

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II**

**GRASIELE AUGUSTA FERREIRA NASCIMENTO**

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

**ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

C758

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Argemiro Cardoso Moreira Martins, Grasiela Augusta Ferreira Nascimento, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-213-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constituição. 3. Democracia. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



# XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

## CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

---

### **Apresentação**

A presente obra é fruto dos trabalhos científicos apresentados no Grupo do Trabalho intitulado "CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II" do XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília nos dias 06 a 09 de julho de 2016.

Os autores, representantes das diversas regiões do país, apresentaram reflexões sobre a democracia, a concretização de direitos, os direitos fundamentais, o papel dos dos Tribunais Superiores, a relação entre poderes e o Estado Democrático de Direito.

Foram apresentados, ao todo, 26 (vinte e seis) artigos, de excelente conteúdo, conforme relação abaixo:

PODER DE AGENDA E ESTRATÉGIA NO STF: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO LIMINAR NOS MANDADOS DE SEGURANÇA Nº 34.070 E Nº 34.071

A PROPRIEDADE É UM DIREITO FUNDAMENTAL?

A CIDADANIA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

POR UMA CORTE CONSTITUCIONAL SEM FACE: O EXEMPLO DO CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS

A LUTA POR RECONHECIMENTO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

PRÓ-HAITI: REFLEXÕES SOBRE AS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA HAITIANOS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS

AS VICISSITUDES NA PRÁXIS DA SEPARAÇÃO DE PODERES COMO IMPEDITIVO À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

A TEORIA DE JUSTIÇA DE AMARTYA SEN E A DEMOCRACIA: REFLEXÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO E A LIBERDADE

PUNIÇÃO E LIBERDADE: SOBRE FUNDAMENTOS DA DEMOCRACIA NA PERSPECTIVA DE KANT E SANTIAGO NINO

RELAÇÃO ENTRE PODERES: UMA ANÁLISE SOBRE A INFLUÊNCIA DO PODER EXECUTIVO NO PROCESSO LEGISLATIVO NO ÂMBITO DA CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE/MG

REPENSAR O PODER JUDICIÁRIO E O SEU LIMITE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA NECESSÁRIA RELAÇÃO HARMÔNICA.

RESGATE DO "RADICAL" NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: (RE) PENSANDO O EXERCÍCIO DO PODER

SOBERANIA POPULAR E SOBERANIA DAS URNAS

A JURISPRUDÊNCIA DO STF EM MANDADOS DE INJUNÇÃO: EXEMPLO DE EVOLUÇÃO RACIONAL OU INVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL?

A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE INJUNÇÃO AMBIENTAL

A CONSTRUÇÃO PARTICIPATIVA DE NORMAS PENAS NÃO INCRIMINADORAS NA ESFERA JURISDICIONAL COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA

LIMITES DO ESTADO LAICO: DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DOAÇÃO DE IMÓVEIS PÚBLICOS EM FAVOR DE ENTIDADES RELIGIOSAS

O PAPEL DA LIBERDADE NA DEMOCRACIA DE TOCQUEVILLE.

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA, DO JOVEM E DO ADOLESCENTE: INCLUSÃO SOCIAL E EXERCÍCIO DA CIDADANIA

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR

LEI ANTITERRORISMO NO BRASIL E SEUS REFLEXOS NO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A CONFLUÊNCIA DOS MODELOS DISPOSITIVOS E INQUISITIVO DO PROCESSO  
CIVIL OPERADA PELO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

A (IN)EFETIVIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA GARANTIA DO DIREITO  
CONSTITUCIONAL À SAÚDE

UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E  
ALGUMAS DE SUAS INFLUÊNCIAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

UMA ANÁLISE DA CRISE DO SISTEMA REPRESENTATIVO BRASILEIRO FRENTE  
À PERSPECTIVA DO CONFLITO DE PRECEITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM  
CONSTITUCIONAL VIGENTE

SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E PARTICIPAÇÃO: UM MODELO MUNICIPAL DE  
DESENVOLVIMENTO DEMOCRÁTICO SUSTENTÁVEL

Desejamos uma excelente leitura!

Brasília, julho/2016

Grasiele Augusta Ferreira Nascimento - Centro Universitário Salesiano de São Paulo  
(UNISAL)

Paulo Roberto Barbosa Ramos - Universidade Federal do Maranhão

Argemiro Cardoso Moreira Martins -Universidade de Brasília

**UMA ANÁLISE DA CRISE DO SISTEMA REPRESENTATIVO BRASILEIRO  
FRENTE À PERSPECTIVA DO CONFLITO DE PRECEITOS FUNDAMENTAIS NA  
ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE**

**AN ANALYSES OF THE BRAZILIAN REPRESENTATIVE SYSTEM CRISES  
FACING THE PROSPECT OF CONFLICT OF FUNDAMENTAL PRECEPTS IN  
THE PREVAILING CONSTITUTIONAL ORDER**

**Hamilton da Cunha Iribure Júnior <sup>1</sup>  
Régis Willyan da Silva Andrade <sup>2</sup>**

**Resumo**

O artigo tem por objetivo analisar a crise que cerca o sistema representativo brasileiro, tendo como substrato a perspectiva de conflito de preceitos fundamentais estabelecido na ordem constitucional vigente. Adota-se a metodologia analítica documental. Parte-se da premissa que os Direitos Fundamentais não são absolutos e que devem ser relativizados na prática. Assim, edifica-se um paradigma constitucional democrático, ora analisado, à luz do sistema representativo nacional, este que se encontra imerso em aguda crise. Uma das conclusões atingidas é a de que a legalidade desse sistema deve ser observada à luz da efetivação de direitos fundamentais na busca da Justiça Social.

**Palavras-chave:** Sistema representativo, Conflito, Legitimidade, Constituição

**Abstract/Resumen/Résumé**

The article is the analysis of the crisis surrounding the Brazilian representative system, with the substrate the prospect of conflict of fundamental principles established in the current constitutional order. It adopts analytical methodology. It starts with the premise that the fundamental rights are not absolute and must be relativized in practice. Build up a democratic constitutional paradigm analyzed in the light of national representative system this one is immersed in acute crisis. One of the conclusions reached is that the legality of the system should be seen in light of the realization of fundamental rights in pursuit of social justice

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Representative system, Conflict, Legitimacy, Constitution

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Docente da Graduação e do Programa de Mestrado pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pesquisador CNPq. Advogado.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito pela PUC/SP. Bacharel e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Advogado. Professor Universitário.

## 1. Introdução

O presente artigo parte, por meio do emprego da metodologia de análise documental, para a análise do movimento cunhado por uma legitimidade política, que se rege no bojo de um sistema de Direitos Fundamentais, constitucionais. Tal legitimidade, exercida por meio de pessoas autônomas, interessadas na pretensão da validade e do emprego das normas jurídicas, empregam a razão e a vontade, tanto para contestar, quanto para aquiescer, os comandos legalmente postos. E isso, como se analisa, se faz suficiente para fundar o tipo de direito ou poder político, que, ao fundo, se tem por legítimo.

Do movimento denominado “constitucionalismo”, que surgiu como consequência das crescentes transformações do Estado, bem como da evolução da legitimidade como fonte de legalidade das normas e reflexo da soberania popular, será analisado como esta legitimidade também está inserida no contexto democrático.

A dicotomia entre legalidade e legitimidade reproduz o antigo conflito entre as duas colunas mestras de sustentação do direito, segurança versus justiça. Ora a configuração histórica assumida pelo direito parece pendular ora para um lado, ora para outro; em cada caso, um aspecto que tende a desqualificar ou desvalorizar o outro lado, na medida em que se autoproclama um ou outro.

A partir da Teoria Contemporânea da democracia de Norberto Bobbio, será analisado a sua concepção liberal, com a participação do poder político, que sempre foi considerada como o elemento caracterizante do regime democrático, resolvida por meio de uma das muitas liberdades individuais que o cidadão reivindicou e conquistou nas lutas contra o Absolutismo, centralizador por excelência.

O problema da legitimidade está associado a múltiplas formas de organização política e aos diversos modos de obtenção do consenso, podendo-se afirmar que os diferentes grupos sociais encaram a legitimidade ou a ilegitimidade dos sistemas políticos e seus respectivos ordenamentos jurídicos de maneira como seus valores particulares ajustam-se aos deles.

Conseqüentemente, o grau de aceitação desses regimes não depende de uma mera fidelidade à retórica democrática, mas em grande parte, da forma como seus ordenamentos jurídicos permitem a resolução dos principais problemas que costumam dividir a sociedade. A formação do pensamento e construção do modelo político tem seus aportes teóricos em Immanuel Kant, passando pelo construtivismo político de John Rawls até o pensamento de Habermas por meio de um processo de formação dialógica.

A expansão da jurisdição constitucional permitiu a consolidação da ideia de que a Constituição, apesar de suas características singulares, é norma jurídica, dotada de “eficácia” e aplicabilidade direta e que com o Iluminismo passaram a versar não somente sobre direitos prestamistas bem como sobre assuntos de ordem econômica, relações familiares, cultura, direitos fundamentais.

Com este novo paradigma democrático constitucional, verifica-se uma valorização ao extremo do papel dos princípios constitucionais, na medida em que estes deixam de ser vistos apenas como formas de solução de lacunas, convertendo-se em autênticas normas, incrustadas no âmago do anseio constitucional contemporâneo. Esses pensamentos formam o sentido da legitimidade democrática, uma vez que na concepção liberal de democracia, a participação do poder político, sempre foi considerada como o elemento caracterizante do regime democrático, resolvida por meio de uma das muitas liberdades individuais que o cidadão reivindicou e conquistou contra o regime monárquico.

A legitimidade é efetivamente uma crise de mudança que encontra suas raízes no período de formação das modernas sociedades, destacando-se a superação do modelo aristocrático e o gradativo ingresso de novas parcelas da população nas atividades políticas, mediante a extensão da cidadania às classes de menor poder aquisitivo.

## **2. Da legitimidade política e seus corolários**

A ideia de legitimidade que vem desde a *Política* de Aristóteles ao questionar a virtude em obedecer aos comandos conduzindo à alma. Contudo surge de forma mais acentuada, como o resultado de uma convergência de preocupações dos juristas romanos sobre as fontes últimas da noção de autoridade. Destarte, “a herança do pensamento clássico parece ter sido a consciência da necessidade, em termos de legitimidade do sistema político, de uma correspondência com as necessidades públicas, de um lado, e com os preceitos éticos do humanismo, de outro” (FARIA, 1978, P. 59).

Surge a problemática da distinção entre legalidade e autoridade, que em Roma, entendia-se entre poder e autoridade. Enquanto a autoridade era a verdade socialmente reconhecida, o poder era a força socialmente reconhecida. A autoridade era entendida não como uma espécie de poder, mas como uma qualidade relativa à experiência dos mais velhos, os fundadores de Roma. Nos séculos seguintes, atribuiu-se a legitimidade a fatores transcendentais, dando assim poderes divinos aos reis, calcada na transmissão hereditária do poder via patriarcado bíblico e, assim, permaneceu como uma justificação das ordens

jurídico-políticas vigentes até princípios do século XIX, quando sua influência residual se esvaiu com o advento das primeiras codificações. Foi a partir do contratualismo de Locke e Rousseau que se desenvolveu uma ideia de que a autoridade é uma delegação popular, exprimindo a vontade geral em conformidade com a qual deve ser exercida, apresentando-se assim como fonte do Liberalismo que sustenta a necessidade de divisão de poderes.

A noção de equilíbrio mediante um sistema de freios e contrapesos, proposto por Montesquieu, permeia o sistema constitucional estadunidense, expresso por meio de um federalismo, no qual o governo central é produto de instituições agregadas à máquina estatal, onde o domínio constitucional sempre definiu o domínio político, e não o contrário. Importante frisar, a principal característica no marco do direito positivo moderno ocorreu por meio da conversão da legitimidade em legalidade. Por outro lado, somente por meio do Iluminismo é que emerge a dicotomia existente entre estes, onde deve haver um nexo fundamental entre a liberdade e o princípio da legalidade. Enquanto princípio, a legalidade é entendida como um dos pilares do Estado moderno Constitucional, denominado de Estado de Direito, ligando-se ao ideal grego da isonomia, tido como essência do bom Governo.

Na linguagem política entende-se por legalidade “um atributo e um requisito do poder, daí dizer-se que um poder é legal ou age legalmente ou tem o timbre da legalidade quando é exercido no âmbito ou de conformidade com as leis estabelecidas ou pelo menos aceitas” (BOBBIO, 2010, p. 674). Desde a Antiguidade até os dias presentes, um pensamento político recorrente é o da contraposição entre Governo das leis e Governo dos homens, acompanhada sempre por um juízo de valor constante, que considera o primeiro um Governo bom e o segundo um Governo mal. Utilizando-se dos ideais fundamentais da teoria política pode-se dividir o princípio da legalidade em três níveis de significação.

O primeiro se faz caracterizado pela relação entre si e a pessoa do Estado, por meio do qual existe um pacto ou um mandato que delega poderes de governo, a serem exercidos de uma forma humana e no interesse público. O segundo nível diz respeito à relação do príncipe com os súditos no qual os governantes devem exercer o seu próprio poder unicamente pela promulgação de leis que tenham por objetivo o bem comum e não o interesse particular desta ou daquela categoria de indivíduos.

Já o terceiro nível, este sim relacionado diretamente com a proposta dessa investigação, diz respeito à aplicação das leis em casos particulares, onde as controvérsias submetidas aos juízes devem ser analisadas e julgadas com base em prescrições definidas na forma de normas legislativas.

Chega-se então ao conceito de legitimidade em seu sentido estrito entendido como o grau de aceitação dos sistemas políticos e dos ordenamentos jurídicos que tem origem na complexidade das sociedades de massas a partir da Revolução Industrial, e que segundo Norberto Bobbio, “*a crença na legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado*” (BOBBIO, 2010, p. 675).

De fato, a ideia de legitimidade, que entreabre a dimensão axiológica dos sistemas políticos e de suas regras jurídicas constitucionais, surge de uma crise de posições doutrinárias acerca da dignidade humana, e em razão de tais transformações sociais e históricas que a noção de legitimidade está inter-relacionada à ideia de crise. Desse modo

a legitimidade é efetivamente uma crise de mudança, suas raízes estão no período de formação das modernas sociedades, das quais é possível destacar o processo de superação das monarquias aristocráticas (o que abala o prestígio das instituições conservadoras) e o gradativo ingresso de novas parcelas da população nas atividades políticas, mediante à extensão da *cidadania* às classes de menor poder aquisitivo. Assim o problema da legitimidade aparece de forma mais concreta à medida que as comunidades vão perdendo as possibilidades de governos diretos e imediatos, da mesma forma que a escolha dos governantes vai deixando de ser determinada por papéis sociais preponderantes. É isso o que explica, por exemplo, o inevitável processo de competição – manifestado pelas eleições, que são a essência dos regimes constitucionais-pluralistas – uma vez que não há mais condições para a designação de governantes por critérios de direito divino ou por tradição (FARIA, 1978, p. 63).

O problema da legitimidade está associado a múltiplas formas de organização política e aos diversos modos de obtenção do consenso, podendo-se afirmar que os diferentes grupos sociais encaram a legitimidade ou a ilegitimidade dos sistemas políticos e seus respectivos ordenamentos jurídicos de maneira como seus valores particulares ajustam-se aos deles. Consequentemente, o grau de aceitação desses regimes não depende de uma mera fidelidade à retórica democrática, mas em grande parte, da forma como seus ordenamentos jurídicos permitem a resolução dos principais problemas que costumam dividir a sociedade.

A existência de um poder político, como o de qualquer poder social, é uma questão de fato que se funda em uma convicção daquele que é mandado, surgida de qualquer ponderação. A capacidade de análise e julgamento de cada ser humano é a manifestação política da crença central de toda a modernidade, onde a pessoa é capaz de afirmar algo com alguma certeza a partir do uso crítico da racionalidade. Pode-se então avaliar a função social do direito como uma forma de controle da previsão de resultados, da garantia de estabilidade institucional e de pacificação dos conflitos de interesses. Tais dogmas enfrentaram ao longo dos anos um movimento de forças sociais que “desafiam reiteradamente a dogmática jurídica tradicional e induzem uma profunda reflexão sobre o fato social à luz das novas exigências e tendências

derivadas de sociedades crescentemente complexas” (DINIZ, 2006, p. 179). Afirma-se com isto que o homem por meio do direito racional-legal vigente pode por meio de suas convicções e ponderações tomar decisões que influenciarão não apenas na vida em sociedade, mas diretamente em seus propósitos, como expressão clara de sociedades democráticas que depositam em seus governantes a legitimidade como expressão de legalidade.

A dicotomia entre legalidade e legitimidade reproduz o antigo conflito entre as duas colunas mestras de sustentação do direito, segurança *versus* justiça. Ora a configuração histórica assumida pelo direito parece pendular para um lado, ora para outro; em cada caso, um aspecto tende na medida em que se auto-afirma a desqualificar ou desvalorizar outro. Tendo como pano de fundo essa perspectiva, releva-se como poder político legítimo

aquele capaz de ser exercido com um aceitável nível de adesão da sociedade destinatária. É um poder cujo exercício não está baseado no uso contínuo da violência – um poder que goza aos olhos do povo, de uma certa presunção de correção em seus atos, ainda que esses possam ser contrários a interesses comuns ou individuais. Os motivos pelos quais um poder político é considerado legítimo variam historicamente – tradição, virtude, procedimento, representação entre outros (SALDANHA, 2008, p. 21).

Partindo de um aporte teórico fundamentado em Immanuel Kant, constrói-se a ideia de autonomia do poder político. Contudo, a formação desta autonomia parte de um desenvolvimento contínuo da razão do indivíduo no entorno da sociedade em que está inserido. Com efeito, na mesma linha de orientação “a grande maioria dos objetos de conhecimento dependem da discussão pública feita por um público leitor composto de pessoas livres, iguais e autônomas” (SALDANHA, 2008, p. 21-22). Ora, a construção da razão e a função do homem exigem uma determinada ordem, a qual, na esteira da filosofia Kantiana, cinde tal premissa em características desejáveis a uma ordem política. A inaugural se refere à liberdade de pensamento e de expressão e, desse modo,

há quem diga: a liberdade de falar ou de escrever pode nos ser tirada por um poder superior, mas não a liberdade de pensar. Mas quando e com que correção pensaríamos nós se, por assim dizer, não pensássemos em comunhão com os outros, a quem comunicamos nossos pensamentos e eles nos comunicam os seus! Por conseguinte, pode muito bem dizer-se que o poder exterior, que arrebatava aos homens a liberdade de comunicar publicamente os seus pensamentos, lhes rouba a liberdade de pensar (KANT, 1995, p. 54).

A segunda característica diz respeito à tolerância, onde qualquer um pode expor ao público as suas aflições sem ser considerado, por isso um criminoso. Ainda nessa orientação Kantiana, assegura-se que “o Direito é um modo de limitar a liberdade daquele que prejudica a liberdade externa alheia, estando a coação, portanto, à serviço da liberdade, não contra ela, porém só há liberdade se o cidadão participa do processo de elaboração da lei jurídica”

(KANT, 1994, p. 60). Portanto, em virtude dessa liberdade, exige-se um Estado em que o povo legisle, ou seja, minimamente, representado para tal desiderato.

A universal possibilidade do uso da razão é utilizada como força motriz do processo de legitimação do poder político. Se, por um lado, o poder político é um fato e que alguma dominação surgirá desse poder independentemente de legitimação, por outro, sempre se busca a legitimação na expressão livre da vontade dos destinatários da norma jurídica. Isso se infere pelo surgimento da legitimidade a partir do consenso negociado de cidadãos livres e iguais.

Daí o acerto no construtivismo político apresentado por Rawls, o qual se funda a partir de um debate edificado passo-a-passo pelos cidadãos ou por seus representantes, buscando a efetivação dos princípios da justiça política, universais e materializáveis. Os indivíduos, apesar de professarem doutrinas abrangentes diversas, são capazes de rendição às razões *políticas* objetivas. Daí que “a legitimação da decisão política funda-se na manifestação da livre vontade, seja ela movida por motivos racionais ou razoáveis” (RAWLS, 2000, p. 119).

Destarte, a legitimidade da decisão está ligada a vários fatores: ser a pessoa inteligente e conscienciosa; ter conhecimentos dos fatos relevantes; ter tido acesso suficientes argumentos e poder analisá-los em condições favoráveis de reflexão. Em via oblíqua Jürgen Habermas “destaca no fenômeno jurídico a possibilidade de negociação e de consequente aceitação livre das normas postas, em um processo de formação dialógica do que haverá de ser obrigatório” (HABERMAS, 1997, p. 115). Doravante, deve-se admitir que a norma jurídica seja o reflexo de um pacto comum acerca do correto ou do mais apropriado para tal.

Inegável, a partir da verificação dessa premissa, que o direito retire sua eficácia de um processo de entendimento, em que se confrontam as pretensões de normatividade diversas pessoas e grupos sociais, concluindo-se, inevitavelmente, que “ao cidadão deve ser dada a liberdade de agir na exata e mesma extensão da que possuem os demais cidadãos – a autonomia privada só deve ser limitada se for realizada de modo igualitário e razoável” (HABERMAS, 1997, p. 159-161).

Ao cidadão deve ser assegurado o *status* de membro de uma associação voluntária de parceiros do Direito, o que vale dizer que o membro vencido na discussão poderá, ao menos idealmente, retirar-se da comunidade jurídica. Ao cidadão deve ser dado um meio de obrigar o cumprimento do Direito, e isso se faz, sobretudo, pela acessibilidade ao poder judiciário.

Nota-se desta maneira que a legitimidade do Direito depende da existência e do respeito a um sistema de Direitos Fundamentais, bem como do cumprimento de um processo legislativo. Entretanto não é o resultado de um processo legislativo qualquer e sim conforme pontua Habermas, de um processo legislativo em que argumentem e assintam os destinatários

da norma, sendo assim legítimo o direito, criado por cidadãos autônomos dotados de liberdade comunicativa. Partindo de um debate público onde os interlocutores tenham plenas possibilidades de expressar suas posições a respeito das propostas de regramento (pretensões de validade) é que advém a maximização das liberdades individuais.

Aqui o ponto agudo da questão: a de que a legitimidade do poder político depende de pessoas autônomas, interessadas na pretensão de validade do outro e que estejam prontas para contestá-las, usando da razão e da vontade tanto para contestar quanto para aquiescer, sendo assim suficiente para fundar o tipo de direito ou poder político, que consideramos legítimo. A jurisdição constitucional fortaleceu-se ao longo do século XX, após a traumática experiência do nazi-facismo, o qual se arrimou na barbárie perpetrada por justificativas legais, e isso fez com que houvesse a imperiosa “necessidade de fixação de limites para todos os poderes públicos, inclusive os parlamentos” (BINENBOJIM, 2008, p. 62).

A expansão da jurisdição constitucional permitiu a consolidação do entendimento de que a Constituição, apesar de suas características singulares, é norma jurídica, dotada de eficácia e aplicabilidade direta e que com o Iluminismo passaram a versar não somente sobre direitos prestamistas bem como sobre assuntos de ordem econômica, relações familiares, cultura, Direitos Fundamentais e, nesse sentimento, “as Constituições deixam de ser vistas como as leis básicas do Estado, circunscritas à temática do Direito Público, convertendo-se no estatuto fundamental do Estado e da sociedade” (SARMENTO, 2003, p. 70).

Com o novo paradigma democrático constitucional, verifica-se uma valorização ao extremo do papel dos princípios constitucionais, na medida em que estes deixam de ser vistos apenas como formas de solução de lacunas, convertendo-se em autênticas normas, incrustadas no âmago do anseio constitucional contemporâneo. A essa altura, merece menção irreparável o fato de que

ao promover a incorporação ao ordenamento jurídico de princípios como dignidade da pessoa humana, liberdade, segurança jurídica, igualdade, solidariedade, entre outros, os princípios constitucionais possibilitaram uma reaproximação do direito e da moral, sepultando assim, definitivamente a possibilidade de emprego de uma metodologia jurídica estritamente mecanicista, asséptica em relação a valores e baseada exclusivamente na subsunção e no silogismo, reforçando a importância da argumentação e da racionalidade prática no domínio do Direito (ALEXY, 2006, p. 56).

Em igual olhar, mirando o constitucionalismo como uma das facetas externadas pela ideologia ou simples condição para a legitimação de um regime político, além do rol de direitos fundamentais expressos, deve-se incluir “uma forma de proteção e controle constitucional desses mesmos direitos e liberdades fundamentais e, ainda, formas cada vez

mais aperfeiçoadas de controle da Administração Pública” (QUEIROZ, 2009, p. 401). Ao que se confirma, ainda, pelo que a

ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares (BARROSO, 2005, p. 12-13).

No Brasil, com a promulgação da Constituição da República de 1988 intensifica-se o processo de constitucionalização, pautado pela preocupação com os Direitos Fundamentais e com a efetividade das normas consagradas em seu texto. Desse novo paradigma verifica-se uma maior aplicabilidade da Carta Maior tanto das partes quanto dos juízes de todas as instâncias na resolução de litígios públicos ou privados.

Verifica-se, por assim dizer, que um dos mecanismos propiciadores da constitucionalização do direito é a chamada interpretação conforme a Constituição, que deriva da presunção da constitucionalidade das leis, evitando sempre que possível expulsar da ordem jurídica uma norma posta pelo legislador. Portanto, tratando-se de uma técnica de preservação do próprio ordenamento. É passível de conclusão que *“uma constituição deve compreender, para além dos órgãos de ação, órgãos permanentes de controle”* (QUEIROZ, 2009, p. 404).

O próprio conceito de constitucionalismo, desde os seus primórdios, sempre incorporou uma “teoria dos limites”, jurídicos e políticos, ao exercício do poder, como uma teoria do controle do poder. E para que tal se efetive, na prática, esta realização concreta da supremacia formal e axiológica da Carta Constitucional engloba diversas técnicas e possibilidades de interpretação, as quais incluem:

- a) reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis;
- b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis;
- c) a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a consequente convocação à atuação do legislador;
- d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar:
  - a. a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes e
  - b. a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a confirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição (BARROSO, 2005, p. 22-23).

Ao analisar o movimento constitucional, como corolário direto das crescentes transformações vivenciadas pelo Estado, bem como, do desenvolvimento da legitimidade, esta

como fonte de legalidade das normas e reflexo da soberania popular, deve ser dada ênfase de como esta legitimidade também se insere no contexto democrático, do qual emerge (e se funda) a administração pública.

### **3. Contornos da legitimidade democrática**

Assume-se a premissa maior fundada no eixo que assegura que “*a democracia é o regime político ao qual importa a legitimação popular das normas jurídicas*” (SALDANHA, 2008, p. 51). É regime político resultante de evolução histórica e filosófica ampla, que confia nas condições da razão individual de cada cidadão e na possibilidade de reflexão da negociação de interesses, desde que constituído e mantido um espaço público. De modo similar, mas com outro sentimento ao expressar, assegura-se que

na teoria contemporânea da Democracia, convergem três grandes tradições do pensamento político: a primeira denominada de teoria clássica ou aristotélica que entende a democracia como governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, diferenciando-se da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos (BOBBIO, 2010, p. 319).

A segunda, chamada de Teoria Medieval, de origem romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior ao inferior.

E a terceira, denominada de Teoria Moderna ou Teoria de Maquiavel, nascida com o Estado Moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas: a Monarquia e a República, onde o governo genuinamente popular é chamado de República. Com base nessas teorias verifica-se que a discussão sobre o modelo de Governo de representação popular denominado de democracia, tem suas origens desde os regimes monárquicos Persas passando pela democracia ateniense até atingir o século XIX, onde se intensificaram as discussões em torno das doutrinas políticas dominantes no tempo, tendo o liberalismo de um lado e o socialismo de outro. Na concepção liberal de democracia, a participação do poder político, sempre foi considerada como o elemento caracterizante do regime democrático, resolvida por meio de uma das muitas liberdades individuais que o cidadão reivindicou e conquistou contra o regime monárquico.

Nesse contexto, é de bom alvitre criar ressaltos para o aspecto da participação popular, tendo em vista a angulação proposta na vertente análise. Para os fins aqui propostos, admite-

se que a participação congrega uma das diversas matrizes da liberdade que ultrapassa o “direito de exprimir a própria opinião, de reunir-se ou de associar-se para influir na política do país, compreende ainda o direito de eleger representantes para o Parlamento e de ser eleito” (BOBBIO, 2010, p. 324).

Importa notar que o desenvolvimento da democracia nos Estados, denominado de processo de democratização, que hoje são chamados de Democracia liberal, consiste numa transformação mais quantitativa do que qualitativa do regime representativo. Onde se pode entender que democracia seja um método ou um conjunto de regras de procedimento para a constituição de Governo e para a formação das decisões políticas, mais do que uma determinada ideologia.

Logicamente que esse contexto da participação popular importa em admitir, como premissa básica, uma relação entre a legitimidade e a democracia. Isso porque “o problema da legitimidade está associado à noção de democracia no mundo moderno, pois, esta resulta de um lado, da lógica do pensamento político ocidental e, de outro, da consolidação da sociedade burguesa” (FARIA, 1958, p. 22). A isso se deve o fato de ser a democracia considerada um regime aberto, ínsito naqueles sistemas que buscam garantir a manutenção das normas e regramentos estabelecidos aprioristicamente, fazendo com que se confirme a supremacia do texto constitucional, este que agrega regras muito específicas acerca da impessoalidade e do rodízio do poder, permitindo, por outra via, a livre, porém regrada, manifestação dos diversos segmentos sociais, sem desprezar os polos de descontentamento e do mínimo de coerção possível.

Foi a partir da Revolução Industrial que a ideia de legitimidade surgiu como dimensão axiológica dos sistemas políticos e de suas regras jurídicas constitucionais, responsável pela sociedade de massas e por uma crise de posições doutrinárias sobre a dignidade humana. A legitimidade é efetivamente uma crise de mudança, onde podemos encontrar suas raízes no período de formação das modernas sociedades, destacando-se a superação do modelo aristocrático e o gradativo ingresso de novas parcelas da população nas atividades políticas, mediante a extensão da cidadania às classes de menor poder aquisitivo.

Estabelecido, então, que a questão da legitimidade surge de modo concreto ao passo que “as comunidades vão perdendo as possibilidades de governos diretos e imediatos, da mesma forma que a escolha de governantes vai deixando de ser determinada por papéis sociais preponderantes” (FARIA, 1978, p. 63). Nessa esteira se reforça a importância do papel desempenhado pela participação política nos regimes democráticos, o que torna as eleições instrumentos básicos de obtenção de consenso e da conquista da estabilidade dos sistemas

políticos e seus respectivos ordenamentos jurídicos. Analisa-se, a seguir, como a política construída por meio de um sistema de governo democrático alcança seu suporte de legitimidade no âmbito da norma jurídica.

#### **4. A legitimidade e a questão da justificação pela norma jurídica**

À guisa de linhas iniciais de raciocínio, importa destacar que

a identificação entre a legitimidade jurídica e a legitimidade política no âmbito constitucional, não se concentra exclusivamente sobre a escolha como ocorre no regime democrático, pelo fato de que tal procedimento exige a obtenção do consenso para que as decisões político-jurídicas não sejam atos isolados, nem destacados do conjunto das circunstâncias sociais e das pressões axiológicas que cercam aqueles que devem decidir, onde o discurso normativo tem como pressuposto, não o convencer, mas sim o persuadir (REALE, 1999, p. 489).

Consoante tal pensamento, a experiência jurídica se obtém a partir da efetivação da norma de direito. Não há modo outro para apreender as características dos sistemas que legitimam a norma de direito a não ser nessa sistemática. A isso se confirma que a legitimidade se finca a partir da questão da norma jurídica, isso porque “a experiência jurídica é uma experiência normativa” (BOBBIO, 2003, p. 23).

A norma jurídica pode ser entendida como o enunciado de um comando ou de uma diretriz de conduta, tornando obrigatórias certas formas de coexistência social, a cuja observância ou descumprimento estão ligadas determinadas metas, previamente estabelecidas. Nesse talante a “realidade participa da norma na medida em que a lógica jurídica dominante a concebe não propriamente como texto, mas sim como contexto, onde os elementos fáticos estão abstratamente representados em termos de média uniforme” (FERRAZ JR., 1974, p. 1011).

Se o texto da norma, ao ser interpretado, não se confunde com a própria norma jurídica, a sua aplicação ao caso concreto é visto mais como um processo de adaptação valorativa do que uma operação meramente silogística. Inegável registro aqui, nesse ponto da pesquisa, acerca da confirmação de que as normas jurídicas contêm um sentido de valor que se mantém em permanente conflito com as valorações dos grupos sociais, tendo em vista a distinta ideologia destes com o que se percebe na *mens legis*.

É por isso que as normas jurídicas expressam uma estrutura discursiva dialógica, cuja regra básica é o dever de prova, por meio da persuasão. Admite-se que o problema da fundamentação esteja na formação do consenso, que atue não apenas como um conversor de

preferências individuais em coletivas bem como delimita a validade da norma jurídica a uma decisão. Necessária (e urgente), portanto, uma estabilização para esse conflito. Isso é tão impactante que, por exemplo, explica o surgimento e o desenvolvimento da noção de *Estado de Direito*, mormente relacionado ao liberalismo político do século XVIII, implicando na necessária alusão da existência (e manutenção) de um Estado detentor do poder exercido de forma institucionalizada, em conformidade com as regras impessoais.

Disso a admitir-se que as normas jurídicas tornam-se válidas na medida em que representam o momento culminante de um processo que é inseparável dos fatos que estão em sua origem e dos valores que constituem sua razão de ser, bem como dos motivos mediante os quais os fins se atualizam. O direito positivado tem em sua estrutura uma instabilidade intrínseca, resultante da tensão permanente dos valores sociais com a própria realidade social, motivo pelo qual, o discurso jurídico tem como pressuposto o persuadir e não o convencer. Desse modo, “toda norma jurídica pressupõe um conflito de valores e uma necessária interferência decisória do poder, sempre sujeita aos perigos da arbitrariedade no momento da decisão” (FARIA, 1978, p. 45).

As regras positivadas do direito, somente valerão a partir do reconhecimento da comunidade política dentro da qual estão inseridas, ou seja, os princípios fundamentais de garantias e liberdades individuais dependem de um reconhecimento efetivo dos órgãos do Poder Público. Tais regras se efetivam em torno dos macromodelos de normas constitucionais, cuja função é delimitar a estrutura da organização política e administrativa do país, bem como definir as linhas básicas do sistema jurídico a ser imposto.

Uma dada conduta é descrita como legal quando conforme ou não contrária a lei, compreendendo não apenas a norma singular, mas por iguais conjuntos de normas positivas e válidas pertencentes a um ordenamento jurídico. No Estado liberal, a legalidade é definida em termos de liberdade negativa, ou seja, é permitido tudo aquilo que não está proibido, onde se esbarra na principal função da legalidade, qual seja a de atuar como garantidora das liberdades formais dos indivíduos frente aos abusos do Poder Público.

Essa noção desemboca, necessariamente, na razão em que “a legitimidade identificada como mera legalidade é tida por auto-suficiente” (DINIZ, 2006, p. 143). Contudo, as barbáries ocorridas durante a Segunda Grande Guerra Mundial, nos trazem a lição de que mesmo que se admita a enorme variabilidade e mutabilidade de valores, ainda assim, é preferível possuir algum critério destinado à aferição moral das normas jurídicas. Tendo em vista que dentro do contexto de uma ordem política existem diversos valores, interesses e costumes, do mesmo modo como possuem uma infinidade de objetivos, e uma multiplicidade

de propósitos e metas, poderão ocorrer problemas quanto à prioridade nos casos de uma aplicação efetiva.

Materializa-se, desse modo, a formação de um dos centrais papéis da Carta Política de uma nação democrática, qual seja, o de conter, tal documento, o sistema selecionador de alternativas, por meio do qual procura conciliar os interesses antagônicos e evitar que as divergências se transformem em conflitos insolúveis na prática social. O desenvolvimento jurídico conduz ao fortalecimento das instituições, ainda que inicialmente o ato de poder do qual emana um comando político ou obrigação jurídica seja sustentado pela força, o que leva a afirmação de que “entre as panelas de ferro (a coerção) e as de barro (os valores reclamados pelos diversos grupos sociais), quebram sempre as mais fracas” (FARIA, 1978, p. 52).

Se de um lado a violência é de fato o critério instrumental que diferencia os sistemas políticos dos demais sistemas, de outro se torna necessário uma análise custo/benefício que consiste no problema da legitimidade, ou seja, quanto menos as constituições se fazem cumprir pelos valores inseridos em suas prescrições, mais elas se tornam dependentes do emprego de força, o que gerará o sentimento de medo, terror e mais violência. Daí a se afirmar que “o caráter instrumental da violência apenas multiplica a força, sem criar aquele tipo de poder resultante do agir em conjunto” (ARENDRT, 2010, p. 130-131).

Nas breves premissas aqui assentadas, assume-se como adequado que a validade das normas jurídicas dependa do consenso alcançado na fundamentação decisória, onde além do caráter normativo existe uma decisão política. Concluindo no sentido de que

a Constituição como uma decisão política fundamental ou como uma decisão concreta de conjunto sobre o modo e a forma de existência da unidade política, válida somente em razão do poder que a estabelece. Em outras palavras, a constituição não se dá a si mesma, mas é dada por uma unidade política concreta, anteriormente existente (SCHMITT, 1970, p. 23-24).

## **5. Legitimidade e a questão da Administração Pública: tensão permanente entre valores**

O pilar de arranque, aqui, assenta-se na premissa maior que a legitimidade acerca da Administração Pública tem como pressuposto o princípio da supremacia do interesse público. E este se conforma tendo em vista ser ele

o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade. (...) trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste

último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todas e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados (MELLO, 2003, p. 53-60).

Verifica-se, desta forma, uma concepção unitária de interesse público, que abarca, em seu bojo, tanto uma dimensão individual como coletiva, numa aproximação com a própria noção de bem comum. Daí a atestar que cumpra tal supremacia “sua função central no regime jurídico administrativo, como fundamento das prerrogativas formais e materiais da sua Administração Pública em relação aos administrados” (MEIRELLES, 1996, p. 43).

Inegável a essa quadra do pensamento atestar a existência de um interesse público inconfundível com os interesses particulares integrantes de uma sociedade política, cada vez mais atrelada ao movimento constitucional e à consagração dos Direitos Fundamentais e da democracia, como fundamentos da legitimidade no Estado Democrático de Direito. Isso confirma a ideia de que um preceito jurídico que preza o interesse público acima do individual

revela-se absolutamente inconfundível com a ideia de Constituição como sistema aberto de princípios, articulados não por uma lógica hierárquica estática, mas sim por uma lógica de ponderação proporcional, necessariamente contextualizada, que demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2004, p. 70).

E tais princípios se fecham como mandados de otimização, potentes preceitos que autorizam, no caso prático, a adoção de medidas que venham a solucionar conflitos, materializando-se por meio de “comandos normativos que apontam para uma finalidade ou estado de coisas a ser alcançado, mas que admitem concretização em graus de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas” (ALEXY, 2008, p. 93).

Por outro lado, as regras são normas binárias, aplicadas segundo a lógica do “tudo ou nada” (DWORKIN, 2002, p. 23-24), enquanto que os princípios têm uma dimensão de peso, sendo aplicados em maior ou menor grau, conforme juízos de ponderação formulados, tendo em conta outros princípios concorrentes e eventuais limitações matérias a sua concretização.

Um dos problemas teóricos que surgem quanto à prevalência da supremacia do interesse público dentro da dicotomia público/privado ou coletivo/individual está em estabelecer qual a justa medida de restrição dos direitos individuais em face da coletividade. Inegavelmente, se tem, nessa perspectiva, que

o reconhecimento da centralidade dos Direitos Fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura pluralista e maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais ou dos interesses públicos sobre interesses privados. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público,

aliada a natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos Direitos Fundamentais (e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade), impõe a administração pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização (GRAU, 2002, p. 25).

A ponderação empregada na Administração Pública é mais do que uma mera técnica de decisão judicial, mas sim um princípio formal do direito e de legitimação dos princípios que estruturam o Estado Democrático de Direito. E tal ponderação se perfaz como medida otimizadora dos princípios, bens, valores e interesses ínsitos no bojo do texto constitucional, atingindo, portanto, níveis concretos da Administração Pública. São nortes, portanto.

As relações de prevalência entre interesses privados e interesses públicos não comportam determinação *a priori* e em caráter abstrato, senão que devem ser buscadas no sistema constitucional e nas leis constitucionais, dentro do jogo de ponderações proporcionais envolvendo Direitos Fundamentais e metas coletivas da sociedade. A necessidade de utilização de um modelo de ponderação, como critério de racionalidade do direito, servirá de instrumento para demonstrar a inconsistência da ideia de um princípio jurídico que preconiza a supremacia abstrata e *a priori* do coletivo sobre o individual ou do público sobre o coletivo, apresentando ainda a crise da legitimidade deste modelo principiológico.

À essa altura identificam-se os problemas surgidos com o desenvolvimento social em tempos atuais, especialmente no que tange a Administração Pública, tendo em vista o desprestígio do legislador e a crise da lei formal. E por tal é seguro atestar que

a crise da lei é hoje quase tão universal quanto a própria proclamação do princípio da legalidade como o grande instrumento regulativo da vida social nas democracias constitucionais contemporâneas. Ao ângulo estrutural, a crise da lei confunde-se com a crise da representação e, mais especificamente, com a crise de legitimidade dos parlamentos. Ao ângulo funcional, a crise da lei é a própria crise da ideia de legalidade como parâmetro de conduta exigível de particulares e do próprio Estado. Hoje não mais se crê na lei como expressão da vontade geral, nem mais se a tem como principal padrão de comportamento reitor da vida pública ou privada (BONAVIDES, 1993, p. 362).

A crise, que perfaz o objeto nodal da vertente pesquisa, se situa no supracitado vértice e atua especificamente sobre o princípio da vinculação administrativa à legalidade, entendido classicamente como uma vinculação positiva à lei, bem como de suas transformações sob a égide do Estado Democrático de Direito. A afirmação de que há uma crise no tocante a lei formal (FAGUNDES, 2005, p. 22-25), no sentido liberal Iluminista, ganhou corpo após a Segunda Grande Guerra Mundial, fortalecendo o constitucionalismo, que passou a se tornar a mais importante fonte do direito. Assim, podem-se elaborar cinco razões básicas da crise da lei em geral e da legalidade administrativa.

A primeira dessas razões, de ordem fática, está relacionada com o excesso de leis, principalmente nos países de origem romano-germânica. O mito positivista de completude do ordenamento jurídico, aliado ao aumento significativo das funções do Estado Social, inspirou o legislativo a acreditar que a lei seria apta a resolver todos os problemas sociais. Com esta banalização, a lei, como era tratada no Iluminismo, deixa de ter seu caráter magistral.

Essa notada inflação normativa “coloca os ideais de segurança e certeza jurídica sob comprometimento” (GRAU, 2002, p. 187), o que faz naufragar, a esperança de estabilidade das relações sociais prometidas pelo discurso Iluminista legalista. Uma segunda razão que contribuiu significativamente para a perda da importância da norma jurídica é “a constatação histórica de que esta pode muito além de veicular a injustiça, ser fundamento para a barbárie” (BAPTISTA, 2003, p. 99).

Numa concepção rousseauiana, toda lei é válida independentemente de seu conteúdo, desde que em conformidade com uma lei hierarquicamente superior, num escalonamento que termina numa norma fundamental, acima da Constituição, de caráter abstrato. Ao se verificar que a lei é insuficiente para trazer justiça e liberdade, está perdeu sua áurea sagrada incorporada com a Revolução Francesa, haja vista que os acontecimentos históricos comprovaram que ela pode ser o veículo da injustiça e da falta de liberdade.

Ainda, pode-se apontar uma terceira razão que contribuiu para a crise da legalidade e tal se relaciona ao fato de que a lei deixou de ser a principal e mais importante forma de manifestação da vontade do povo, dando assim impulso e fortalecendo o movimento constitucional, que a partir do segundo pós-guerra, as esperanças de garantia da liberdade e da justiça passam a ser depositadas no constitucionalismo.

Razão assiste ao que se constata pelo fato de que a Carta Política, alimentada por um sistema de princípios, se conforme como uma norma jurídica, irrigando efeitos em todo o ordenamento jurídico, fato este que se denomina “constitucionalismo do direito” (BINEMBOJIM, 2008, p. 130). Ressalta-se, aqui, a superioridade formal e a ascendência axiológica da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico produziram modificações significativas no direito administrativo, haja vista a substituição da lei pela Constituição como principal fonte de disciplina jurídica, tendo em vista que “a reserva vertical da lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição” (CANOTILHO, 1997, p. 834).

Desta forma, a Constituição passa a figurar como norma diretamente habilitadora da atuação administrativa, havendo uma verdadeira osmose entre a Carta Maior e a norma jurídica. Pondera-se pela vigência de um quadro em que há uma legalidade sem a norma de direito, tendo em vista que a

opção administrativa está vinculada diretamente à concretização prioritária e prevalecente dos interesses definidos pelo texto constitucional, pois os mesmos são tarefas fundamentais do Estado, servindo a Constituição de referencial normativo imediato da actuação (*sic*) administrativa e critério aferidor de validade. É nesse contexto que ganham significativo destaque os Direitos Fundamentais, que pautarão a Administração Pública, existindo ou não lei (OTERO, 2003, p. 740).

Nesse cenário, desponta, ainda, uma quarta razão para atestar a crise da lei formal e esta decorre do fato de haver, hodiernamente, a edição de uma série de atos normativos infraconstitucionais capazes de, por si próprios, servirem de fundamento à atuação administrativa. Assim, como a Constituição tomou o espaço da lei, outros atos normativos, diversos da lei, servem de fundamento para a administração pública. Inevitável atestar que a legalidade deve ser observada ainda que a função normativa seja desenvolvida não somente pelo Poder Legislativo. Com isto, a lei deixa de ser o instrumento que legitima toda a atuação administrativa, fazendo surgir o movimento, tanto da Constituição quanto do Poder Legislativo, no sentido de estabelecer novas esferas de normatização dotadas da devida celeridade, afim de uma efetiva atuação regulatória do Estado.

E, ao que se entende por tal, há, ainda, uma quinta razão que justifica a existência da crise da legalidade e, essa, converge ao fato de o Poder Executivo não ter a atribuição normativa de que necessita, não restando assim espaço para sua atuação, independente do Poder Legislativo. E o agravamento da crise aqui descrita se nota da verificação de três vigas-mestras, que são:

(i) por meio de reservas de iniciativa legalista de matérias relevantes, com a vedação inclusive, de emendas parlamentares que impliquem aumento de despesa (art. 61, §1º, e art. 63 CR); (ii) a possibilidade de trancamento da pauta de deliberações do Congresso Nacional por ato da chefia do Poder Executivo (art. 64, §§ 1º e 2º, CR); e (iii) por meio da formação de sólidas bases parlamentares, capazes de aprovar qualquer projeto de interesse governamental (BAPTISTA, 2003, p. 99).

Todos esses expedientes acabam por limitar sensivelmente a importância do Poder Legislativo enquanto órgão normatizador por excelência, esvaziando-se deveres no sentido da lei formal, como ato essencialmente criado para limitar a atuação administrativa. Nítidos, aqui, os percalços advindos de uma tripartição harmônica do poder.

## 6. Conclusão

A proposta central, na qual se arrima a vertente pesquisa, é realizar uma análise da crise do sistema representativo brasileiro frente à perspectiva do conflito de preceitos

fundamentais da ordem constitucional vigente. Assentado na metodologia da análise documental atinge-se, no âmbito da presente pesquisa, uma importante conclusão que engloba três fundamentais paradigmas na Teoria da Constituição, que são: a legitimidade, a norma jurídica e o interesse social.

Para que se forme o substrato necessário à formação das presentes linhas conclusivas, lançou-se mão ao longo da pesquisa de fundamentais análises acerca dos diversos pensamentos jusfilosóficos, concordantes em que num Estado Democrático de Direito há um sistema constitucional complexo, irrigado por um feixe de princípios que, necessariamente, carece de carga valorativa diferenciada, dada sua magnitude e implicância prática. E isso faz com que haja, costumeiramente, colisão entre direitos fundamentais.

Analisar a crise somente pela angulação crítica conduz a graves equívocos. Não se pode desprezar a existência de um sistema apriorístico que envolve a exata compreensão do talante da norma jurídica, não somente em face das reais necessidades de sua existência, mas, essencialmente tendo em vista a ideologia formadora da disciplina de bens, valores e interesses que ora a mesma colaciona. E essa análise fica ainda mais aguda quando se toma ao raciocínio a referida colisão supramencionada.

Conclui-se que o processo de formação da legitimação não se forma de modo linear na história. A ascensão e queda de regimes e de sistemas de governo, costumeiramente se associam a um ou outro modelo de representatividade. Com a tripartição do poder se atinge o degrau mais elevado da legitimidade. Contudo, como se demonstra, isso está longe de resolver o problema da existência de uma crise no referenciado modelo.

A isso, como também se anota ao longo da pesquisa, se agrega o fato que os valores e necessidades coletivas transmudam-se constantemente, influenciados, principalmente pelos novos desafios do viver em sociedade. Em polo diametralmente oposto o que se quer, por meio da edição de uma norma jurídica, é exatamente aparar zonas de prováveis tensões sociais. Isso tem se mostrado falho, em boa parte dos casos.

Invocar a ordem constitucional significa priorizar a efetividade das balizas da Carta Maior, estas que devem ser analisadas na guarida de critérios maiores e mais complexos. Impõe-se, portanto, uma necessária relativização dos preceitos constitucionais para que se possa atingir os níveis aceitáveis de legitimidade da aplicação da norma de direito, ainda que não consoante à ideologia posta.

A atuação administrativa deve voltar-se para o melhor interesse na aplicação da norma jurídica. Nisso a se proclamar que a legitimidade parte da convergência de dois vitais eixos,

quais sejam: (i) a existência de um mínimo de consenso moral e (ii) a ética no trato da coisa pública. A falha em um conduz à falência do outro. E isso é fundamental nesse raciocínio.

O agravamento da crise aqui relatada não deve, contudo, conduzir à quebra do modelo de separação dos poderes. Essa conclusão se torna essencial. Ao contrário, deve ser a crise vislumbrada como o elemento catalizador para que se desenvolvam políticas públicas aptas a conformar o interesse social ao melhor patamar de eficácia da norma constitucional. A via contrária não demonstra bons resultados, como se pode concluir a partir dos quadrantes em que a presente pesquisa ora se estriba.

## 7. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. Alemã. São Paulo: Malheiros, 2008

\_\_\_\_\_. *Derecho y Razón Práctica*, 1992; NETO, Claudio Souza Pereira. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARENDDT, Hannah. *Crises da República*. São Paulo: Perspectiva, 2010.

ÀVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. *Revista do Direito Administrativo* nº 240, 2005.

BINENBOJIM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. Trad.: João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Universidade de Brasília, 13. ed., 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad.: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2. ed. revista, 2003.

\_\_\_\_\_. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad.: Marcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Brasiliense, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.

DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. *Teoria da legitimidade do direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério*. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed., atualizada por Gustavo Binenbojm, 2005.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Democracia Humana*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1958.

FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade*. Rev: Angelica Dogo Pretel e Vera Lúcia Bolognani. Produção: Plínio Martins Filho. São Paulo: Perspectiva, 1978.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia*. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Trad.: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995.

\_\_\_\_\_. *Crítica da razão Pura*. Trad. de Manuela Pinto dos Santos e de Alexandre Fradique Mourão. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: As instituições do Estado Democrático e Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009.

RAWLS, John. *O Liberalismo político*. Trad.: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *O Direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

SALDANHA, Leonardo Tricot. *Legitimação política democrática e autonomia*. Porto Alegre: UniRitter, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.