princípio é, assim, "pedra de fecho do sistema.*" (*Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 30). A respeito de "princípio", ver ainda: "*Quando o nosso pensamento opera essa redução certificadora, até atingir juízos que não possam mais ser reduzidos a outros, dizemos que atingimos princípios. Princípios, portanto, são verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a uma dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validez de um sistema*

Carvalho[64], tem várias acepções, todas relacionadas aos valores: a) norma jurídica que ocupa posição privilegiada na pirâmide normativa, e que porta valor expressivo, que orienta a compreensão de diversas porções do ordenamento; b) norma jurídica de posição privilegiada que fixa limites objetivos; c) o valor inserto em norma jurídica de posição privilegiada, desconsiderada a estrutura normativa a que está agregado; e d) o limite objetivo inserto em norma jurídica de posição privilegiada, independentemente da estrutura normativa a que está agregado.

Ainda, para Roque Antonio Carrazza, "*princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ela se conectam.*"[65], ou ainda a "pedra de fecho do sistema a que pertence" (CARRAZZA, ROQUE ANTONIO. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo, Malheiros, 13ª edição, 1999, p.30). Princípio jurídico pode ser entendido como "enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do

---

particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários." (REALE, Miguel. *Lições de filosofia do direito*, p. 76).

[64] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, p. 140-141.

[65] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 31-32.

Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo irreversível, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam" (CARRAZZA, ROQUE ANTONIO. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo, Malheiros, 13ª edição, 1999, p.31-32).

Os princípios são normas qualificadas, ou fragmentos de normas qualificadas que exibem grande valor aglutinante, indicando como as normas jurídicas devem ser aplicadas, ou seja, norteando a atividade interpretativa de construção das normas jurídicas, para que se determine o seu alcance, como deve ser a sua combinação e qual deve prevalecer sobre as demais. Os princípios dão estrutura e coesão ao ordenamento jurídico, e estão organizados de modo hierarquizado.[66]

---

[66] A respeito, veja-se: "*Valendo-se de outro ângulo, a separação entre regras e princípios por vezes é sugerida como sendo devedora do critério da importância da norma para o conjunto do ordenamento jurídico, especialmente sob o aspecto de ser a norma o fundamento de outras normas, quando então participaria da modalidade do princípio. Até a proximidade da ideia de direito é usada para a diferenciação. Os princípios seriam padrões que expressam exigências de justiça. Os princípios teriam, ainda, virtudes multifuncionais15, diferentemente das regras. Os princípios, nessa linha, desempenhariam também uma função argumentativa. Por serem mais abrangentes que as regras e por assinalarem os standards de justiça relacionados com certo instituto jurídico, seriam instrumentos úteis para se descobrir a razão de ser de uma regra ou mesmo de outro princípio menos amplo. Assim, o princípio da igualdade informaria o princípio da acessibilidade de todos aos cargos públicos, que, de seu turno, confere a compreensão adequada da norma, que exige o concurso público para o preenchimento desses cargos.*" MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6.ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p.83.

Segundo Miguel Reale[67], como menciona Paulo de Barros Carvalho[68], há traços distintivos que indicam a presença de valores nas normas: a) bipolaridade: onde houver um valor, haverá o desvalor como contraponto; b) implicação: o valor e o desvalor implicar-se-ão reciprocamente; c) referibilidade: o valor está referido a alguma coisa em relação à qual a pessoa tomou uma posição; d) preferibilidade: o valor indica um fim, apontando em sua direção; e) incomensurabilidade: o valor não pode ser medido; f) graduação hierárquica: os valores tendem a organizar-se em relações verticais; g) objetividade: o valor exige objetos da experiência, para neles objetivar-se, ou seja, "*não se revelam sem algo que os suporte e sem uma ou mais consciências às quais se refiram*"[69]; h) historicidade: o valor é construído na evolução histórico-social da comunidade; i) inexauribilidade: os valores não se esgotam nos bens em que se objetivam:

> "*73. O valor é sempre bipolar. A bipolaridade possível no mundo dos objetos ideais só é essencial nos valores, e isto bastaria para não serem confundidos com aqueles. Um triângulo, uma circunferência são; e a esta maneira de ser nada se contrapõe. Da esfera dos valores, ao contrário,*

---

[67] REALE, Miguel. *Introdução à filosofia.* 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1989. P. 143-145

[68] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, p. 141-142.

[69] Idem, p.142.

é inseparável a polaridade, porque a um valor se contrapõe um desvalor, ao bom se contrapõe o mau; ao belo, o feio; ao nobre, o vil; e o sentido de um exige o do outro. Valores positivos e negativos se conflitam e se implicam em processo teleológico, ordenando meios a fins.

A dinâmica do Direito, por exemplo, resulta, aliás, dessa polaridade estimativa, por ser o Direito concretização de elementos axiológicos: - há o "direito" e o "torto", o lícito e o ilícito. A força contraditória que anima a vida jurídica, em todos os seus campos, reflete a polaridade dos valores que a informam. Não é por mera coincidência que existe sempre um autor e um réu, um contraditório no revelar-se do Direito, dado que a vida jurídica se desenvolve na tensão de valores positivos e de valore negativos. O Direito tutela determinados valores, que reputa positivos, e impede determinados atos, que se declaram negativos de valores: até certo ponto, poder-se-ia dizer que o Direito existe porque há possibilidade de serem violados os valores que a sociedade reconhece como essenciais à convivência.

Se os valores são polares, cabe observar que eles também se implicam reciprocamente, no sentido de que nenhum deles se realiza sem influir, direta ou indiretamente, na realização dos demais. Há uma força expansivo e absorvente nos valores, visto como cada homem, que se dedica a um dado valor, é levado a querer impor aos outros os próprios

esquemas de estimativa. O mundo da cultura é sempre um mundo solidário, no sentido da interdependência necessária de seus fatores, mas não no sentido da coexistência pacífica dos interesses, que é sempre um ideal a ser atingido. A solidariedade ética, que a justiça objetiva, implica antes uma tensão viva nos quadrantes da história, sendo o Direito uma força decisiva no sempre almejada composição social de valores.

Se as características de polaridade e de implicação se observam nos valores considerados em si mesmos, ou na relação de uns com os outros, é necessário lembrar que tal fato se deve à situação mesma dos valores perante a realidade. Todo valor contrapõe-se ao já dado, ou seja, ao que se apresenta como mero fato aqui e agora, como algo já realizado: o valor, em suma, contrapõe-se ao fato, não se reduz jamais ao fato. Ao mesmo tempo, porém, todo valor pressupõe um fato como condição de sua realizabilidade, embora sempre o transcenda.

Polaridade e implicação são qualidades dos valores, que refletem ou traduzem a natureza mesma da condicionalidade humana, do espírito que só toma consciência de si mesmo e se realiza enquanto se inclina ou se objetiva a "ser como deve ser", o que nos leva a considerar a terceira característica do valor, que é a sua necessidade de sentido ou referibilidade. Além da polaridade, o valor implica sempre uma tomada de posição do

homem e, por conseguinte, a existência de um sentido, de uma referibilidade. Tudo aquilo que vale, vale para algo ou vale no sentido de algo e para alguém. Costumamos dizer - e encontramos essa expressão também empregada por Wolfgang Kõhler embora em acepção um pouco diversa - que os valores são entidades vetoriais, porque apontam sempre para um sentido, possuem direção para um determinado ponto reconhecível como fim. Exatamente porque os valores possuem um sentido é que são determinantes da conduta. A nossa vida não é espiritualmente senão uma vivência perene de valores. Viver é tomar posição perante valores e integrá-los em nosso "mundo", aperfeiçoando nossa personalidade na medida em que damos valor às coisas, aos outros homens e a nós mesmos. Só o homem é capaz de valores, e somente em razão do homem a realidade axiológica é possível.

O valor envolve, pois, uma orientação e, como tal, postula uma quarta nota, que é a preferibilidade. É por esta razão que para nós toda teoria do valor tem como conseqüência, não causal, mas lógica, uma teleologia ou teoria dos fins. Daí dizermos que fim não é senão um valor enquanto racionalmente reconhecido como motivo de conduta.

Toda sociedade obedece a uma tábua de valores, de maneira que a fisionomia de uma época depende da forma como seus valores se distribuem ou se ordenam. É aqui que encontramos outra característica do valor: - sua possibilidade de

ordenação ou graduação preferencial ou hierárquica, embora seja, como já foi exposto, incomensurável.

Polaridade, implicação, referibilidade, preferibilidade, incomensurabilidade e graduação hierárquica são, como se vê, algumas das notas que distinguem o mundo dos valores, a que se devem acrescentar as de objetividade, historicidade e inexauribilidade, a serem estudadas nos capítulos seguintes. Pensamos que, colocada a questão nestes termos, a Axiologia adquira autonomia, deixando de ser vista como ciência de "qualidades dos entes", e, por via de conseqüência, de natureza ideal.

É possível haver uma ordenação do valioso, não de forma absoluta, mas nos ciclos culturais que representam a história humana, sendo certo, outrossim, que existe algo de constante no mundo das estimativas, algo que condiciona o processo histórico como categoria axiológica fundamental, que é o homem mesmo visto como valor ou fonte espiritual de toda a experiência axiológica.

Os valores representam, por conseguinte, o mundo do dever ser, das normas ideais segundo as quais se realiza a existência humana, refletindo-se em atos e obras, em formas de comportamento e em realizações de civilização e de cultura, ou seja, em bens que representam o objeto das ciências culturais.

Já dissemos que do ser não se pode passar ao dever ser, mas a recíproca não é verdadeira: se os

valores jamais se realizassem, pelo menos relativamente, nada significariam para o homem. Há um vastíssimo campo da experiência cuja existência decorre da objetivação histórica dos valores: é o mundo histórico-cultural, ou dos "objetos culturais", que se distinguem "por serem enquanto devem ser". É esta, pois, uma esfera distinta de objetos, cuja natureza especial envolve a solução de alguns problemas prévios, que apreciaremos nos capítulos seguintes.

Só então será possível esclarecer outros aspectos do valor, como, por exemplo, os da sua objetividade e absoluteza, compreendendo-o como uma qualidade insuscetível de revelar-se sem algo em que se apóie e sem uma ou mais consciências às quais se refira.

A característica da objetividade dos valores, pela qual se reconhece a necessidade de distinguir-se entre valor e valoração ou valor e interesse, ou seja, que os valores se impõem objetivamente às nossas experiência subjetivas, exige que façamos uma referência, embora sumária, às principais doutrinas sobre a gênese e a força vinculante ou normativa dos valores. Só então poderemos compreender uma das notas fundamentais dos valores, que consiste em não coincidirem nunca, inteiramente, com a consciência que possamos ter deles, superando-a sempre em um processo dialético que envolve a dimensão histórica do homem."

(REALE, Miguel. Introdução à Filosofia. 2ª ed. Atualiz. São Paulo, Saraiva, 1989).

Já os limites objetivos são de verificação pronta e imediata, independendo das subjetividades, e visam a atingir determinados fins, que são os valores.

Essa classificação tem paralelo na classificação proposta por Canotilho[70], que divide os princípios constitucionais em: a) princípios jurídicos fundamentais: os que foram conformados e introduzidos na consciência jurídica ao longo de evolução histórica, e que foram recepcionados no texto constitucional, explícita ou implicitamente, estabelecendo os limites dos atos dos poderes públicos; b) princípios políticos constitucionalmente confirmadores: aqueles que explicitam as opções políticas fundamentais do constituinte; c) princípios constitucionais impositivos: os princípios que impõem aos órgãos estatais, em especial ao legislador, que se realizem certos fins e que se executem determinadas tarefas; e d) princípios-garantia: a estes princípios é atribuída eficácia de norma jurídica completa, com força determinante positiva e negativa, a fim de atribuir uma garantia aos cidadãos.

---

[70] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, pág. 1.150-1.153.

São princípios constitucionais gerais de maior expressividade, entre outros: a) *princípio da justiça*: é diretriz suprema do sistema, estabelece que o sistema jurídico deve atender aos ideais de justiça da sociedade, e ocupa a posição de sobreprincípio preeminente implícito; b) *princípio democrático*: pelo princípio democrático, o nosso sistema jurídico é de um estado democrático de direito, cujo poder é de titularidade do povo e exercido por meio de representantes eleitos periodicamente, ou diretamente, fundado nos valores da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e do pluralismo político; c) *princípio da igualdade*: princípio explicitado no artigo 5°, *caput*, da Constituição da República, estabelece que todos são iguais perante a lei; ressalve-se que o conceito de igualdade não é de fácil determinação; d) *princípio da legalidade*: explícito no artigo 5°, inciso II, da Constituição da República, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, a não ser em virtude de lei, e que a Administração deve-se submeter às leis; e) *princípio que consagra o direito de ampla defesa e o devido processo legal*: é explicitado no artigo 5°, inciso LV, da Constituição da República, estabelece que nenhuma restrição a liberdade ou a propriedade será efetivada pelo Estado sem prévio e regular processo formalizado, em que se assegure ao particular a ciência dos atos e o direito de se manifestar e de oferecer defesa; aplica-se tanto ao processo judicial como ao

administrativo; f) *princípio da proibição do excesso*: ou princípio da proporcionalidade em sentido amplo, critério de aferição da constitucionalidade de medidas restritivas de direitos, segundo o qual deve-se avaliar a correlação entre os fins buscados e os meios empregados nos atos emanados do Poder Público; g) *princípio da vedação da proteção insuficiente*: também decorrente da proporcionalidade, estabelece que a proteção a um direito não pode ser inexistente ou reduzido, por omissão do Estado, a ponto de levá-lo à sua ineficácia, ou seja, o Estado está obrigado a agir com ações normativas e administrativas que assegurem uma adequada proteção desses direitos; h) *princípio da supremacia do interesse público ao do particular*: princípio implícito, estabelece a hierarquia entre o interesse público e o do particular; i) *princípio da moralidade*: estabelece que os titulares de órgãos da Administração têm o dever de praticarem seus atos de acordo com princípios éticos vigentes em sociedade.

a) O princípio da justiça estabelece que a ordem normativa tem sua justificação na realização da justiça. Introduz, assim, um elemento de valor no sistema.

O tema da justiça é tormentoso na doutrina e na prática jurídica. Adota-se, aqui, o posicionamento de CHAIM PERELMANN.

CHAIM PERELMAN tem refletido sobre a

noção de justiça, as dificuldades no seu manejo, e o paradoxo de, embora aparentemente racional, suscita discussões de visões opostas à idéia de razão. Há questões que surgem, e que merecem reflexão: "os valores e as normas pressupostos pela execução da justiça poderão ser objeto de um exame racional ou serão apenas a expressão de nossas paixões e de nossos interesses? Como se raciocina sobre os valores e as normas, e como se pode conceber a idéia da razão prática?" (PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 145).

Embora a justiça seja uma das noções mais prestigiosas, invocadas por todos e por ninguém renegada (e neste aspecto constitui um valor universal), ela é também confusa, pois as pessoas não têm todas a mesma concepção. Assim, impõe-se a análise científica do conceito de justiça, para que se distinga a multiplicidade de suas acepções e de seus usos.

Para Aristóteles, a "justiça não seria senão a virtude considerada em relação a outrem" (PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 148), e há a distinção entre a justiça como virtude geral e como virtude específica, que ainda hoje influencia os debates sobre a justiça nas instituições contemporâneas. Assim, Jenkins identifica a sociedade justa com a sociedade ideal ("a justiça não passa do nome do bem comum" - PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 149); no

campo oposto, Rawls e Frankena entendem que a justiça é uma das características da sociedade ideal, não a única, pois a justiça deveria ser definida por critérios puramente racionais, e destarte seria uma virtude específica, e não a qualidade global da sociedade ideal. A questão que se coloca, então, é a seguinte: não haverá nenhuma racionalidade no conceito de justiça como virtude global de uma sociedade ideal?

Se entendermos a justiça como conformidade à lei, então surge a questão sobre a necessidade, ou não, de o legislador observar o interesse comum da comunidade política quando da edição da lei, para que haja normas de conduta justas. Para muitos, a lei tira sua autoridade da fonte de que emana.

Pode-se entender que há quatro fontes de legitimidade das normas: o costume, a vontade divina, a vontade dos indivíduos e a vontade da nação.

A fonte menos contestada é o costume; a conduta habitual e conforme um arranjo social explícito ou explícito não necessita ser justificada, pois é considerada normal e justa por todos. O princípio da inércia, segundo o qual todo modo de fazer habitual transforma-se em norma moral ou jurídica, e que assim apenas a mudança tem de ser justificada, está à base das regras que surgem espontaneamente na sociedade.

A regra que tem a vontade divina como fonte, por seu turno, possui uma garantia suficiente de sua justiça. No que diz respeito à vontade dos indivíduos como fonte de legitimidade das normas, na medida em que se lhes reconhece certa autonomia, e desde que respeitem as regras do grupo, podem assumir compromissos que então devem respeitar.

A questão que surge, em seguida, refere-se à existência de outro critério objetivo de justiça que não se refira à evolução histórica, nem à vontade autorizada, o que implica em definir a justiça segundo critério de racionalidade (igualdade, proporcionalidade, eficácia ou conformidade à natureza das coisas). Exemplo da busca de novos critério para a justiça é a atividade do pretor *peregrino*, encarregado de resolver conflitos em que estivessem envolvidos estrangeiros, que quando possível estendia a eles as prescrições do *jus civile,* e quando a situação não fosse prevista criava regras eqüitativas, como se fosse a aplicação de um direito suposto preexistente.

Para que o direito natural possa ser admitido como tal, é necessário que valha para todos os homens, independentemente das contingências históricas, e não apenas que se aceite sua origem divina. Ao lado das leis naturais (que regem os fenômenos) existiriam prescrições racionais, justas e obrigatórias (que regeriam o agir dos homens em conformidade com a natureza das coisas).

Para os racionalistas, a justiça é "uma relação objetiva independente da vontade divina" (PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 155). A razão, para os jusnaturalistas, é a faculdade que possibilita conhecer não só o que é verdadeiro ou falso, como também o que é justo ou injusto.

Por fim surge a questão sobre a existência da razão prática; ainda que exista, como se deve entendê-lo, se não há consenso do que seja a justiça? Se a filosofia tem função construtiva nas condutas intersubjetivas, então deve precisar as relações entre a justiça e a razão.

Duas virtudes que devem conduzir a conduta humana sempre foram consideradas racionais: a) a prudência, virtude que faz escolher os meios mais seguros e menos onerosos para alcançar um determinado fim; b) a justiça é "a caridade do sábio" (PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 156), que abrange a tendência para fazer o bem e a regra da razão. Entretanto, à vista das controvérsias sobre a justiça, deve-se procurar determinar a racionalidade. Para Leibniz, o critério da racionalidade está nas necessidades e nos méritos de cada um; pode-se procurar outros critérios (o que a lei atribui a cada qual; a todos da mesma forma; a cada um de acordo com suas obras; a cada um conforme sua

posição).

O comportamento justo é imparcial e regular, e desde Aristóteles o conceito de justiça tem sido aproximado da igualdade. Portanto, a regra de justiça estabelece tratamento igual de seres iguais. Entretanto, como o campo de aplicação desta regra é restrito, pois os seres não são idênticos, o que importa é como se deve tratar estes seres. As queixas de injustiça referem-se, normalmente, à avaliação das diferenças escolhidas no caso particular como relevantes para o tratamento igual ou desigual.

A regra de justiça exige o tratamento igual de seres essencialmente semelhantes, ou seja, de seres que não apresentem diferenças relevantes para o caso em discussão, e é formal, pois não diz quando dois seres são essencialmente semelhantes, nem como é o tratamento justo; para a sua aplicação em casos concretos, é preciso especificar o quando e o como. A regra de justiça formal foi denominada "justiça estática" por Dupréel (PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 160), pois se limita a estabelecer uma linha de conduta regular, conforme a regra pré-estabelecida ou o precedente reconhecido. O juiz imparcial seria justo porque trataria da mesma maneira todos a que uma regra seria aplicável, não importando as conseqüências nem questionando a lei. Esta concepção não é suficiente, pois a atividade do juiz não pode ser limitada desta

maneira quando se lhe atribui papel ativo na elaboração da lei, ou o dever de julgar com eqüidade. Ressalve-se, entretanto, que a regra de justiça formal não é aplicada mecanicamente pelo juiz, que se vale do poder de interpretação.

A regra de justiça formal, ao exigir a previsibilidade, leva à previsibilidade e à segurança; às vezes, porém, a eqüidade se opõe à aplicação uniforme da lei sem preocupação com as conseqüências. A eqüidade é mecanismo de correção da lei, quando a aplicação rigorosa da regra leva a uma situação injusta.

Se a lei contiver critério injusto de diferenciação, a regra de justiça aqui estudada não serve para avaliar o conteúdo das regras, pois se refere à sua aplicação, e não à sua elaboração. Portanto, a regra de justiça formal não esgota a idéia de justiça, que se refere não só à aplicação correta de uma regra, mas à aplicação de uma regra justa.

A questão que surge, aqui, é sobre quais são os critérios razoáveis para avaliar-se se uma regra é justa.

O critério para avaliação da justiça de uma regra está em verificar se as distinções para o estabelecimento de categorias de seres essencialmente semelhantes são ou não justificadas. "Um sistema de

regras absolutamente justo, que se imporia como tal a todas as mentes razoáveis, deveria apresentar classificações em categorias e prever tratamentos que sejam indiscutíveis, por serem os únicos conformes à razão." (PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 171). A questão, neste passo, refere-se à possibilidade de ser construir tal sistema.

Para Rawls, a justiça é uma virtude específica que impõe a eliminação das distinções arbitrárias, bem como o estabelecimento de um equilíbrio entre as pretensões opostas. Seu modelo está fundado na idéia da correção (*fairness*), inspirada no modelo do jogo correto (*fair play*), em que há dois princípios racionais: a) cada pessoa tem direito à mais ampla liberdade, compatível com a mesma liberdade para todos; b) as desigualdades definidas ou favorecidas pela estrutura institucional são arbitrárias, a menos que sejam úteis para cada um, e desde que as funções e as situações de que resultam sejam acessíveis a todos, vale dizer, as limitações de liberdade e as desigualdades somente serão justificadas se delas resultarem vantagem para o conjunto da sociedade. Rawls ressalta, ainda, que procura princípios que permitam tornar o funcionamento da sociedade mais justo do que já é.

A condição prévia para a teoria de Justiça de Rawls é que haja pessoas razoáveis, que resistam à inveja e que tenham interesses semelhantes e

complementares. Elas devem ser "capazes de conhecer seus interesses, de prever as prováveis conseqüências que resultam da adoção de tal espécie de regras, de se amoldar às regras adotadas e de resistir às tentações que acarretariam a violação destas" (PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 173).

As regras de um sistema justo, para Rawls, são três:

> *"1. Se os critérios de decisão propostos por alguém forem aceitos, as reivindicações dos outros serão julgadas segundo o mesmo critério.*
> *2. Nenhuma queixa será ouvida antes que cada um esteja de acordo, em linhas gerais, sobre os princípios segundo os quais as queixas deverão ser julgadas.*
> *3. Os princípios propostos e reconhecidos, numa ocasião qualquer, serão considerados obrigatórios, salvo circunstâncias especiais, em todas as ocasiões posteriores" (PERELMAN, Chaïm. Ética e Direito. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 173).*

Quase todos os sistemas de direito moderno adotam a primeira regra, ainda que com variações no estatuto do precedente.

A segunda regra, entretanto, necessita ser aprimorada, pois se tomada literalmente é de aplicação impossível, porque alguns não terão condições de dar seu consentimento, e outros poderão negá-lo. A exigência da unanimidade levaria, em última instância, à anarquia. Tornam-se necessários, então, mecanismos que permitam, a uma maioria simples ou qualificada, chegar a uma decisão.

A crítica feita por Chapman à teoria da justiça baseada no *fairness* centra-se em que a sua aplicação em leis econômicas do mercado levaria, ainda assim a uma distribuição muito desigual das riquezas, ou seja, a uma situação injusta. Para Rawls, no entanto, a aplicação da terceira regra não geraria desigualdade; ao revés, como os seres racionais elaborarão regras igualitárias, a sua aplicação manterá indefinidamente a igualdade (PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. ???).

O modelo de Rawls, assim, seria insuficiente para atender as exigências dos que almejam mais justiça social, pois o funcionamento de instituições sociais e políticas é muito mais complexo do que um jogo, e suas regras são em boa parte fruto de uma evolução histórica.

Temos então duas questões: a) se a igualdade completa e ideal é evidente e não precisa de justificação, e a desigualdade que não é justificada

pelas vantagens que cada um dela retira é arbitrária; e b) se a igualdade ideal é negativa ou positiva.

Rawls adota a concepção liberal, negativa de liberdade, em que a liberdade individual somente é limitada na medida em que proporcionará vantagens a cada qual, e não ao maior número. O princípio da igualdade ideal, que ele apresenta como evidente, padece dos equívocos da noção de igualdade.

Numa sociedade democrática e plurarista, cada indivíduo pode adotar a moral que melhor lhe convier, mas o direito deve ser o mesmo para todos; como moral e direito podem diferir muito, e a experiência tem mostrado a inviabilidade de um acordo espontâneo de todos os membros de uma sociedade, deve haver regras de procedimento para a elaboração e a modificação das leis, assim como regras de competência para a solução de conflitos que a aplicação da lei pode gerar, ou seja, a justiça social e política pressupõe órgãos legisladores e julgadores para que as instituições políticas possam funcionar, mesmo na ausência de tal acordo espontâneo.

Um ato é justo quando consiste na aplicação de uma regra em conformidade com a regra de justiça, vale dizer, uma regra é justa se não for arbitrária e puder ser justificada por princípios mais gerais.

Podemos distinguir três elementos na justiça: "o valor que a fundamenta, a regra que a enuncia, o ato que a realiza" (PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 182). Os dois últimos podem ser submetidos a exigências racionais; o valor, entretanto, é "perfeitamente arbitrário e logicamente indeterminado" (PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 183). Assim, todos os valores em um sistema de justiça são igualmente arbitrários.

A tese dos filósofos positivistas, de Hume a Ayer, é que "a determinação dos valores não-instrumentais e das normas que nos fixariam os direitos e nos prescreveriam as obrigações escapam a qualquer lógica e a qualquer racionalidade" (PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 184).

PERELMAN procura outra solução, desenvolvendo o estudo das provas, uma lógica não-formal consistente na teoria da argumentação, complementar da teoria da demonstração, objeto da lógica formal. Ainda que arbitrários, os valores podem ser, por meio da aplicação da teoria da argumentação, providos de justificação racional. O objeto da justificação racional é de ordem prática ("um ato, um comportamento, uma disposição a agir, uma pretensão, uma escolha, uma decisão" - PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 185), e

não um agente ou uma proposição. A justificação deve referir-se a um objeto determinado, a um ato passível de crítica porque contém alguma falha que o torna inferior a um ato que não precisa ser justificado, ou seria irrealizável. O ato que não precisa ser justificado vale em si, e enquanto valor absoluto não pode ser criticado.

Afastando-se do modelo absolutista, e admitindo que os precedentes e os modelos, assim como os valores e as convicções, são relativos a certos meio e disciplina e variam no tempo e no espaço, a crítica e a justificação não são intemporais, nem universalmente válidas, e torna-se essencial a fixação da competência para a crítica e o julgamento, e das modalidades de crítica e de justificação.

Na ausência de critérios objetivos e universalmente aceitos, para evitar-se a anarquia faz-se necessária a adoção de critérios pessoais, concedendo-se a alguns a autoridade de legislar, de governar, e a competência de julgar. Este poder deverá ser justificado pela confiança que os seus titulares inspiram naqueles em cujo nome é exercido, e pela autoridade que lhes é reconhecida. O mais das vezes, a legitimidade da autoridade decorre da legalidade, mas o seu prestígio somente se manterá se o poder for exercido de modo que não se afaste demais do que os indivíduos da sociedade esperam.

A análise de PERELMAN leva à relativização da noção de justiça política: as leis e os regulamentos são politicamente justos quando não são arbitrários por corresponderem às crenças, às aspirações e aos valores da comunidade política. O que gera uma nova série de questões: se, em última análise, então, apenas a força é capaz de dirimir os conflitos entre valores relativos; quando os valores, os critérios e as normas seriam razoáveis; se as aspirações de uma comunidade política poder-se-ão transcender na prática; e se existem critérios filosóficos que permitem criticá-las e justificá-las.

Do ponto de vista absolutista, as noções de razão e de valor universal não representam problema; na realidade, entretanto, os valores que se dizem universais, que todos evocam e ninguém recusa, somente subsistem no campo das generalidades. Ao procurarmos aplicá-los em um caso concreto, as controvérsias não tardam a surgir. A conclusão, desta forma, é que o acordo geral sobre os valores e normas universais refere-se a formas vazias, que cada indivíduo interpreta à sua maneira. Esta é a conclusão dos positivistas.

O juiz, como o legislador, tem em vista a realização dos valores e dos fins correspondentes aos ideais de toda a comunidade política, um ao julgar de modo imparcial, e o outro ao formular leis justas.

Em suma:

a) um ato é injusto quando é desconforme à regra de justiça, a menos que o desvio seja justificado por razões de eqüidade;

b) uma regra é injusta quando é arbitrária, ou seja, quando é um desvio injustificado dos costumes e dos precedentes, ou introduz distinções arbitrárias;

c) uma distinção é arbitrária quando não pode ser justificada racionalmente. Os critérios e valores do processo de justificação serão irracionais quando manifestarem um posicionamento parcial ou quando defenderem interesses particulares, o que é inaceitável para um auditório universal;

d) não existem critérios absolutos; assim, todos os critérios e valores utilizados para a justificação das regras de ação são passíveis de crítica;

e) as teses filosóficas fornecem a justificação suprema das convicções e aspirações do filósofo em questão de racionalidade e justiça, ausentes critérios impessoais.

Para que um fato constitua a violação de uma regra moral ou jurídica, ele deve ser qualificado (subsumido) por uma regra, o que se realiza de duas maneiras: a) técnica do precedente: a situação nova é assimilada a uma situação antiga; b) técnica da subsunção a regra geral: aplicação de regra geral a caso particular. A qualificação adotada deve ser justificada por meio de uma argumentação, para que não seja arbitrária ou injusta.

Há duas técnicas argumentativas que permitem criticar as regras: a) recorrer à regra de justiça para criticar disposições da lei que estabelecem diferenciação arbitrária e injustificada, ou ignoram diferenças essenciais; b) demonstrar que a sua perspectiva é preferível à do adversário, obtendo o apoio da opinião pública.

Existem normas comumente aceitas em uma comunidade, normas fundamentais que se assemelham a "lugares comuns", conceitos vagos que necessitam ser precisados para terem aplicação. Às autoridades cabe fixar o seu alcance e estabelecer a sua hierarquia, para resolver eventuais incompatibilidades e conflitos em sua aplicação.

A oposição entre as concepções concreta e abstrata da razão e da justiça somente podem ser compreendidas em função da visão filosófica de PERELMAN, e em especial pelo modo como vê as relações entre a filosofia e o senso comum.

Cabe indagar o que é o senso comum. Para Fenélon, são as primeiras noções que todos os homens têm, de modo igual, das mesmas coisas. Para a escola escocesa, as intuições do senso comum seriam comuns a todos, e que a ele se opõe faz rir. Para os moralistas, como Sidgwick, o senso comum é o ponto de partida da reflexão filosófica, mas em razão de ser termo vago e

ambíguo, o filósofo não pode contentar-se apenas com ele, devendo elaborar, precisar e definir suas noções, aclarando seus princípios e fornecendo critérios para uma decisão. "É assim que se poderia esclarecer a oposição entre uma concepção concreta, que é a do senso comum, conjunto dos usos de uma noção e das regras que lhe são relativas, e uma concepção abstrata que destaca da primeira certos aspectos privilegiados, o que só se pode fazer desprezando os aspectos que parecem incompatíveis com estes." (PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 241).

Resta discutir se o senso comum é universal. O conceito de Rawls evolui do senso comum intemporal (*Theory of Justice*) para o senso comum de uma sociedade democrática e conforme certa tradição histórica (*Dewey Lectures*).

No que diz respeito à diferenciação entre racional e razoável, Rawls utilizava os termos de modo indiferenciado, mas em suas conferências de 1980 qualificava como racional "a escolha dos melhores meios para realizar os fins de cada um deles", e como razoáveis "as condições que os membros de uma sociedade propõem para definir os termos justos (*fair*) de uma cooperação social: tais termos serão caracterizados por uma reciprocidade e uma mutualidade que redundam na igualdade dos associados na situação original e, com isso, numa estrutura fundamental da sociedade justa" (PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo, Martins

Fontes, 1999, p. 242). Para PERELMAN, o razoável, que é vinculado ao senso comum, é noção mais vaga e condicionada socialmente, que leva a uma pluralidade de soluções. Esta pluralidade justifica o recurso a outras técnicas, como o voto majoritário ou a designação de uma autoridade competente com o poder de decidir.

Rawls não reconhece contingências históricas da qualificação de indivíduos como cidadãos, não levando em conta, na sociedade justa, as vantagens naturais e o mérito individual. Há incompatibilidade entre o princípio intemporal de igual liberdade e o papel do cidadão na elaboração de uma sociedade justa, pois tanto a sociedade como seus cidadãos são produtos da história, e sem se levar em consideração a história, o conteúdo da expressão igual liberdade não pode ser precisado.

O utilitarismo constitui uma interpretação individualista do interesse geral, e somente admite desigualdades na medida em que elas beneficiam cada membro da sociedade. Rawls substitui, em sua teoria definitiva, a formulação primitiva do princípio da diferença, exigindo que as desigualdades aproveitem aos menos favorecidos da sociedade.

O contexto histórico é necessário para precisar-se o senso comum, mas a aplicação de princípios de justiça formais somente pode ser feita fora do seu contexto histórico. Uma teoria da justiça é

historicamente situada no tempo e no espaço, para uma sociedade determinada; a teoria de Rawls é elaboração do liberalismo da sociedade americana atual.

A questão que se coloca, por fim, é se a justiça é a única virtude referente às nossas relações com outrem, ou não. Para Platão a resposta é afirmativa, pois como o filósofo é capaz de conhecer o mundo das idéias, pode empenhar-se para descobrir o que é justo. Aristóteles opôs, à visão absolutista da justiça, a prudência, que se inspira na longa experiência do funcionamento das instituições humanas. À justiça como conformidade à lei sobrepõe-se, quando necessário, uma justiça superior fundada na eqüidade. PERELMAN perfila-se com Aristóteles.

Os problemas na aplicação da justiça formal surgem não só na verificação da semelhança nos aspectos essenciais, como também na determinação da regra pela qual é justo pautar-se, ou do precedente a ser observado. Esta segunda questão não pode ser respondida no absoluto, pois a regra é justa e o precedente é reconhecido quando são justificados, ou quando não necessitam de justificação. A adesão a certos princípios ou valores dispensariam a justificação de toda regra e de toda ação; a abordagem do consenso fornece aos juristas fundamento para a justiçam, exprimindo-se em três formas: a) consenso como expressão de uma ou mais vontades, em uma promessa ou convenção; b) consenso comunitário e implícito:

manifesta-se no costume; c) consenso indireto: como confiança concedida a uma autoridade reconhecida pela comunidade, cujas decisões são obrigatórias e às quais é justo submeter-se. O estudo das instituições jurídicas mostras várias formas de contestação aos diversos fundamentos do consenso.

Em resumo: na área prática, como na moral, no direito e na política, recorre-se a raciocínios dialéticos, que permitem descartar certas soluções como desarrazoadas, mas não se consegue demonstrar, de forma definitiva, que a solução defendida é a única razoável.

b) O princípio democrático está enunciado no artigo 1°da Constituição da República:

> *"Art. 1° A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*
> *I - a soberania;*
> *II - a cidadania*
> *III - a dignidade da pessoa humana;*

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

Estabelece, assim, que o nosso sistema jurídico é de um estado democrático de direito, cujo poder é de titularidade do povo e exercido por meio de representantes eleitos periodicamente, ou diretamente, fundado nos valores da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e do pluralismo político, e cujos objetivos, enunciados no artigo 3° da Constituição da República, são a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos, sem nenhuma forma de discriminação.

A respeito, preleciona CANOTILHO:

" É conhecida a formulação de Lincoln quanto à "essência" da democracia: "governo do povo, pelo povo e para o povo". Ainda hoje se considera esta

formulação como a síntese mais lapidar dos momentos fundamentais do princípio democrático. Designamos aqui a ***fórmula de Lincoln*** *como um modo de justificação positiva da democracia. A Constituição, ao consagrar o princípio democrático, não se «decidiu» por uma teoria em abstracto (cfr., infra, Parte V). Procurou uma ordenação normativa para um país e para uma realidade histórica.*
(...)

Só encarando as várias dimensões do princípio democrático (propósito das chamadas teorias complexas da democracia) se conseguirá explicar a relevância dos vários elementos que as teorias clássicas procuravam unilateralmente transformar em ratio e ethos da democracia. Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da ***teoria democrática representativa*** *- órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica* ***democracia participativa****, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a*

democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos.

(...)

O princípio democrático não se compadece com uma compreensão estática de democracia. Antes de mais, é um processo de continuidade transpessoal, irredutível a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas. Por outro lado, a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e activa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade económica, política e social (cfr. CRP, art. 9. °/d). Neste sentido se podem interpretar os preceitos constitucionais que apontam para a transformação da República portuguesa numa sociedade livre, justa e solidária (art. 1. °), para a realização da democracia económica, social e cultural (art. 2.°), para a promoção do bem estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como para

2856

a efectivação de direitos económicos, sociais e culturais mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais (art. 9.º/d).

(...)

A democracia pode ser entendida fundamentalmente como forma ou técnica processual de selecção e destituição pacífica de dirigentes. A ***fórmula de Popper*** *é a expressão mais sugestiva deste modo de conceber o princípio democrático: "A democracia nunca foi a soberania do povo, não o pode ser, não o deve ser". A justificação da democracia em termos negativos e basicamente procedimentais, pretende por em relevo que a essência da democracia consiste na estruturação de mecanismos de selecção dos governantes e, concomitantemente, de mecanismos de limitação prática do poder, visando criar, desenvolver e proteger instituições políticas adequadas e eficazes para um governo sem as tentações da tirania. As modalidades de "destituição" dos dirigentes e de "revogação" de mandatos e cargos políticos assumem aqui um papel constitutivo e organizador da ordem*

constitucional democrático. Tão ou mais importantes que os procedimentos eleitorais legitimadores são os procedimentos constitucionais deslegitimadores tendentes a possibilitar o afastamento dos titulares de cargos políticos (ímpeachment, recall; responsabilidade política, destituição, moção de censura). Esta compreensão do princípio democrático como princípio de controlo tem sido agitada em tempos recentes a propósito da limitação temporal de mandatos e cargos electivos ("problema dos dinousauros políticos") e da capacidade de resposta do sistema político-constitucional à ''Corrupção política''.".
(CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 6ª ed., Lisboa, Almedina, 2002. p.287-292)

c) Pelo princípio da igualdade, explicitado no artigo 5°, *caput*, da Constituição da República, todos são iguais perante a lei; ressalve-se que o conceito de igualdade não é de fácil determinação.

O princípio da igualdade encontra-se no artigo 5°, caput, da Constituição da República. A assertiva de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais é insuficiente, pois não esclarece quais os critérios legítimos para a distinção das pessoas e situações em grupos com tratamento jurídico diferenciado. Desta maneira, conforme Celso Antonio Bandeira de Mello[71]:

a) a norma não pode singularizar de modo atual e definitivo um destinatário determinado, mas deve abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada;

b) a norma deve adotar, como critério discriminador, algum elemento residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. Assim, o fator tempo em si é neutro, e não pode ser adotado como critério;

c) o critério discriminador deve manter relação de pertinência com a disparidade dos regimes outorgados;

d) ainda que o critério discriminador, em abstrato, mantenha relação de pertinência lógica, não pode levar a efeitos contrários ou diversos dos

[71] MELO, Celso Antonio Bandeira de . O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.

interesses tutelados pela Constituição;

e) a interpretação da norma não pode extrair desequiparações com base em critérios discriminadores que não foram adotados pelo legislador de modo claro, ainda que implícito, ou seja, não podem ser consideradas circunstâncias fortuitas ou incidentais, ainda que relacionadas com o tempo ou a época da norma legal, como critério de discriminação.

O princípio da igualdade é mandamento constitucional nuclear (artigo 1°, *caput*, da Constituição da República), princípio adotado pelo Estado Democrático de Direito que se fundamenta na "legalidade democrática". No Estado de Direito, a defesa do direito dos cidadãos se dá, basicamente, com a tripartição dos poderes estatais entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Não se pode falar em República se não houver respeito ao princípio da igualdade, que segundo Geraldo Ataliba é "direito público subjetivo a tratamento igual, de todos os cidadãos, pelo estado" (CARRAZZA, ELIZABETH NAZAR. *IPTU e progressividade: igualdade e capacidade contributiva*. Curitiba, Juruá, 1992, p.26).

O conceito de igualdade tem sido objeto de discussões desde o surgimento do Estado de Direito. Hoje, se de um lado não mais se admite a concessão de

privilégios a determinadas classes, de outro não se toma de modo absoluto a ideia de tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, porque nenhum homem é exatamente igual a outro. Admite-se a existência de desigualdades legítimas e de desigualdades ilegítimas; estas últimas não são prestigiadas pelo ordenamento jurídico, e devem ser corrigidas pelo Estado.

A isonomia implica a proibição de discriminações ilegítimas, por razões políticas, religiosas, ideológicas, raciais, sexuais, econômicas. As desigualdades devem ser reduzidas pela oferta de iguais oportunidades de participação econômica e social. Envolve dois aspectos, um negativo (dever do Estado coibir discriminações) e outro positivo (dever do Estado e dos cidadãos de agir para oferecer ao máximo condições e oportunidades, e participação nos benefícios). A isonomia envolve não só a igualdade perante a lei, como também a vedação da edição de lei que lhe seja desconforme.

O Estado tem o dever de corrigir as desigualdades sócio-econômicas existentes. Da Constituição da República extraem-se normas cogentes que disciplinam a ordem econômica e social, bem como exceções ao princípio isonômico que não podem ser ampliados ou restringidos pela legislação infraconstitucional. A lei deve tratar de modo igual os que são iguais à vista dos aspectos considerados pela

norma, observadas a vedação constitucional às discriminações com base, p.ex., na crença, ideologia, ou naturalidade, certo que o critério de discriminação deve observar a razoabilidade.

Para aferição do atendimento ao princípio da igualdade, há a necessidade de comparabilidade, vale dizer, pressupõe-se uma relação intersubjetiva dentro da qual se possa fazer uma comparação entre a situação de duas pessoas, para que se verifique se foi ou não atendido o princípio constitucional.

O princípio da igualdade, muitas vezes, implica o dever de distinguir, para que pessoas em situações desequiparadas recebam o mesmo tratamento.

Os destinatários do princípio da igualdade são o legislador e o aplicador da norma jurídica. No que se refere ao legislador, o próprio conteúdo da lei não pode tratar de forma desigual os iguais, ou seja, a lei somente pode discriminar onde houver fatos que indiquem a existência de diferenças reais cuja consideração não seja ilegítimas. No que diz respeito ao aplicador da lei (Executivo e Judiciário), deve aplicá-la respeitando o princípio da igualdade.

d) O princípio da legalidade está

explicitado no artigo 5°, inciso II, da Constituição da República, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, a não ser em virtude de lei. Em âmbito administrativo, está enunciado no artigo 37, *caput*, da Constituição da República, e impõe a submissão do administrador ao regime legal, introduzido no sistema por instrumentos primários (a lei e os estatutos normativos que têm o vigor de lei, únicos veículos habilitados a promover o ingresso de regras inaugurais no sistema normativo brasileiro, que emanam preceitos gerais e abstratos)[72], o que visa a garantir a impessoalidade e a atender ao interesse público, sem favorecimentos, perseguições ou arbítrio.

Na lição de Paulo de Barros Carvalho[73], do comando do princípio da legalidade "Efunde sua influência por todas as províncias do direito positivo brasileiro, não sendo possível pensar no surgimento de direitos subjetivos e deveres correlatos sem que a lei o estipule".

Nesse sentido, a atividade administrativa é subalterna à lei, ou seja, está completamente atrelada à ela, de modo que, com ilustra Celso Antonio Bandeira de Mello, todos os seus agentes, desde o Presidente da República até o mais modesto dos servidores, estão completamente submissos às

---

[72]

[73] CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 12ª ed. São Paulo, Saraiva, 1999, p.147

disposições legais emanadas pelo Legislativo, de modo que a administração não poderá impor ou proibir comportamento algum a terceiro, salvo se estiver resguardada por alguma lei que assim a faculte.

Trata-se de princípio fundante de nosso ordenamento jurídico. De um lado, ao particular é assegurado um campo de liberdade; de outro, à Administração é imposto um dever de agir somente no momento e na forma prevista em norma geral e abstrata, introduzida no sistema por um instrumento primário.

Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello[74]:

> *"Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre a do interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e o dá identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o*

[74] Ibid., p. 99-100.

fruto da submissão do Estado à lei. É em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.

(...)

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso).

Instaura-se o princípio de que todo poder emana do povo, de tal sorte que os cidadãos é que são proclamados como os detentores do poder. Os governantes nada mais são, pois, que representantes da

sociedade."

"... administração é atividade subalterna à lei; que se subjuga inteiramente a ela; que está completamente atrelada à lei; que sua função é tão-só a de fazer cumprir lei preexistente, e, pois, que regulamentos independentes, autônomos ou autorizados são visceralmente incompatíveis com o Direito brasileiro."[75]

No mesmo sentido, pela submissão da atividade administrativa às normas legais, é o entendimento de Justen Filho[76]:

"A atividade administrativa é um conjunto de ações dirigidas à satisfação de necessidades coletivas e à promoção dos direitos fundamentais que se desenvolve sob a égide da legalidade. Numa democracia republicana, a atividade administrativa não pode ser compreendida senão como atuação infralegal.

[75] Ibid., p. 103
[76] Ibid., p. 229