

DIREITO ADMINISTRATIVO PARA CÉTICOS

2ª edição

carlos ari
sundfeld



sbdp

sociedade
brasileira
de direito
público



CRÍTICA À DOCTRINA DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

1. O princípio. 2. Uma ideia. 3. De ideia a ofício. 4. Provérbios do direito administrativo. 5. Este texto não é sobre princípios científicos. 6. O direito administrativo como sistema: existe um critério? 7. Princípios científicos ou retalhos? 8. Ciência ou convenção? 9. A teoria não precisa de sistema. 10. Do tubo de ensaio para o mundo da Ciência? 11. Do jurista intérprete para o aplicador. 12. Princípios nos manuais: normas em prosa. 13. Será que esses hiperprincípios vêm mesmo do ordenamento? 14. O que fazer com eles? 15. O fim.

1. O princípio

Ambicioso, o conhecimento clássico mirou o impossível: costurar uma roupa de ciência para o nosso querido direito administrativo. Ciência, nada menos que ciência! Só que as normas sobre a atividade administrativa nunca foram o corpo de modelo que coubesse nessa roupa. Mais Quasímodo que Esmeralda (estou falando de *Notre Dame* e do corcunda, amigo leitor; você logo saberá por que evoco Paris... Ah, Paris!), essas normas nunca chegarão à unidade absoluta, ao círculo perfeito, coerente e lógico. As normas administrativas, tomadas assim em seu imenso todo, serão sempre um conjunto experimental, em fluxo constante, um saco de incoerências, uma coisa torta. As normas vêm das soluções possíveis nos contextos. Não são deduzidas de idealizações, de princípios gerais; nem cabem encaixadas neles.

Porém, como era preciso fazer ciência, o conhecimento clássico ignorou tudo. E sonhou com princípios gerais. Em dedução, por indução, tudo valia; o negócio era achar e usar princípios gerais. Ajudou para isso o dogma, vindo da teoria geral, de que o ordenamento jurídico, ele próprio, podia ser visto como unidade; assim, um braço do

ordenamento (o administrativo) também haveria de ter sua unidade, seus hiperprincípios. Ajudou também que houvesse uma Constituição, com suas normas de valor mais alto servindo de boa desculpa para princípios gerais.

Predisposto a ver unidade onde ela não surgia, o conhecimento clássico a inventou. Criou-se a tradição, que veio transmitida em manuais, de que o modo certo de entender e aplicar direito administrativo era levar em primeira conta hiperprincípios. Tudo tinha de partir deles, emanar deles. Questão de fé. A hipergeneralização tornou-se um vício, escondido na miragem da ciência.

Este ensaio defende a tese de que chegou a hora de o conhecimento sobre direito administrativo abandonar esse classicismo. Parecia boa a ideia de procurar solução para os problemas jurídico-administrativos passando-os sempre, e em primeiro lugar, pelo filtro das hipergeneralizações, pelos princípios. Era coisa de cientistas, não podia ser ruim. Era também um modo prático de preservar os verdadeiros valores, inclusive os constitucionais.

Mas a ideia não era boa. Por quê? Porque seus resultados são ruins. E é isto, afinal, que deve valer para julgá-la. Ser sedutora, ser generosa, não faz com que funcione. E, se não funciona, a abandonamos.

Por que não funciona?

Hiperprincípios são muito vagos. Para usá-los é preciso construir critérios e mais critérios, levando em conta uma infinidade de elementos. Quem toma de hiperprincípios do direito administrativo (o princípio do interesse público, por exemplo) e quer levá-los pela mão para o primeiro atendimento a um caso concreto (por exemplo: a dúvida sobre se uma prostituta que faz o *trottoir* pode, ou não, ser detida a cada noite e solta de manhã, para evitar que afete a paz e a moral públicas) muito certamente vai desprezar as regras específicas que encontrar pelo caminho (por exemplo, a norma que proíbe a prisão que não seja por ordem judicial ou em flagrante).¹ Ofuscado e fascinado pela luz forte do princípio, que o encanta, o sujeito não dá muita atenção ao resto, se sente forte e bom, capaz de resolver tudo sozinho.

Na emoção dos hiperprincípios livrescos, descritos de modo tão bonito e fácil nos manuais, os profissionais do direito administrativo

1. Como fez o STF no HC 59.518-SP, rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 26.8.1982.

brasileiro estão ignorando o direito positivo, desprezando o direito positivo, substituindo-se a ele.

O fato é que, para respeitar valores nas situações específicas, não precisamos dar proeminência às hipergeneralizações, começar tudo sempre delas. As hipergeneralizações, as grandes declarações de princípios, são frequentemente vazias, perigosas, inúteis. Os valores não precisam delas, pois estão espalhados nas normas mais concretas, nas soluções pontuais da Administração e do Judiciário e também na experiência.

Se você chegou até aqui, paciente leitor (obrigado, amigo!), você já entendeu que este texto não é o que devia ser. Em um tratado de direito administrativo há sempre um capítulo sobre o conteúdo dos princípios gerais, em estilo acadêmico, sem surpresas. Eu, do contra, quero dizer justamente que declarar princípios gerais desse jeito é como alimentar vírus em laboratório só para ele fugir, fazer estragos. Então, se você esperava meus princípios, perdão. (É verdade, confesso: já andei escrevendo meus princípios por aí, no passado. Estou sob nova direção, me reinauguro.)

Quanto ao estilo da escrita, além de essencial à tese, creio que um tanto de modernismo fará bem a nosso direito administrativo.

2. *Uma ideia*

Um crítico de arte, querendo escrever de modo charmoso sobre a pintura francesa da passagem do século XIX para o XX, poderia juntar um conjunto de artistas e obras atrás de alguma palavra expressiva. Ele diria das características comuns desses artistas e obras, destacaria sua identidade e soltaria no ar a palavra “impressionismo”. Se a coisa parecesse verossímil, e se fosse bem divulgada, logo as pessoas iriam se acomodando, repetindo, e o impressionismo se instalava como natural no mundo das Artes; com sorte, virava popular. Bem, como sabemos, isso aconteceu realmente. E os turistas vão hoje a Paris (atenção, leitor: chegamos a Paris) ver um movimento, o “impressionista” – e achar nas obras uns traços comuns: os do impressionismo.

Apressado, o guia turístico explica: – *Aqui, nesta tela, os grandes princípios do impressionismo... Sintam a luz natural, a vida ao ar livre, sintam o movimento, a dança, sintam...* Mas a garota já escapuliu do grupo, e já levou os pezinhos inchados para andar na loja do mu-

seu. Já sabe o bastante para gritar às amigas, na volta para casa, como ela *aaaama* o impressionismo: – *Ah, é tipo assim, ritmo, natureza, cor...* Ela já entende os princípios do impressionismo!

Pouco antes da época em que alguém inventou esse impressionismo, na mesmíssima Paris (viu, leitor, como Paris tinha a ver?), magistrados da Justiça administrativa francesa e circunspectos professores de Direito se envolveram em outro movimento. Os professores procuravam descrever as novas pautas que os magistrados vinham usando para decidir processos onde estivesse a Administração Pública. Tiveram, então, esta ideia charmosa: dizer que havia surgido um novo ramo jurídico, o administrativo. Essa figura expressiva (direito administrativo), de uma criatividade de crítico de Arte, foi uma solução teórica; coisa de intelectual, para falar da realidade jurídica que vinha aparecendo na Justiça.

3. De ideia a ofício

A coisa pareceu fazer sentido, os franceses sabiam vender bem suas criações, e não custou para a ideia de direito administrativo sair viajando o mundo. Nas livrarias, logo apareceu a prateleira do direito administrativo; nas escolas, a turma passou a se divertir com os professores de direito administrativo (estranhos...); e, dali a pouco, o cartão de visitas já tinha impresso, bem abaixo do dourado da balancinha da Justiça, o título pomposo: “Doutor de Tal, Especialista em Direito Administrativo”. Não demora muito, e lá estão vários doutores de tal em torno de um café, perto do fórum, reclamando dos juízes: – *Uns ignorantões, em tudo só veem direito civil; de direito administrativo não sabem nada, nem os princípios!*

No discurso de intelectuais, impressionismo e direito administrativo são abstrações complexas, criadas no mundo teórico para organizar elementos da realidade da Arte ou do Direito. Para esses intelectuais, princípios do impressionismo e princípios do direito administrativo são também abstrações sofisticadas, com que eles imaginam caracterizar bem essas realidades.

Só que os intelectuais, vaidosos, não querem morrer presos nos livros e nos colegas. Ficam exibindo suas abstrações para o deleite do público, e aí elas caem na vida, para a boca dos guias de turismo e dos

doutores de tal. Ironia: críticos e juristas, essa gente de língua estrangeira, esses intelectuais severos, inventam as abstrações complicadas para elas um dia ... virarem conhecimento vulgar.

Ou não é assim?

Será que o jovem promotor de justiça, lá na sua comarca de início de carreira, quando desanca a autoridade em uma ação judicial, pedindo que ela seja condenada ao fogo dos infernos (improba!), e alega que foi maltratado o princípio da legalidade, e também o da moralidade e o da impessoalidade – e quantos mais houver no manual que ele decorou com tanto empenho para passar no concurso público –, será que esse promotor fala a língua dos intelectuais? Os princípios, que ele tanto cita, e grifa, grifa, serão aqueles mesmos que o velho jurista pronunciara, em seu laboratório austero, enquanto assistia, encantado, com a cabeça no mundo da teoria, aos primeiros passos da sua perigosa criatura, que começava a viver?

4. Provérbios do direito administrativo

Os turistas passeando nos museus de Paris têm a maior convicção de saber do impressionismo e de suas características, e não perdem tempo matutando nisso. Para comentar a respeito, agarram expressões e ideias que, fugidas de ambientes cultos, viraram lugar-comum, entraram pela orelha do povo. Para os turistas, isso basta. Logo sobem a Torre Eiffel, depois nos aviões, e, tontos de nostalgia, voam para casa. Mas, se um dia forem ler toda a produção intelectual existente sobre história da Arte, descobrirão, bastante surpresos, que os críticos complicam tudo, falam demais, inventam mil outras ideias e expressões, e não são capazes de acordo sobre quase nada do tal impressionismo. Quer dizer: no mundo da teoria mais sofisticada, aquelas ideias iniciais nem são consensuais, nem talvez sejam tão respeitadas.

Com o direito administrativo é também assim. Há ideias, nascidas da cabeça de teóricos, que, com o tempo, na forma de fragmento, viraram lugar-comum. São hiperprincípios teóricos (isto é, invenções de teóricos, tentativas de descrever certa realidade jurídica) que ficaram tão populares como o impressionismo dos guias turísticos. Provérbios.

O que os aplicadores comuns normalmente reconhecem como princípios? Quais são os – por assim dizer – “princípios turísticos” do direito administrativo, os provérbios?

Não é nada fácil fazer uma lista de todos os princípios proverbiais que circulam nas discussões de questões administrativas. É que, além de provérbios considerados de aplicabilidade geral (normalmente citados como princípios gerais do direito administrativo, ou como princípios do processo administrativo ou dos atos administrativos), há vários outros, para campos mais específicos, como servidores públicos, contratos administrativos, serviços públicos etc.

De qualquer modo, entre os lugares-comuns dos administrativistas, talvez os mais gerais e populares sejam os *princípios do interesse público* (o direito administrativo cuida de garantir a realização do interesse público e dá às autoridades os poderes necessários para tanto) e da *legalidade* (as autoridades só podem fazer o que a lei autoriza, ao contrário dos particulares, que podem fazer tudo o que a lei não proíbe). São ideias simples, fáceis de entender, acessíveis ao senso comum: “grudam”.

Mas elas têm o mesmo problema do que dizem os guias para prender passantes nos quadros de Monet e Degas: só funcionam para um giro turístico, superficial. Quem se aprofundar nos debates jurídicos logo verá que as ideias sobre o direito administrativo são bem variadas, que juristas não se entendem, complicam demais. É, portanto, algo curioso: são princípios que, mesmo surgidos como produção de intelectuais, com o tempo saíram recortados dos livros, tomaram a forma de provérbios, puro senso comum, e assim são repetidos pelos guias.

Esses princípios têm a mesma circulação e o mesmo valor dos provérbios: sabedoria popular, singela, sedutora, transmitida por tradição, difícil de contestar. Têm, também, todos os inconvenientes dos provérbios: superficiais, conservadores, desatualizados, distorcem as coisas etc.

Quando se enfrentam a sério questões de direito administrativo (quando, por exemplo, se tem de resolver no tribunal um conflito entre o Estado e um particular), o ideal seria os debatedores terem noções profundas a respeito, ficarem agarrados ao complexo direito positivo (em vigor, claro), e jamais usarem provérbios como argumento, não é? Mas a vida não é assim, não. Boa parte do que aparece em discussão jurídica é ideia superficial, é lugar-comum, muitas vezes ocupando o espaço de textos normativos.²

2. O STF julgou inconstitucionais leis estaduais que regulamentaram a exceção do art. 164. § 3º, da CF porque entendeu, entre outras frágeis razões, que a contrata-

A pessoa experiente sabe que na prática jurídica é preciso ficar alerta com os princípios proverbiais. Normalmente eles surgem nos debates como citação de frases ou pequenos trechos cortados de livros (manuais, cursos, tratados) de juristas consagrados, mais ou menos como com os textos sagrados. No caso brasileiro, provavelmente o que por mais tempo se usou como bíblia foi o livro de Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, cuja influência direta foi fortíssima da metade da década de 1960 à metade da década de 1990. Embora hoje em dia ele já não seja tão citado diretamente como antes, suas frases ainda são bem presentes, inclusive porque migraram, às vezes literalmente, para livros bem populares.

Hely indicou entre os pressupostos ou princípios do direito administrativo os seguintes: “(1ª) a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados; (2ª) a presunção de legitimidade dos atos da Administração; (3ª) a necessidade de poderes discricionários para a Administração atender ao interesse público”.³

Assim, é bem frequente que, discutindo a viabilidade de uma medida administrativa restritiva da liberdade, o consultor da Administração lembre o *princípio do interesse público* para dizer que sim, é viável, mesmo a lei nada prevendo a respeito; e que amarre o argumento na opinião de Hely sobre a desigualdade e a discricionariedade em favor da Administração.

Quero deixar bem dito que eu não tenho nada contra o velho Hely. Também não sei, claro, se naquele caso fictício – que deixei aí por cima, malformatado – a medida restritiva da liberdade seria viável, ou não. Talvez seja, talvez não. Para saber, seria preciso estudar com bom cuidado o ordenamento jurídico. Mas eu sei que, numa dúvida assim, trazer princípio vago (o interesse público...), ainda mais na voz de um imortal, é manipulação.

ção de Banco privado como depositário de recursos públicos contrariava a “moralidade administrativa” (ADI/MC 2.600 e ADI/MC 2.661). Depois, julgou inconstitucional também a lei federal que regulamentou essa exceção, ainda com o argumento da imoralidade, e mais outro desse nível: violação da “razoabilidade”, pois a exceção instituída seria ampla demais (ADI/MC 3.578). Nesses casos, os princípios soam como argumentos de conveniência, com prestígio popular, que serviram para o Tribunal intervir em questão politicamente delicada, a privatização de Bancos.

3. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 40ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 50.

Isto aqui, fique bem claro, é mesmo uma denúncia. No mundo jurídico prático, citar hiperprincípios é, em geral, o melhor modo possível de trapacear. Um truque para esconder a falta de fundamento dos pedidos, o puro voluntarismo na tomada de decisões e até a mais descarada violação de normas. O truque muitas vezes dá certo, pois o pacote bonito da ciência e a pompa das becas dos autores enganam, mesmo, os ingênuos.

Minha opinião é esta: nos manuais de Direito, hiperprincípios até podem ser aceitáveis como retratinhos singelos, que antecipam para o novato, de modo rápido e tremido – às vezes distorcido –, as delícias do mundo que ele vai visitar depois, devagar. Uma amostra grátis, nem sempre de qualidade boa.

Mas alguém compra um *tour* por Miami e Disney e aceita que a agência entregue apenas umas fotos tremidas do Pateta passeando na praia? Não. O turista quer, ele próprio, pôr o pé na areia, quer cansar as pernas no parque, quer apertar a mão do Mickey, quer seguir a parada ao anoitecer, quer se esmagar no avião.

Portanto, leitor, na prática jurídica nunca aceite hiperprincípio no lugar das detalhadas normas jurídicas vigentes. Não beba café em pastilha. Princípio assim é lesão aos direitos do consumidor.

5. Este texto não é sobre princípios científicos

Quem quiser escrever sobre os princípios do direito administrativo vai ter de fazer uma escolha: ou põe a casaca e debate com os livros severos, tentando fazer arquitetura teórica; ou baixa à rua e vai ouvir a língua comum na boca da gente que passa, e tenta entender como é que ela funciona.

Minha tentativa, aqui neste ensaio, é do segundo tipo, como já deu para ver. Não estou muito interessado em arquitetura teórica, na construção abstrata de um direito administrativo de linhas perfeitas e harmoniosas. Não acho mais que esse tipo de esforço valha a pena. Mas quero, sim, entender por que se fala tanto de princípio, hoje em dia, entre a gente comum do direito administrativo. O que essas pessoas estão querendo dizer quando falam sobre isso? E para quê elas usam esses tais princípios? Qual o perigo?

Quero, sim, produzir algum conhecimento sobre essas coisas, mas – você já sabe – não quero ligar isso à orientação que supõe o caráter

científico do direito administrativo. Nem todo pensamento precisa ser “científico”, nem toda área do conhecimento depende dos modos das “ciências duras”. Ao contrário de tantos de meus colegas, hoje eu sou bem cético quanto ao sonho de provar o caráter científico dessa disciplina, ainda mais por meio da proclamação de hiperprincípios.

6. O direito administrativo como sistema: existe um critério?

Os que têm acreditado no caráter sistemático do direito administrativo pelem por uma construção muito abstrata dessa disciplina. O desafio é identificar, bem rigorosamente, algum ponto essencial comum nos objetos que a compõem.

Entre as soluções mais genéricas que esses pensadores já propuseram para esse problema teórico – o da essência no direito administrativo –, surgiram ideias como as de “direito especial” (em contraposição ao direito privado, o comum), “direito da autoridade pública” (diverso do direito privado, que é baseado na igualdade dos sujeitos), “direito do serviço público” (direito em que a autoridade só se justifica como prestação de serviço à coletividade), “direito do interesse público” (diferente do direito dos interesses privados) e de “relação de administração” (na relação jurídica de administração, característica do direito administrativo, o agente público cuidaria de interesses de terceiros, não de seus próprios interesses).

São propostas alternativas, interessantes. Qual a melhor?

A resposta é meio arbitrária. Aqui vai uma charada, leitor: descubra a ideia capaz de pegar o que há de realmente comum (o mais significativo dos pontos comuns) a todos os compositores da MPB – Música Popular Brasileira. É o vocabulário simples, a rima óbvia, a frase curta, como nos incríveis sambas de Cartola (“Alvorada lá no morro, que beleza; ninguém chora, não há tristeza, ninguém sente dissabor...”)? Bem, há bastante disso, sim, na MPB, mas não nas letras de Chico Buarque, mais elaboradas. Será o ritmo do pandeiro saltitando na avenida, como no maior sucesso de Paulinho da Viola (“Se, um dia, meu coração for consultado, para saber se andou errado, será difícil negar. Meu coração tem mania de amor...”)? Há isso nos bons sambas de morro, mas ... e as canções de Tom Jobim (“É pau, é pedra,

é o fim do caminho; é um resto de toco; é um pouco sozinho...”) ? Há ritmo aqui, mas não é o das chapinhas do pandeiro.

E por aí vai... É impossível chegar a um critério, a não ser que seja tão amplo que nele caiba qualquer coisa (o que há em toda a MPB é “música”), vago que não signifique muito (só a MPB tem a “alma brasileira”) ou artificial (a verdadeira MPB é Jards Macalé; o resto é música étnica).

Se não se perde muito tempo com essas polêmicas na MPB é porque ninguém leva a sério o problema conceitual, ninguém, no fundo, acredita que seja mesmo útil discutir conceitos, precisá-los. Está todo mundo mais ou menos satisfeito com uma noção convencional e imprecisa de MPB. Em suma, ninguém visualiza a MPB como um sistema, e, por isso, ninguém acha relevante buscar o conceito científico, etc. e tal.

Mas com o direito administrativo tem sido diferente. Os juristas que sugeriram os critérios de identificação que resumi ainda agora, embora tenham divergido quanto ao bom critério, estão todos bem seguros quanto à importância de descobri-lo (inventá-lo?) e, assim, chegar ao núcleo essencial da disciplina. Nas várias propostas o pressuposto é igual: o direito administrativo deve ser pensado como um sistema; o direito administrativo não faz sentido se não for um sistema.

E você, o que acha: a MPB só pode ser pensada como um sistema? Se não for, nas prateleiras das lojas a MPB vai ser totalmente contaminada por música sertaneja? Não vai dar para publicar um manual decente sobre MPB? Não poderá haver professores de MPB nas escolas de Música? Nenhum profissional terá direito ao título “cantor de MPB”?

Você pode me contestar dizendo que essas ideias, embora engraçadinhas, não têm nada a ver: – *Direito administrativo é coisa do mundo sério, não faz nenhum sentido tratá-lo como entretenimento, como MPB.*

Bom, preciso dizer a você que eu adoro MPB, gosto também de direito administrativo (estranho, já sei), torço de verdade pelos amigos que continuam fazendo experiências para descobrir os tais conceitos rigorosos, mas tenho a sensação de que eles estão atrás da pedra filosófal.

7. *Princípios científicos ou retalhos?*

Na linha de orientação segundo a qual o direito administrativo tem de ser visto como sistema, alguns pensadores optam por formular hiperprincípios. Imaginam que assim se consiga representar bem esse direito. Quem busca os princípios (no plural) de uma disciplina supõe que a definição não virá de um traço só, mas de um punhado deles. Princípios do direito administrativo são, para esses juristas, as ideias com que, usando apenas os traços principais, seria possível desenhar teoricamente sua área de conhecimento.

Não é má ideia, esta, de resumir o direito administrativo em algumas imagens. Para mostrar Paris (Ah, Paris!) a suas amigas, a garota com certeza não vai passar um filme completo de todas as 186 horas que passou por lá, tudo em 3 dimensões, e ainda mais em câmara lenta, não é mesmo? Bastam umas fotos: a Torre, a Avenida, o Arco, o Rio, a Catedral, a Ponte, *Mona Lisa*, o metrô, a baguette, o *free shop*, adeus; enfim, os princípios.

O direito administrativo também cabe, meio apertadinho, na legalidade, interesse público, publicidade, eficiência, moralidade, finalidade, motivação, formalismo etc. – enfim, nos hiperprincípios. São fotos da cidade jurídico-administrativa em que eu vivo. Em alguma medida a representam. Não gosto de todas, nem vejo bem todas as figuras, mas reconheço o perfil dos prédios. Para isso os hiperprincípios do direito administrativo me servem: como fragmentos aproximativos, como hipergeneralizações para um primeiro contato. E só.

Espero que nenhum jurista amigo meu esteja lendo este texto, pois eles vão ficar muito bravos comigo se me virem rebaixando os princípios do direito administrativo desse jeito (– *Retratinhos? Retalhos? Que audácia! São princípios científicos!*).

8. *Ciência ou convenção?*

Será que nos tratados, cursos e manuais de direito administrativo à venda por aí, bons ou ruins, os capítulos de princípios são obra de um *Doutor Sistemático*, cientista espartano, rígido, experimentando e esquadrinhando o Direito com régua e compasso, atrás de conceitos, elementos, princípios exatos? Sinceramente, eu acho que não. Esse

negócio de listinha de princípios nos capítulos iniciais de qualquer livro de direito administrativo virou uma espécie de sinal da cruz ao entrar na igreja: tem de fazer, e pronto.

Você deve estar se perguntando: – *Se um dia eu quiser publicar meu manual de direito administrativo, como vou achar os “meus” princípios?*

Bem, a coisa funciona assim. Imagine que você é escolhido, por um museu importante, para curador da exposição “Panorama da Arte Brasileira do Século XX”. Seu papel é reunir umas poucas obras para representar esse universo. O que você vai colocar lá dentro? Qualquer coisa? Não, claro que não: têm de ser objetos que as pessoas reconheçam como *Arte*, além do mais *brasileira*, e do *século XX*.

– *Posso pintar um quadro e colocar lá?* Não, óbvio: você é curador, não artista.

Há outro problema. As obras realmente disponíveis para esse tipo de exposição acabam não sendo muitas: acervos de museus parceiros, colecionadores exibidos, as coisas à mão. Você vai terminar juntando mais ou menos o óbvio, que já apareceu antes em algum evento semelhante, e alguma pouca novidade.

– *Posso arrumar uns quadros que ninguém viu, mas que eu acho o máximo, para fazer uma coisa totalmente diferente, que ninguém nunca fez?*

Lamento dizer que não. Se você levar esse projeto ao diretor do museu, ele, muito amável, vai lhe explicar que as pessoas não estão nem um pouco interessadas no excêntrico gosto do curador fulano, mas na *Arte Brasileira do século XX*, entende? – *Se deixo você montar essa exposição maluca, quantos milhares de pessoas vão passar ali, na bilheteria?*

São esses os constrangimentos do manualista que com hiperprincípios faz um panorama do direito administrativo. O que ele consegue não é mais que isto: um panorama, uma colcha dos retalhos disponíveis. Ele também não pode ser muito original, senão o livro não vende, ninguém lê. No que ele pode mesmo inovar, como um bom curador de arte, é na disposição, é na cenografia, na luz, nas cores, no entorno.

Estive até aqui referindo a lista de princípios com lugar cativo nos manuais de direito administrativo. Mas nos encontros de administrativistas – nos processos, nos pareceres, em alguns manuais da área,

nas palestras – é comum os princípios da vizinhança também virem participar da conversa. Dignidade da pessoa humana, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, boa-fé, confiança legítima, ampla defesa, contraditório, são os nomes de alguns desses hiperprincípios vizinhos.⁴ Simpáticos, não são da casa, mas é como se fossem; circulam sem camisa, jantam com a gente.

A história desses princípios vizinhos é mais ou menos a mesma dos nossos. Estão em livros de direito constitucional, de introdução ao Direito, de teoria geral etc., e são usados em muitas áreas. Igual aos hiperprincípios administrativos, vão sendo transmitidos como as receitas de bolo da família: do caderno da avó para a mãe, para a filha, para a neta; copiadas, recopiadas, mudam um pouquinho (bem pouquinho) de geração em geração, mas a base se mantém. E como a família gosta!

Tudo isso, vindo dos manuais de direito administrativo ou da vizinhança, é princípio cômodo, que não estraga na viagem, que mantém sempre o gosto. Por isso, vão sendo degustados por toda parte, tempos afora.

No entanto, é meio fingido, só porque o autor posou na capa do livro com o avental branco da ciência, dizer que a lista e o conteúdo dos seus princípios brotaram de rigorosos testes de laboratório. Cá para nós, nós sabemos que tudo não passa de conhecimento convencional. Receitas tradicionais de cozinha, na panela nova do *chef* da moda.

A cozinha tradicional pode ser uma delícia, eu sei. Mas há um perigo grande nesse método de escrever hiperprincípios em manuais de direito administrativo partindo das receitas velhas. O perigo é ignorar, desprezar, rejeitar e esconder o que realmente importa: o direito positivo, seus detalhes, suas contradições e suas mudanças permanentes. E isso acontece não como exceção, mas como regra, pois é doença típica da hipergeneralização.

4. Será preciso explicar dignidade humana, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, boa-fé, confiança legítima, por exemplo? Só de ouvir as palavras você já intui: se tem de respeitar a dignidade das pessoas, as decisões têm de ser proporcionais e razoáveis, estabilidade e segurança das relações são importantes, quem age com boa-fé tem de ser protegido, quem age de má-fé não pode ser protegido, a confiança que alguém depositou em uma situação tem de ser considerada – e por aí vai.

Você não pense que estou fazendo essas comparações domésticas para ridicularizar os queridos princípios convencionais. Por acaso eu iria falar mal da vovó só porque faz parte do mundo doce da família, com seu jeito cativante e sabedoria prática, e não de alguma academia alemã de ciências? Uma coisa não tem a ver com a outra. Vovó de fato não é produto da ciência, e sim do que há de mais tradicional; nem por isso é desprezível.

É o que estou querendo dizer sobre os hiperprincípios dos livros de direito administrativo. Não são ciência, mas sabedoria de velho. Têm lá o seu valor, podemos respeitá-los. Mas eles ignoram as mudanças do mundo, não servem para elas, querem se impor a elas. Não podem ser o centro do nosso conhecimento.

9. A teoria não precisa de sistema

Há uma imensa experiência jurídica prática se desenvolvendo a partir de certas ideias básicas, algumas das quais circulam por aí como princípios. Há também ótimos juristas, com cabeça boa, muita pesquisa e tanta cultura, escrevendo coisa interessante a respeito disso. Esses juristas fazem teoria, algumas bem sofisticadas e detalhadas, pensando a sério nas possíveis consequências dessas ideias básicas para as diferentes situações, afastando distorções e, muito especialmente, checando se – e como – as normas jurídicas as acolhem ou rejeitam. Os bons juristas relatam e organizam a experiência prática (legislativa, administrativa e judicial), criticam, sugerem. Não ficam nas hipergeneralizações. Fazem distinções, olham a realidade, reconhecem as contradições, conferem resultados.

Ler esse material teórico pode ser um prazer, além de útil para quem vive no mundo do Direito e uma ótima fonte para o trabalho. Mas é fundamental perceber que esses livros têm valor justamente quando abandonam as hipergeneralizações e se debruçam sobre a realidade jurídica. Assim, não dá para confundir o que eles fazem – um esforço analítico imenso, com resultados detalhados, específicos, cheios de nuances – com a proposta de enquadrar todo o direito administrativo em uns tantos princípios, supergenéricos. São coisas bem diferentes.

Quero também destacar que nem mesmo o fato de poderem servir de base a uma construção teórica árdua e detalhada dá a essas ideias básicas, ou princípios, o caráter de científicos, nem faz deles um sis-

tema. Sua origem não é a ciência. A teoria sobre isso, para ser boa e útil, não precisa e não pode estar vinculada à concepção segundo a qual os princípios, em seu conjunto, têm de formar um sistema.

É claro que uma das coisas importantes, nesse esforço teórico, é pensar no modo de compatibilizar a incidência de princípios. Mas nem por isso, repito, a ideia de sistema científico tem razão para aparecer aqui. Até porque seria impossível – excesso de pretensão e inviável na prática – alguém conceber, no plano teórico, um sistema capaz de determinar em abstrato, tudo bem encaixadinho, o conteúdo e o modo de incidência de todos e cada um dos grandes princípios jurídicos, e ainda em conjunto com o restante das normas jurídicas. Na verdade, teórico algum, mesmo anunciando seu apego a sistemas, foi ou será capaz de inventar algo assim. Prometem, mas não fazem.

O direito administrativo positivo vigente em cada momento é uma gigantesca nuvem de normas, principiológicas ou não, em permanente movimento, que aumenta e encolhe, adquire novas formas todo o tempo, agrega e solta pedaços, escurece e clareia. Dá para escrever um *manual da nuvem* capaz de dizer, em cada instante, qual serão seu tamanho, cor e forma?

Pois é, nenhum manual de direito administrativo jamais será capaz de conceber uma teoria sistemática a seu respeito. Os manuais que tentam acabam fazendo uma teoria que quer se impor às normas, que as ignora e as despreza. Com suas hipergeneralizações, esses manuais acabam induzindo a uma prática jurídica que ignora a flutuação do conteúdo das normas, esconde as contradições e que também rejeita ou despreza as novidades normativas.

10. Do tubo de ensaio para o mundo da Ciência?

É uma tradição entre administrativistas reivindicar o *status* de cientistas e falar de princípios para provar que também merecem algum Prêmio Nobel. Um jurista brasileiro do passado, fazendo um esforço de conceituação do direito administrativo, disse que sua disciplina tinha “caráter científico”, pois constituía um “conjunto harmônico de princípios jurídicos”, lembrando que “não há ciência sem princípios teóricos próprios, ordenados, e verificáveis na prática”.⁵

5. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, cit., 40ª ed., p. 40.

Outro autor declarou-se engajado na tarefa de “conhecer o direito administrativo como um sistema coerente e lógico”, por meio da identificação de “noções que instrumentam sua compreensão sob uma perspectiva unitária”. Essas noções seriam os princípios, elementos de síntese de um modelo teórico puramente descritivo; eles teriam, portanto, “funções explicadora e aglutinadora”, servindo à “compreensão dos vários institutos”.⁶ Os princípios seriam ferramentas para o conhecimento, a compreensão, a explicação global, do universo estudado.

A levar a sério essa formulação, a função dos tais hiperprincípios (da suposta ciência) do direito administrativo seria puramente descritiva, explicativa. Em outros termos: esses princípios seriam apenas os elementos principais de modelos teóricos construídos para descrever os objetos jurídicos. A ciência do direito administrativo seria um grande conjunto teórico capaz de representar um universo (o direito administrativo positivo), e os hiperprincípios (da ciência) do direito administrativo seriam as fórmulas de síntese desse conjunto teórico.

11. Do jurista intérprete para o aplicador

Mas, quando fala em cavar princípios como cientista, o administrativista veste o avental branco do personagem, só que o roteiro completo ele não vai representar. Os princípios (ou leis) da Física não são formulados para dirigir diretamente o comportamento de seus usuários, para revelar como eles devem agir (ou como podem exigir que os outros ajam); servem apenas ao conhecimento abstrato da realidade correspondente.

Com os hiperprincípios do administrativista a coisa é um tanto diferente.

As formulações teóricas a que se dedicam os juristas são sempre destinadas a influir na produção e aplicação do Direito. Juristas são autores de guias para orientar a ação dos práticos. Portanto, seus hiperprincípios não são “tão teoria” assim. Na verdade, os juristas formulam princípios com função prescritiva, não para a pura descrição do que veem no ordenamento.

6. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 31ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2014, pp. 55, 58 e 90.

O administrativista descreve o mundo do dever-ser (em que estão as normas, o direito administrativo positivo) – é verdade –, mas com a finalidade de influir em seu funcionamento – esse é o complemento indispensável da verdade. Esse objetivo condiciona totalmente o conteúdo daquilo que ele formula com o nome bonito de “princípio”.

Os hiperprincípios do administrativista são, por isso, princípios prescritivos (no sentido de que se apresentam com a *estrutura* de dever-ser), embora formulados no campo do conhecimento, sem a autoridade de quem pode obrigar diretamente. O jurista é um gerador de conhecimento sobre o direito positivo, certo; seu esforço é bem conhecer, sim; mas seus princípios teóricos têm a forma de normas (embora sem a sua autoridade, claro).

O fato é que, apesar de formalmente anunciado no início dos livros sobre direito administrativo, o projeto puramente explicativo – isto é, de tratar de princípios como os elementos principais de um sistema puramente lógico – é logo abandonado pelos doutrinadores do Direito. Quando se põem a mostrar o que seriam os tais hiperprincípios, acabam fazendo coisa bem diversa: expõem o conteúdo de certas normas jurídicas (muito vagas – mas este é um problema para mais à frente) que, a seu ver, seriam vigentes e teriam muita, muita, importância.

O crítico de Arte não elabora teorias para influir no que fazem os pintores, mas no modo como os apreciadores veem as obras de arte. Já, os autores de direito administrativo elaboram seus princípios teóricos justamente para influir sobre os participantes (não sobre os expectadores) da produção de decisões jurídicas. A construção teórica de que resulta a enunciação de hiperprincípios para serem usados na solução de conflitos jurídicos (para influir na “interpretação”, como dizem os autores), em verdade, é bem distinta daquela que identifica certas obras de arte como impressionistas, a partir de certos traços definidores.

Os juristas formulam princípios para servirem de ferramentas na produção do Direito. É como se os críticos de Arte inventassem novas tintas ou pincéis e lhes dessem o nome de princípios da Arte.

12. Princípios nos manuais: normas em prosa

Os hiperprincípios de direito administrativo encontrados nos livros só são obra de teoria no sentido de que são feitos ou apresentados por

teóricos, não pelas autoridades competentes para produzir normas. Mas o verdadeiro objetivo dos autores é igual ao das autoridades que fazem normas: influenciar na tomada de decisões. Embora se possa dizer que, em certo sentido, o jurista que enuncia tais princípios faz teoria, nem por isso ele o faz como parte da construção de uma ciência. Ele faz teoria no sentido de atividade mental, atividade não prática, do mesmo modo que o autor de um livro de receitas faz teoria, não comida.

Um importante jurista brasileiro defendeu que o direito administrativo seria um sistema e estaria construído “*sobre os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração*”. Logo depois, afirmou que do princípio da supremacia vem “a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, (...)”.⁷ O que o autor está enunciando, embora com um discurso que fala de sistema e de ciência? Está enunciando um *dever-ser*: para ele, nos casos concretos, cabe ao aplicador fazer prevalecer o interesse da coletividade sobre o do particular. O autor não tem dúvida quanto ao caráter de seus princípios, tanto que, ao final, explica que eles servem não só “para o entendimento”, mas sobretudo para a “interpretação do direito administrativo”.⁸

Outro administrativista consagrado também atribui aos princípios a função de servir à “interpretação do direito administrativo”, como “regras próprias de interpretação e aplicação das leis, atos e contratos administrativos”. Ele assume, de modo também bem explícito, que os tais princípios não são simples elementos de um complexo sistema cognitivo; estes têm – isto, sim – função normativa (são “regras”, para usar o termo do autor).⁹

Logo, a exposição de hiperprincípios por professores de direito administrativo não é, como se gosta de dizer, para arquitetar um sistema teórico complexo com função descritiva global. É para falar do conteúdo de normas, para gerar conhecimento a respeito delas, e, assim, induzir comportamentos. O valor desses hiperprincípios não é exatamente o de erigir bons sistemas de representação e compreensão

7. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., 31ª ed., pp. 57 e 70.

8. *Idem*, p. 97.

9. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, cit., 40ª ed., p. 50.

global dos objetos (uma ciência), mas o de conduzir a ações consideradas desejáveis pelo sistema normativo de que esses princípios são (supostamente) sacados.

13. Será que esses hiperprincípios vêm mesmo do ordenamento?

Há hiperprincípios previstos como tais no ordenamento e outros que vêm da criação da comunidade de intérpretes, aplicadores ou juristas.

Dos princípios do direito administrativo expressos como tais, os mais emblemáticos são os do art. 37, *caput*, da CF (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e os do art. 2º, *caput*, da Lei federal de Processo Administrativo/LPA – Lei 9.478/1999 (os da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público, além dos que já estão na Constituição).

Os juristas tiveram influência enorme na edição dessas normas, que são o estilo deles. Ao ver dos juristas, esse tipo de norma principiológica seria um grande avanço, pois elas serviriam para filtrar as outras normas, depurando-as, e também para orientar a solução de casos concretos.

Alguns desses princípios, de fato, tiveram bons efeitos, mas sobretudo por força de ideias ou regras bem mais específicas que a eles estão fortemente associadas, e que lhes dão concreção. Esses princípios de bons efeitos são menos genéricos, com mais conteúdo, focados em problemas mais determinados, e, assim, são menos manipuláveis pelos aplicadores. Estão nesse caso os princípios da publicidade,¹⁰ da motivação¹¹ e da ampla defesa.¹² Mas outros, como os princípios

10. A LPA, além de impor “a divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição” (art. 2º, parágrafo único, V), estabelece com detalhe os casos, a forma e o conteúdo da comunicação de atos em processo administrativo (arts. 26 a 28).

11. A LPA, além de impor à Administração o dever de “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão” (art. 2º, parágrafo único), diz que “os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos” (art. 50, *caput*), contém um rol de casos em que esse dever é especialmente indicado (art. 50, I a VIII) e estabelece os requisitos formais da motivação (art. 50, e §§).

12. A LPA, além de prever a “garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição dos recursos, nos pro-

da moralidade,¹³ impessoalidade,¹⁴ razoabilidade¹⁵ e interesse público,¹⁶ são hipergeneralizações, ocas, meio vazias, aplicáveis a qualquer assunto, um perigo. Eu tenho medo do uso abusivo que se pode fazer deles.

De outro lado, os juristas consideram haver princípios embutidos em disposições normativas (tomadas isoladamente ou em conjunto) que não falam em princípios, mas cujo conteúdo, por sua extensão, importância ou natureza, seria principiológico. Alguns intérpretes, andando nessa linha, chamam de princípio ao concurso público (CF, art. 37, II) e também à licitação (CF, arts. 22, XXVII, 37, § 6º, e 175, *caput*). Outros, indicando inúmeros preceitos, constitucionais ou legais, que dão poderes de autoridade à Administração em situações específicas, tiram daí um princípio geral da supremacia do interesse público sobre o privado.

Nesse grupo – o dos princípios embutidos – os problemas são incríveis. Cuidado com eles! Os intérpretes que, inchando artificialmente a regra da Constituição, promovem a licitação à categoria de verdadeiro princípio o que querem é lhe dar importância e efeito maiores do que o ordenamento expressamente lhe deu. Depois, com o argumento impressionante de que ali está um princípio, e não uma

cessos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio” (art. 2º, parágrafo único, X), regula em detalhes como esses direitos são assegurados, em capítulos dedicados à forma, ao tempo e lugar dos atos (Capítulo VIII), comunicação dos atos (Capítulo IX), instrução (Capítulo X) e recurso (Capítulo XV), afora outros dispositivos.

13. A LPA limita-se a exigir “atuação segundo padrões de probidade, decoro e boa-fé” (art. 2º, parágrafo único, IV), mas nada ajuda na definição do que sejam “probidade”, “decoro” e “boa-fé”.

14. A LPA nada acrescenta a essa expressão, pois no dispositivo que parece mais ligado a ela limita-se a exigir “objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades” (art. 2º, parágrafo único, III).

15. A LPA contém em outro preceito a exigência de “adequação entre meios e fins” (art. 2º, parágrafo único, VI), o que alude a um possível sentido de razoabilidade, mas nada contém que impeça um uso abusivo do poder de controle sobre a “razoabilidade”, que é na prática o problema atual.

16. Na LPA, afora a enunciação do princípio, o que há é uma previsão exigindo o “atendimento a fins de interesse geral” (art. 2º, parágrafo único, II), um dever de proporcionalidade no “atendimento do interesse público” (art. 2º, parágrafo único, VI) e o dever de adotar interpretação “que melhor garanta o atendimento do fim público” (art. 2º, parágrafo único, XIII). A lei em nada ajuda na definição do que seja o “interesse público” e nada possui para evitar o voluntarismo no uso do poder de controle sobre o atendimento ou não, nos casos concretos, desse interesse.

simples regra, querem impor licitação quando a legislação a dispensa, quando ela não faz nenhum sentido, quando é inviável etc.

O princípio da supremacia do interesse público opera mais ou menos da mesma forma. O argumento é que, se as normas dão poderes às autoridades para muitas coisas, e se o interesse público é que os justifica, poderes podem ser presumidos em outros casos, quando houver interesse público. Normas específicas, inchadas artificialmente pelos intérpretes, vão dar origem a um hiperprincípio, incrivelmente extenso e poderoso. Atenção!

Por fim, fala-se em princípios implícitos na lógica do ordenamento. São aqueles princípios que o sujeito considera importantes por alguma razão mas para os quais ele não consegue apontar uma base normativa textual qualquer, direta ou indireta. Seria o caso de alguns dos princípios defendidos por autores que já citei. Por exemplo, os princípios da discricionariedade e da indisponibilidade do interesse público.

Quanto aos princípios desse grupo, o espaço para a arbitrariedade é ainda maior. O jurista que os enuncia assume grandes liberdades em relação ao direito positivo, do qual se desprega, e que ele quer corrigir ou melhorar. Aqui ele já não é bem um intérprete, mas um grão-legislador. Além disso, a norma que ele inventa tem aquela característica terrível, ameaçadora: a hipergeneralidade. Perigo!

Os problemas que estou aqui apontando não seriam nem um pouco especiais se não fossem o *status* e o papel que os manuais de direito administrativo acabaram atribuindo a muito daquilo que eles elevaram aos céus principiológicos. Se não fosse isso, seriam apenas casos corriqueiros de normas já muito vagas em sua origem no ordenamento, que podem gerar distorções de aplicação; ou seriam casos de normas mal-interpretadas ou mal-aplicadas. Isso é o dia a dia da prática jurídica, e problemas do tipo já estão no preço.

Mas a questão se torna sim muito séria e grave quando um produto defeituoso desses – um hiperprincípio de origem obscura e conteúdo frouxo – é transformado em dogma, por obra e graça da concepção segundo a qual o direito administrativo, sendo um sistema, depende de princípios gerais. Concepção que leva os hiperprincípios a serem venerados, muito mais que demonstrados, testados e discutidos. Questão de fé.

14. O que fazer com eles?

Já dá para ver o tamanho do desafio que esses princípios nos propõem.

O primeiro desafio é, mesmo no caso dos princípios enumerados por textos normativos, saber o que eles querem exatamente dizer. *Interesse público*, por exemplo, está na linguagem comum, e, por isso, captamos algo de seu sentido geral; mas o que o art. 2º da LPA quis exatamente dizer quando o previu? Quis dizer que a Administração deve fazer os interesses gerais prevalecerem sobre os individuais? (Sempre ou só de vez em quando?) Ou será que não é nada disso, e o que o texto legal está querendo dizer é outra coisa: que nenhum ato administrativo será válido se não estiver ligado a um fim de interesse público?

Veja, caro leitor, que as duas interpretações de que cogitei são quase opostas: a primeira (a da supremacia) dá poderes à Administração, enquanto a segunda (a dos fins) os limita. Qual a correta?

Complicado, não?

O segundo desafio em relação àqueles princípios que o intérprete saca, por dedução ou indução, dos textos normativos ou de sua lógica geral é saber se há, mesmo, base para falar em princípio geral. Assim, por exemplo, o fato de inúmeras regras (constitucionais ou legais) específicas darem poderes a autoridades para restringir direitos dos cidadãos é suficiente para que afirmemos existir um hiperprincípio geral de supremacia da Administração, capaz de fundamentar medidas restritivas em geral, princípio que seria válido, portanto, mesmo para os casos em que não há regra legal que autorize essas medidas?

A dificuldade de enfrentar esse segundo desafio é que o formulador, divulgador ou adepto desses hiperprincípios, depois de elevá-los a essas culminâncias, não aceita mais discutir a pertinência deles ao direito positivo, que lhe parece muito chão, inferior. A norma, mesmo inventada, entra para a dimensão principiológica e é como se ficasse ali, a salvo, coroada, acima do bem e do mal, protegida dos ataques do direito positivo.

O terceiro desafio é extrair consequências desses princípios todos, para fins de direito. Aí a coisa se complica imensamente. Esses princípios são formulações muito vagas, e, se tiver vontade e autoridade para tanto, o aplicador pode sacar deles uma infinidade de consequências concretas. Até que ponto é legítimo que o faça?

15. O fim

Como ficou claro dos exemplos que mostrei, embora os hiperprincípios do direito administrativo sejam ideias com que professores tentam definir o que há de principal em sua disciplina, o debate a seu respeito não é sobre a construção de sistemas teóricos com funções cognitivas globais, mas diretamente sobre o conteúdo de normas jurídicas e sobre a conseqüente existência de direitos, deveres e poderes.

Para quê serve essa constatação quanto ao verdadeiro caráter do trabalho que os juristas fazem na formulação desses princípios? Serve para afastar o engano de que o conteúdo de tal ou qual princípio seria ditado por um supremo esforço de arquitetura teórica, ou pelo método científico, ou por alguma outra lógica complexa e obscura. Os hiperprincípios são – isto, sim – puro e simples fruto de interpretação de normas (bem ou mal) feita por quem os enuncia.

O jurista que sustenta a existência de um hiperprincípio segundo o qual “a Administração Pública precisa (...) de *poderes discricionários* na prática rotineira de suas atividades”, e que “esses poderes não podem ser recusados ao administrador público”,¹⁷ está manifestando a opinião de que existe norma com esse conteúdo no ordenamento jurídico. Para sustentar essa opinião, o método científico de nada serve como argumento, que tem de ser buscado em outro plano, o normativo. (Mas onde estará a norma que assegura uma discricionariedade geral para os administradores públicos do Brasil? Você sabe, leitor?)

É o mesmo quando se defende que, em função de um hiperprincípio (o da supremacia do interesse público), os direitos atribuídos ao concessionário de serviço público podem ser avocados “a qualquer instante pelo Poder Público, como podem também ser modificadas as condições de sua prestação, por ato unilateral da Administração, sempre que seja do interesse público, (...)”.¹⁸ Só dá para sustentar esse tipo de ideia com base no ordenamento jurídico. (Mas será que o Direito atual do Brasil tem mesmo uma norma exatamente assim, de aplicabilidade geral? As leis de concessão, gerais ou setoriais, pelo menos as que eu conheço, não dão um poder tão largo.)

17. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, cit., 40ª ed., p. 51.

18. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., 31ª ed., p. 88.

Quem defende a existência de um hiperprincípio desses teria de ser capaz de mostrar que ele vem diretamente do sistema normativo, do ordenamento jurídico. Ademais, quem sustenta que algo decorre do princípio teria de ser capaz de demonstrá-lo. Se não, não vale.

O problema com a doutrina em torno dos hiperprincípios é que, de tão pretensiosos, de tão amplos, tão vagos, tão genéricos, não há como submetê-los ao teste do ajustamento ao direito positivo. A forma e o tamanho desses princípios, hiperbólicos, não se ajustam à do tomógrafo do direito positivo, que é feito de outra lógica. Por isso, esses hiperprincípios nunca se submetem a tomografia alguma, e ninguém nunca vê que estão doentes.

Você, leitor, que me seguiu até este ponto (obrigado, obrigado!), certamente já correu os olhos abaixo e, aliviado, viu que o texto está acabando. Não sem tempo (desculpe, desculpe!). Mas você deve estar se perguntando: o que o autor quer, afinal?

Boa pergunta. São duas coisas.

Primeiro, quero que o capítulo de princípios gerais de direito administrativo (e os princípios gerais disto e daquilo) seja eliminado dos livros e aulas. Ele é perigoso, gera engano e manipulação. Há muitos anos eu tirei isso dos meus cursos de direito administrativo, e foi um grande bem para os meus alunos.

É claro que examino com eles, por exemplo, o tema das fontes normativas, e, portanto, nós discutimos qual o espaço da lei e dos regulamentos. Para tanto, nós percorremos com tranquilidade as muitas normas constitucionais aplicáveis e examinamos sem paixões a experiência jurídica sobre o assunto. O que aconteceria se, ao contrário, eu comesse por enfiar na cabeça deles um dogma: o do santo princípio da legalidade administrativa, amém? Eles teriam medo de descobrir (pecado!) que no ordenamento jurídico atual o espaço da lei não é exatamente aquele que pregavam os nossos velhos manuais principiológicos.

O aprendizado não pode começar com um capítulo que, com pretexto de ciência, o que faz é pregação, revelando mandamentos quase divinos do direito administrativo, desconectados da experiência jurídica concreta. Aprender direito é entrar a fundo nos problemas, nas mudanças constantes, nas contradições, imperfeições, nas exceções, nas tendências, nas hesitações normativas. Aprender direito não é ser doutrinado.

Portanto, abaixo os capítulos de princípios! Chega de doutrina.¹⁹

Em segundo lugar, quero que os profissionais de direito administrativo parem de usar hiperprincípios de origem e conteúdo duvidosos e, na solução de problemas jurídicos, usem o óbvio e o justo: o direito positivo. Simples assim.

Adeus, amigo. Defenda-me por aí.

19. Como esta: Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de Direito Público*, 5ª ed., 5ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2014, pp. 129 e ss.

PRINCÍPIO É PREGUIÇA?

1. Contra a farra dos princípios. 2. Princípios: indeterminação normativa extrema. 3. Como achar normas dentro de princípios? 4. Princípios que são normas principais. 5. Voltando aos princípios que são normas iniciais. 6. A moda dos princípios no direito público. 7. Por que há tanta indeterminação nos textos normativos?. 8. Jogos de poder em torno de princípios. 9. Princípios como armas de espertos e de preguiçosos. 10. Divisão de competências para aplicar princípios. 11. Nem sempre a competência é dos juízes. 12. Mas cabe aos próprios juízes a autolimitação. 13. Critérios jurisprudenciais restritivos e afirmativos da competência judicial. 14. A competência judicial para aplicar princípios não se presume. 15. Os juízes têm o ônus de fundamentar sua competência. 16. O poder que a lei delega ao juiz e o poder que o juiz quer tomar do legislador. 17. O ônus da competência nos conflitos distributivos. 18. Caso em que o Judiciário é especialmente responsável. 19. Atenção: normas judiciais não são fáceis de mudar. 20. Usando princípios para “julgar nas nuvens”. 21. Usando princípios para não decidir ou motivar. 22. Usando bons princípios para ignorar a lei. 23. Os juízes têm o ônus do regulador.

1. Contra a farra dos princípios

Vive-se hoje um ambiente de “geleia geral” no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão. O objetivo deste ensaio é opor-se a essa deterioração da qualidade do debate jurídico.¹

1. O pensamento jurídico tem gerado discussões de qualidade sobre os princípios, tanto as mais conceituais quanto as relativas à sua aplicabilidade (quanto a isso, meu livro brasileiro de referência é o de Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012). O presente ensaio de modo algum despreza esses esforços, tampouco a eles se contrapõe. Ao contrário, seu objetivo, relativamente simples, é contribuir para

O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito.

Opondo-se à maré, este artigo sustenta a tese de que, ao deliberar com base em textos normativos de extrema indeterminação (em princípios), o juiz tem de suportar o *ônus da competência* e o *ônus do regulador*.

Como não há fundamento algum para a presunção absoluta de que é do Judiciário, e não de outros órgãos, a competência para construir soluções jurídicas específicas a partir de princípios, sua intervenção em cada caso depende de *elementos especiais de ordem institucional* que a justifiquem, e eles têm de ser identificados pela decisão (*ônus da competência*).

Ademais, a simples pertinência do princípio ao caso não é bastante para justificar a solução específica, sendo indispensável formular de modo explícito a *regra geral* que se vai aplicar, *justificando-a* com a análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e, ainda, de seus possíveis efeitos positivos e negativos (*ônus do regulador*).

2. Princípios: indeterminação normativa extrema

Na cidade de São Paulo, ao se resolver acabar com a poluição visual publicitária, a “Lei Cidade Limpa”, após mencionar ideias difusas como o direito à “percepção e compreensão dos elementos referenciais da paisagem”, disse, com simplicidade: “Fica proibida a colocação de anúncios publicitários nos imóveis”.²

Compare-se isso com outro texto, em que a mesma Municipalidade costuma fundamentar a exigência de que grandes empreendimen-

resgatar a seriedade do tema, que foi se perdendo com o uso forense dos princípios. De nada adiantará a crescente sofisticação teórica alcançada pelos pensadores se, usando o pretexto e o charme da teoria, o que os práticos estiverem fazendo não for além de puro voluntarismo. A caricatura dos princípios é um problema real, importante, que precisa ser enfrentado.

2. Lei municipal 14.223/2006.

tos privados custeiem obras viárias para compensar seu impacto no trânsito: “Quando a implantação de um empreendimento particular determinar a necessidade de execução de obras ou serviços relacionados à operação do sistema viário, o interessado arcará integralmente com as despesas decorrentes”.³

À primeira vista, essas regras têm estrutura semelhante, pois ambas impõem a alguém um comportamento, caso configurada certa hipótese.

Mas a aparência é enganosa. O fato descrito na primeira é bem mais preciso que o outro. Dizer se algo é, ou não, um anúncio publicitário é incomparavelmente menos polêmico que avaliar se o novo edifício exige, ou não, intervenções viárias, e estabelecer sua dimensão. Em virtude do elevado número de interrogações sem resposta, o segundo preceito tem um grau de indeterminação bem maior que o primeiro.

Quando se cogita de tomar decisões com base em princípios, os desafios e dúvidas são estes: os dos *textos normativos indeterminados*.

E por que se fala tanto deles no direito público brasileiro?

Nossa Administração Pública está sujeita aos princípios da “moralidade” e da “eficiência”.⁴ Se isto está na Constituição, é razoável supor que seja uma norma,⁵ que obriga ou proíbe algo; mas o quê?

As muitas interrogações não resolvidas são responsáveis pela indeterminação, como na lei municipal que exige obras viárias, que referi de início. Só que é bem maior a incerteza quanto ao que se extrai de normativo das singelas palavras “moralidade” e “eficiência”: há menos texto, há menos elementos para identificar uma hipótese e um mandamento.

Portanto, falamos de “princípios” para designar casos extremos de indeterminação normativa, mesmo que o texto não use o termo

3. Lei municipal 10.506/1988.

4. CF, art. 37, *caput*.

5. Razoável, mas não inevitável: o consenso quanto à força normativa da Constituição é relativamente recente, bem posterior ao surgimento das Constituições escritas no século XVIII. E se pode questionar, por exemplo, se o “Preâmbulo” também tem essa força. O Supremo Tribunal brasileiro respondeu que *não* (quanto à referência a Deus no “Preâmbulo” da Constituição Federal de 1988), e a Corte Constitucional francesa respondeu que *sim* (quanto à referência à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e à Constituição anterior).

“princípio”, mas “direito” (“todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”⁶) ou outro qualquer (a “cidadania” é “fundamento” da República).⁷

3. Como achar normas dentro de princípios?

Por convenção, chamamos de princípios textos que somos levados a entender como normativos mas cujo conteúdo, de tão escasso, não nos revela a norma que supostamente contém.⁸

Debates sobre princípios são travados quase sem texto (como neste exemplo: “a saúde é direito de todos e dever do Estado”⁹).

Daí o problema: se a norma não está no texto, será mesmo uma norma (o Estado estará, mesmo, juridicamente obrigado a fazer algo em termos de saúde, ou aquela frase é mera “declaração de princípios”)? Se for, onde está a norma (onde podemos encontrar a solução para o problema de saber que prestações de saúde o Estado está obrigado a fornecer a cada pessoa)? Quem a decifra (o legislador, o administrador público, o juiz, o povo)?

4. Princípios que são normas principais

Há dois sentidos para “princípio” no Direito: o de norma inicial (da dicotomia princípio \times fim) e o de norma principal (da dicotomia principal \times secundário).

Dentro desse segundo sentido, os manuais costumam ter capítulos sobre os (“grandes”, “gerais” ou “verdadeiros”) princípios do direito administrativo, do tributário, do ambiental etc. – enfoque a que

6. CF, art. 225, *caput*.

7. CF, art. 1º, II.

8. Há, claro, inevitável arbitrariedade quanto ao grau de indeterminação necessário para se chamar algo de princípio, não de regra. Ambientalistas gostam muito do “princípio do poluidor-pagador”, e ninguém estranha. Mas você, leitor, com certeza achou esquisito que eu começasse este artigo citando como exemplo de indeterminação (de princípio?) a norma municipal sobre o dever de custear obras viárias. Você deve ter pensado: “– Mas isto é uma regra: tem sujeito, tem verbo e tem contexto; esse cara não entende nada de princípio!”. Acontece, leitor, que onde você viu uma regra eu vi o “princípio do construtor-pagador”. Errei?

9. CF, art. 196, *caput*.

a própria Constituição aderiu, ao prever princípios da Administração.¹⁰ Aí, o que se está querendo destacar não é a indeterminação, mas a importância da norma.

Nessa linha, os administrativistas louvam o “princípio da motivação” para falar de exigência bem específica, nada indeterminada: os atos administrativos, para serem válidos, devem ter uma exposição formal de motivos. É princípio por ser relevante (principal), não por ser inicial (insuficiente, indeterminado).

Mas geralmente os “grandes princípios” são mesmo formulações bastante indeterminadas (como em “princípio do interesse público”).

É no sentido de princípios como normas principais que os administrativistas discutem sobre os “princípios da licitação”: trata-se de saber o que é mais importante nesses processos (divergindo-se, por exemplo, sobre se o “formalismo” é, ou não, um princípio – o que teria consequências práticas quanto ao rigor na invalidação de licitações por vícios formais).

Quando se diz, entre publicistas, que os princípios têm precedência, ou que são mais relevantes que as regras, não se está referindo todos os textos normativos de extrema indeterminação, mas apenas os “grandes princípios”.¹¹ E isto para afirmar algo óbvio: os mais importantes (as normas principais; os princípios) são mais importantes que o menos importantes (as normas secundárias; as regras), de modo que se lhes deve dar a importância que têm (mais importância; precedência)!

10. CF, art. 37, *caput*.

11. Criou-se certo hábito, sobretudo entre órgãos de controle da Administração Pública, de chamar de “princípio” à própria licitação, isso para legitimar uma interpretação redutora de todas as regras que autorizam a contratação sem licitação. Nesse argumento, “princípio” tem claro sentido de “norma principal”. É um exemplo poderoso do jogo de interesses que pode estar por trás da identificação de princípios. Órgãos de controle tiram seu poder e influência do valor que se dê às exigências que lhes caiba controlar: é compreensível que, para crescerem institucionalmente, eles procurem ampliar sempre mais esse valor. Pregar o caráter principiológico da licitação é retórica útil a um projeto de poder. Mas é muito difícil sustentar racionalmente a ideia de que licitar é melhor, mais importante ou mais adequado que não licitar; são apenas modos diversos de contratar, necessários ou úteis em *situações diferentes* – donde a impertinência de orientar a interpretação por um critério de preferência em favor de um deles.

5. Voltando aos princípios que são normas iniciais

Minhas afirmações sobre os princípios, neste artigo, consideram só o primeiro dos sentidos da palavra: o de normas iniciais, insuficientes, indeterminadas, cujo conteúdo precisa ser especificado por outras (as finais), para poderem funcionar.

Neste tópico estou tentando conhecê-las um pouco mais para, a seguir, discutir sobre sua utilização no campo do direito público.¹²

Os princípios não precisam necessariamente ser escritos – desde que, claro, se esteja disposto a admitir que a ordem jurídica tenha normas de outra origem.

Em comparação com os princípios escritos, os não escritos em tese propõem o desafio suplementar de sua identificação, mas esse não é um problema real. Na prática, o que se reconhece como *princípios implícitos* são os lugares-comuns, aos quais não vale muito a pena resistir. Ninguém tem grande disposição para negar que *segurança jurídica*, *boa-fé* e *proporcionalidade* sejam princípios do direito público, mesmo sem lei.¹³

No STF, que usa com frequência a *segurança jurídica* como fundamento de suas decisões (por exemplo: para manter em seus cargos servidores nomeados sem concurso público, quando este era obrigatório, segundo a Constituição), não parece haver vozes contrárias a ela em si, embora possa ocorrer divergência quanto à sua aplicabilidade e efeito em cada hipótese.

12. Parte da reflexão dos juristas quanto aos princípios está ligada à visão de que deve haver uma “amarração principiológica” no Direito, de modo que os “grandes princípios” estejam presentes na tomada de quaisquer decisões. Nesse sentido é que, por exemplo, se teorizou classicamente sobre os “princípios gerais do Direito”. O objetivo deste artigo, conquanto não seja tomar partido nesse debate, pode contribuir em algo para ele, ao discutir algumas das dificuldades para compatibilizar a aplicação de textos normativos de extrema indeterminação (como são os “grandes princípios”) com as exigências procedimentais e o sistema de divisão de competências próprios do Estado de Direito.

13. É preciso dizer que a Lei Federal de Processo Administrativo (n. 9.784/1999) indicou tudo isso – e muito mais – como “princípios da Administração Pública” ou “critérios do processo administrativo” (art. 2º). Se continuarem deixando os professores de direito administrativo fazerem projetos de lei, em breve não haverá mais princípios para serem descobertos no reino da implicitude!

Na discussão de casos em Direito também têm seu papel os *princípios ocultos*.

São princípios culturais, isto é, ideias relativamente vagas sobre a ordem da Política, da Economia, da vida etc., divulgadas por juristas – embora não só por eles –, das quais se procura extrair efeitos normativos, mesmo sem serem apresentadas com o nome de “princípios jurídicos”.

O STF em tempos passados gostava de fundamentar no *poder de polícia* a validade de restrições a direitos individuais, como a proibição de uma divertida lápide pelo Prefeito de Pirassununga¹⁴ ou a repressão ao *trottoir* de prostitutas em São Paulo, por obra de um delegado arbitrário.¹⁵ Nunca houve no Brasil lei geral prevendo um poder geral de polícia, nem jamais se falou de “princípio”, mas isso não impediu que, citando juristas, o Tribunal o usasse para referendar medidas caprichosas das autoridades. Era um princípio oculto, hoje meio em desuso, segundo o qual as autoridades públicas teriam uma espécie de pátrio poder sobre as pessoas, para evitar que fizessem “estripulias”.

Textos ocultos podem ser considerados como plenos de conteúdo se, existindo prática e consenso anteriores em torno do sentido dos termos que utilizam, os aplicadores estiverem de acordo em reconhecer normatividade também a esses elementos não textuais.

Assim, embora a indeterminação normativa tenha a ver com o texto, nem sempre é dele *considerado em si mesmo*.

Compare-se o que a poderosa Petrobrás conseguiu inserir na Constituição de 1988 (o petróleo é “monopólio da União”¹⁶) com o conquistado pelo movimento negro (“aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos definitivos”¹⁷). Para realizar o interesse da Petrobrás, de dominar sozinha o setor, bastou usar uma palavra – “monopólio” – cujo sentido estava bem elaborado pela experiência e legislação anterior. Já, no outro caso, questões fundamentais ficaram em aberto, por conta da

14. “Bípede, meu irmão. Esta é a história prosaica de um espermatozoide que ... acabou virando carniça. ... Sou o Chico Sombração. Xingai por mim!” (RE 76.163).

15. RHC 59.518.

16. CF, art. 177 (em sua redação original).

17. ADCT, art. 68.

novidade da norma e do uso de expressões cujo significado para o Direito ainda precisava ser construído: o que são “comunidades dos quilombos”, como identificar “remanescentes” e o que são “suas terras”? A indeterminação não decorre diretamente das palavras (“monopólio” é uma palavra mais exata que “quilombos”?), mas do fato de não haver, no ambiente do Direito, prática e consenso anteriores em torno de seu sentido.

Com o passar do tempo, um texto muito aberto pode ir se fechando por obra da cultura jurídica, da jurisprudência e da acomodação de interesses. Assim, as grandes indeterminações não seriam tão desafiantes se textos normativos novos não surgissem a cada hora, criando mais e mais charadas a decifrar – e mais: cruzando charadas com charadas. Em suma: os legisladores e reguladores se encarregam de sempre gerar novidades, impedindo que a vida dos juristas perca totalmente a graça!

6. A moda dos princípios no direito público

Hoje fala-se o tempo todo em princípios no direito público brasileiro. Essa moda tem três razões principais.

Indeterminações aparecem aos montes na (ainda recente e sempre mudando) Constituição de 1988 e nas novas leis; e, como a fábrica de princípios lança “produtos” sem parar, o trabalho de absorvê-los é permanente e ruidoso.

Em segundo lugar, as pessoas estão cada vez mais dispostas a levar os princípios a sério como fonte de Direito – e as dificuldades que isso propõe são enormes.

Por fim, a operação de um sistema com tal índice de incerteza normativa gera muita confusão (saber se a confusão é positiva ou negativa: eis uma questão!).

Não é de estranhar que os princípios estejam cada vez mais na berlinda.

7. Por que há tanta indeterminação nos textos normativos?

Há como – e por que – combater a proliferação dos princípios nos textos normativos e nas decisões judiciais?

É difícil evitar as indeterminações nos textos, pois há razões claras para adotá-las.

A “Lei Cidade Limpa”, que mencionei no início deste texto, veio de um Governo forte, com boa base parlamentar e apoio da opinião pública. Se as empresas de publicidade exterior tivessem mais influência à época, provavelmente teriam, durante o processo legislativo, conseguido barrar restrições mais contundentes e a lei, se tivesse saído, teria se limitado às ideias vagas (ao princípio da “percepção e compreensão dos elementos referenciais da paisagem”); como não tinham essa influência, a proposta original do Executivo foi aprovada e os anúncios publicitários nos imóveis foram proibidos – e isso simplesmente porque se quis e se pôde proibi-los.

Mas o que se terá querido com a outra lei municipal que mencionei, a que exige o pagamento de obras viárias pelo empreendedor privado? É impossível dizê-lo com exatidão: ela lançou muitas perguntas e as deixou sem enfrentar – e isso certamente para acomodar, no texto, interesses antagônicos.

Os legisladores usam muito essa técnica de misturar claros e escuros.

Os direitos que chamamos de fundamentais são em geral previstos de modo muito incompleto, por meio de cláusulas com alto grau de indeterminação, em formulações como “direito à vida”, “direito à liberdade”, “proibição de censura”, “inviolabilidade da intimidade” etc.

O motivo histórico principal dessas indeterminações todas talvez não seja a dificuldade prática de o constituinte fazer redações mais precisas. Afinal, para vários assuntos espinhosos a linguagem da Constituição é exata,¹⁸ enquanto o significado do direito à vida nem o legislador consegue precisar totalmente. E qual a dificuldade? A falta de consenso e de apoio político para textos mais exatos com certeza tem algo a ver com isso.

O princípio constitucional da igualdade (“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”¹⁹) tem conteúdo indeterminado, pois várias questões fundamentais ficaram sem solução. Em

18. Determinando, por exemplo, quais os cargos públicos acumuláveis – art. 37. XVI.

19. CF, art. 5º, *caput*.

que casos é importante igualar pessoas? Que fatores podem justificar diferenciações? Que graus de diferenciação são aceitáveis? O texto não responde a nada disso. Claro, respostas podem ser construídas e, inclusive, tornar-se consensuais no ambiente jurídico; só que elas não estão no próprio texto: ficaram para depois. As indeterminações normativas envolvem, assim, um adiamento pragmático de decisões difíceis.

8. Jogos de poder em torno de princípios

Quem tem influência e poder consolidados consegue obter do legislador regras precisas para realizar seus interesses. Já, os poderes em formação se valem da indeterminação normativa como uma arma na luta pela afirmação. Os preceitos da rica Petrobrás e dos frágeis quilombolas mostram isso com nitidez: para a empresa, uma norma bem precisa; para os outros, palavras vagas.

Na realidade brasileira recente o Ministério Público é exemplo de corporação que usa intensamente fórmulas vagas para ocupar espaços, ampliando seu prestígio e poder. Quando se discutia a substituição de uma antiga lei, membros da corporação influíram para que a nova redação passasse a punir, como “ato de improbidade administrativa”, a violação dos “deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”.²⁰ Esse texto, aparentemente inócuo para inibir comportamentos, por conta da extrema vagueza do que se estava considerando ilícito, acabou servindo, no decorrer dos anos, como fundamento da maior parte das ações de improbidade propostas pela corporação contra agentes públicos, sempre divulgadas amplamente pela imprensa, em busca de apoio da opinião pública. Como forma de aumentar seu poder, a corporação lançou-se em um grande esforço de construção de sentido sobre um texto normativo quase sem conteúdo.

Em suma: seria ingênuo ver as indeterminações normativas (inclusive as extremas, que chamamos de “princípios”) como imperfeições do sistema. Elas são necessárias aos jogos de poder existentes na sociedade.

20. Lei federal 8.429/1992, art. 11, relativo à improbidade por violação aos “princípios da administração pública”.

Combater a edição de cláusulas normativas indeterminadas ou combater sua ampla utilização como fundamento de decisões concretas são posições possíveis, com seus fortes e fracos – que podem, claro, ser defendidas com argumentos lógicos.

9. Princípios como armas de espertos e de preguiçosos

Um sistema jurídico não é mau nem bom pelo fato de, em seus processos, princípios serem usados com muita frequência. O problema não está neles, mas na comodidade que podem oferecer para os espertos e para os preguiçosos.

O oportunista, cujo interesse é adiar eternamente o pagamento de suas dívidas, invoca em juízo apenas o princípio do *acesso à jurisdição* e pede para não pagar, até o fim do processo principal: “Negar a liminar” – diz ele – “é cassar meu direito à Justiça”. É um esperto, com um argumento cômodo, ocultando a fragilidade de sua pretensão de mérito.

O juiz que não queira o trabalho de analisar a plausibilidade do direito de fundo pode simplesmente aceitar o tal princípio e conceder a liminar, ou invocar o *princípio da obrigatoriedade dos contratos* e negá-la. É um preguiçoso, usando fundamentos fáceis para esconder a superficialidade de sua decisão.

Espertos e preguiçosos sempre existirão: o mal é que sua esper-teza fique oculta, por conseguirem iludir os espectadores com truques de mágica – com a simples declaração de princípios.

Para que, no debate jurídico, os princípios não sirvam como armas de espertos e preguiçosos é preciso impor, a quem os emprega, os ônus que lhes são inerentes. Nos tópicos a seguir dedico-me a eles.

Para tanto, foco na figura do juiz, procurando identificar seus ônus, quando decide com base em princípios. Este é um modo indireto de tratar também dos ônus dos juristas, das partes e de seus advogados, das autoridades administrativas e dos órgãos de controle, todos envolvidos nessa prática de argumentar com princípios.

10. Divisão de competências para aplicar princípios

A enunciação da “dignidade da pessoa humana” como fundamento da República²¹ é suficiente para dar direito ao abastecimento gratuito de água ao pobre? É difícil negar alguma relação entre uso de água e dignidade humana, mas isso basta para afirmar a existência de uma regra de gratuidade?

A resposta não está em qualquer ingrediente do próprio texto normativo considerado – cuja indeterminação não pode ser superada pelos elementos intrínsecos, justamente porque são insuficientes –, de modo que exigirá necessariamente um esforço criador. Logo, com esse texto tanto se poderia responder *sim* como *não* à pergunta formulada.

E como os juízes optam entre uma alternativa e outra? Em primeiro lugar, com base nalguma concepção sobre *divisão de competências*.

Seria a seguinte, então, a questão inicial, implícita na dúvida sobre a normatividade do *princípio da dignidade da pessoa humana* em ação sobre abastecimento de água: faz sentido que sejam os juízes a elaborar a política tarifária do serviço, ao menos em algum de seus aspectos?

Em direito público, debates judiciais sobre a aplicabilidade de princípios sempre envolvem questões de divisão de competências institucionais.

11. Nem sempre a competência é dos juízes

A compreensão disso tem sido obscurecida pela suposição de que em qualquer caso seria viável ao Judiciário assegurar direitos sem extrapolar os limites de sua missão. É uma postura de onipotência judicial em relação aos direitos: se há direito envolvido, sempre uma ação o assegura e um juiz pode realizá-lo.

É a visão clássica sobre a função judicial, em descompasso com o mundo contemporâneo.

21. CF, art. 1º, III.

A ordem jurídica ampliou-se gigantescamente, e passou a distribuir direitos de modo indeterminado e aberto. Ela não se limita, como em algum passado, a atribuir e proteger direitos específicos; passou a conferir, a grupos e pessoas, *direitos em construção*. Parte importante da ordem jurídica atual se dirige ao legislador e ao administrador público e tenta antecipar seu trabalho na construção de direitos – por meio de normas iniciais, de princípios.

O Judiciário tem, claro, seu papel no controle das falhas e omissões das autoridades legislativas e administrativas, mas ele *não é* o Legislativo nem a Administração, e não pode substituí-los em tudo. Por isto não há solução judicial para todos os problemas jurídicos: o Judiciário não tem como construir todo e qualquer direito; não lhe cabe construir, não é adequado que construa.

12. Mas cabe aos próprios juízes a autolimitação

E qual deve ser o papel do Judiciário na ordem jurídica contemporânea? Quais os termos e limites de suas competências?

É fascinante: a Constituição e as leis o dizem com regras, mas sobretudo com princípios!²² É perturbador: cabe ao próprio Judiciário, interpretando esses textos, a autodefinição e a autolimitação!

A maior ou menor disposição dos juízes para usar princípios como base de decisão tem a ver com o papel político que, em cada hipótese, escolherem para si, não somente com questões de racionalidade. Os profissionais do Direito sabem disso. Para discutir com os juízes se um texto indeterminado tem, ou não, valor normativo, e qual deve ser sua aplicação, vale pouco argumentar com teorias. Juízes são mais práticos: medem as dificuldades de decidir e de justificar e vislumbram as consequências do que vão fazer.

22. Há muitas regras constitucionais (sobre ações constitucionais, sobre competências de cada Justiça ou Tribunal etc.) e legais (exemplo: as normas processuais civis) a considerar. Entre os princípios, os da *separação dos Poderes* (CF, art. 2º) e da *universalidade da jurisdição* (CF, art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), sendo este último um daqueles cuja aplicação sofre dos males que, neste artigo, busco combater: o da superficialidade, que leva à suposição de que universalidade seria sinônimo de onipresença, onisciência e onipotência.

O que precisamos exigir deles é a revelação sincera do que os move e o permanente aprofundamento de sua análise.

13. Critérios jurisprudenciais restritivos e afirmativos da competência judicial

A jurisprudência vem elaborando, ao longo do tempo, parâmetros gerais para definir a extensão da competência do Judiciário.

Vários deles traduzem uma concepção restritiva da intervenção judicial. São exemplos: a competência anulatória dos juízes é excepcional;²³ os juízes não podem aumentar vencimentos de servidores públicos a título de garantir isonomia;²⁴ os juízes não podem criar normas gerais novas para suprir omissões do legislador;²⁵ os juízes não podem administrar;²⁶ e os juízes não podem impor prestações positivas ao Estado com base em normas programáticas.²⁷

Há, por outro lado, outros tantos critérios de caráter afirmativo, como: o juiz deve controlar a arbitrariedade do legislador e do admi-

23. Esse critério, empregado nas ações sobre a validade de leis e atos administrativos, já teve bastante prestígio, hoje diminuído, mas que certamente pode voltar a brilhar. Normalmente é formulado como *princípio da presunção de validade (ou legitimidade) das leis e dos atos administrativos*. Envolve uma postura de autocontenção judicial, um reconhecimento da preferência dos Poderes democraticamente constituídos.

24. O STF o vem aplicando constantemente ao longo do tempo. Está claramente inspirado na ideia de que o legislativo deve ser o senhor da divisão dos recursos públicos.

25. O STF o afirmou ao decidir sobre o regime do mandado de injunção criado pela Constituição de 1988, mas o vem matizando pouco a pouco, com alguma prudência, nos últimos anos, por conta de tendência mais ativista (como no caso do direito de greve).

26. A distinção, implícita nessa diretriz, entre *função judicial* e *função administrativa* não se baseia em critérios puramente formais (como a oposição entre *ato administrativo* e *ato judicial*), mas na constatação de que certos assuntos e programas, para serem enfrentados adequadamente, supõem um método de ação e demandam um conjunto de recursos (materiais, técnicos, políticos etc.) que o Judiciário não possui.

27. Este critério escora-se na concepção de que há na Constituição algumas normas meramente programáticas, cujos efeitos positivos dependeriam de regulamentação legislativa, ao contrário de outras, autoexecutórias. Distinguir uma categoria de outra sempre constituiu uma fonte de debates. Atualmente a própria expressão "normas programáticas" está meio fora de moda, embora a ideia por trás dela continue relativamente presente.

nistrador²⁸ e o juiz pode adotar qualquer medida para garantir a eficácia dos direitos fundamentais.²⁹

Não é meu objetivo desvendar, defender ou refutar essas ou quaisquer outras diretrizes, que são meras ilustrações sobre algumas das constantes adotadas pelos juízes para resolver entre intervir, ou não, utilizando princípios.³⁰

14. A competência judicial para aplicar princípios não se presume

O que quero sustentar é que não existe fundamento para a presunção absoluta de que é do Judiciário, e não de outros órgãos, o poder de, a partir de princípios, formular soluções jurídicas específicas.

A própria atitude dos juízes no decorrer do tempo mostra cautela quanto à aceitação como sua da competência funcional. Juízes podem ser mais ou menos ativistas, intervindo muito ou pouco; podem ter concepções distintas quanto à divisão de competências funcionais. Isto faz parte do jogo: o ser do Judiciário, não dos outros Poderes, o juízo quanto aos limites de sua própria atuação. Mas é inquestionável que ele não pode atuar sempre, não tem legitimidade para, em qualquer situação, transformar princípios em regras e atos.

28. Na atualidade a expressão da moda para justificar esse tipo de controle é "princípio de proporcionalidade", que o STF não se cansa de invocar. Em outros momentos e contextos fala-se em "princípio da proibição do excesso", "princípio do devido processo legal substantivo" e em controle do "desvio (ou excesso) de poder".

29. Essa orientação tem fundamento no § 1º do art. 5º da CF ("As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata") e supõe a distinção, em duas categorias, das normas constitucionais indeterminadas: as relativas a direitos fundamentais (exemplo: direito de reunião – art. 5º, XVI) e as outras (exemplo: tratamento favorecido a empresas de pequeno porte – art. 170, IX).

30. Trata-se de critérios elaborados exatamente para definir os limites da competência funcional dos juízes para tomar decisões utilizando princípios. Quando o debate judicial envolve apenas a aplicação de regras bem determinadas esses critérios são inúteis e impertinentes. Assim, por exemplo, não se cogita aplicar uma presunção de validade para deixar de anular atos administrativos que violem normas exatas e vinculadas.

15. Os juízes têm o ônus de fundamentar sua competência

Em consequência, quando, em direito público, os juízes são chamados a tomar decisões com base em princípios, o primeiro e essencial dever é o de saber se estão legitimados a agir.

A deliberação quanto a isso não é trivial, e precisa ser elaborada com fundamentação consistente e específica, que considere a necessidade de respeitar os papéis (mais amplos ou menos, segundo a concepção que se adotar) dos outros órgãos estatais. A motivação deve, a cada vez, ser capaz de explicar a intervenção judicial, apontando os elementos especiais de ordem institucional que a justificam.

Em suma, o juiz tem de suportar o ônus de legitimar a própria competência.

Meu argumento é que para justificar a intervenção judicial não basta a invocação de princípios jurídicos – mesmo daqueles que asseguram direitos fundamentais – e o reconhecimento de sua pertinência ao caso em julgamento. É preciso que o juiz reflita e decida expressamente sobre o problema preliminar de sua legitimação, examinando, inclusive, as possíveis consequências negativas e positivas de sua intervenção na matéria, em lugar do legislador ou do administrador.

16. O poder que a lei delega ao juiz e o poder que o juiz quer tomar do legislador

A definição da competência judicial para deliberar com base em princípios não pode ser dada por uma diretriz única.

Em certos conflitos admite-se muito naturalmente que o juiz construa soluções praticamente sobre o nada, como em matéria de responsabilidade. Entre as normas sobre isso, há uma obrigando o Estado a responder “pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”³¹ e outra adotando como critério o fato de a atividade implicar, ou não, “por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.³² Todos entendemos que o juiz pode fazer condenações com base nesses textos, apesar de vagos.

31. CF, art. 37, § 6º.

32. CC, art. 927, parágrafo único.

Mas em litígios sobre posse de bem público por que não aceitamos que ele simplesmente beneficie o mais pobre, inspirado em que “erradicar a pobreza” é objetivo fundamental da República?³³ Uma resposta razoável é que, tendo a lei fundamentado o direito de posse não na necessidade do bem para o sujeito, mas em outro elemento (como a propriedade), cabe ao juiz decidir segundo esta lei, e não, com base em princípios, criar um regime jurídico alternativo que lhe pareça melhor.

A diferença entre o caso da responsabilidade e o da posse não está na indeterminação das normas: ambas são vagas. Quando cria regras sobre responsabilidade a partir de um fiapo normativo o juiz não se choca com o legislador, que lhe delegou poder para esses julgamentos. Mas se, no outro caso, usasse um princípio para construir um regime alternativo ao legal, estaria usurpando a função do legislador.

17. O ônus da competência nos conflitos distributivos

Em alguns temas juízes têm adotado postura bastante ativista. Vale por todos o exemplo das ações, ajuizadas em nome do “direito à saúde”, exigindo do Estado medicamentos não previstos nas listas oficiais. Há nesses casos uma questão jurídica prévia: juízes têm competência para ampliar a lista oficial de medicamentos?

Para discuti-la é essencial que também reflitam sobre os potenciais efeitos negativos de sua intervenção na matéria. Não são aceitáveis visões românticas sobre o valor da atuação isolada dos juízes se o que está em causa é um conflito de natureza claramente distributiva. A pergunta aos juízes é: vocês são capazes de proteger também os ausentes, aqueles que, não estando na ação, podem ter seus interesses e direitos difusos afetados negativamente pela decisão desta ação?

18. Caso em que o Judiciário é especialmente responsável

O STF, invocando princípios, decidiu pela ilicitude do uso de algemas quando, entre outros importantes requisitos, não estiver “jus-

33. CF, art. 3º, III.

tificada a excepcionalidade *por escrito*".³⁴ Para assegurar a eficácia das limitações substanciais que impôs, o Tribunal legislou, inventando exigência formal que não estava em lei: a justificação por escrito.

Ele interferiu no assunto por entender muito perigoso para o País o costume policial de constranger com algemas e por suspeitar que o Legislativo, por conta do "clamor popular" contra os "bandidos", jamais iria coibi-lo por lei.

Entendo elogiável, nesta hipótese, a atitude do Tribunal de criar normas claramente legislativas a respeito, sem se aferrar a uma visão restritiva da função jurisdicional.

A meu ver, a justificativa da intervenção era o fato de caber ao Judiciário a responsabilidade última pelas prisões efetuadas pela Polícia³⁵ – fazendo sentido, em função disso, que produzisse alguma normativa geral a respeito, suprindo defeitos institucionais do Executivo (falha em corrigir abusos policiais sistemáticos) e do Legislativo (falha em editar norma indispensável à eficácia de direito fundamental).

Mas minha observação é que, em situações do gênero, a Corte precisa assumir o ônus da legitimação de sua competência, explicando seu fundamento específico e, assim, delimitando com clareza seu âmbito de competência normativa. Se não fizer isso, não teremos como saber qual será sua visão nos próximos casos, não teremos como criticar seus critérios, não teremos como controlá-los.

19. Atenção: normas judiciais não são fáceis de mudar

Um aspecto que os juízes têm de considerar, antes de se afirmarem competentes para editar regras com base em princípios constitucionais, é o da rigidez das regras que produzirão.

Transformar ideias jurídicas vagas em normas precisas é uma operação criadora: pintar quadros, não revelar fotografias. No entanto, as autoridades jurídicas sempre dirão o contrário, por razões mais ou menos óbvias. O STF, ao decidir que o amianto era inconstitucional, logo explicou que isso estava incluído, mesmo implicitamente, no

34. Súmula Vinculante 11.

35. CF, art. 5º, LXI, LXII e LXV.

“direito à saúde” garantido pela Constituição.³⁶ Essa hipocrisia, embora inevitável, dificulta bem as coisas.

Quando o Legislativo se reúne para discutir como regular uma prática perigosa (o uso de armas, por exemplo), as soluções normativas à sua disposição são bastante amplas: por meio de exceções, condições e prazos, ele pode ir modulando a regulação. A polêmica interessante, quando se legisla, é justamente em torno dessas modulações. Há argumentos e demonstrações bastante racionais a considerar, mas no final ninguém duvida de que, para editar a norma, o legislador tem de fazer escolhas.

Só que o Tribunal, ao fazer normas a partir de princípios, se sente obrigado a dizer que age assim justamente *por não ter escolha*. Há algo ruim nisso: moralmente, é bem mais difícil mudar uma norma nascida com esse tipo de justificativa que alterar uma lei ou regulamento.

O STF resolveu criar uma limitação geral à nomeação sem concurso para cargos públicos e editou norma proibindo “a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau”.³⁷ Justificando-se, disse tratar-se de decorrência direta do princípio constitucional da *moralidade*.³⁸ Se, no futuro,

36. Apenas na ADI 3.937-SP (cautelar) é que a Corte “se deu conta” disso, ao manter lei estadual proibitiva. Antes, já examinara leis semelhantes e, ao invés de louvá-las, as derrubara por falta de competência legislativa dos Estados (ADI 2.656-SP e 2.396-MS).

37. Súmula Vinculante 13. O pitoresco é que, no debate sobre a redação da Súmula, o Tribunal, constrangido pela dificuldade de explicar de modo convincente como o *princípio da moralidade* traz em si essa precisão, inclusive numérica, preferiu escrever que a nomeação ficava proibida porque “viola a *Constituição Federal*”. Com isso, revelou uma nova fonte de Direito, ainda mais indeterminada que os princípios constitucionais: a ideia abstrata de Constituição.

38. É interessante a história da norma e de sua justificativa. A regra antinepotismo foi elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça/CNJ para ser aplicada no âmbito da organização judicial. Houve reação violenta da corporação, que foi ao STF gritando contra a violação do *princípio da legalidade*, pois não havia lei com essa restrição. Por razões de política interna, o STF hesitou em reconhecer competência normativa ampla para o CNJ (a quem cabe “expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência”, como a de “controle da atuação administrativa” do Judiciário – CF, art. 103-B, § 4º, I). Mas, como queria manter a norma, disse tratar-se de mera decorrência direta de princípios constitucionais. Daí para editar uma Súmula Vinculante entendendo a restrição para os cargos do Executivo e do Legislativo foi um pulo – que o Tribunal deu, plenamente consciente de que isso valorizaria muito seus juízes diante da opinião pública, sempre irritada com os “abusos” da máquina pública. Em um

os juízes preferirem que a proibição seja abrandada (criando-se algumas exceções), ampliada (até o quarto grau, por exemplo) ou, mesmo, eliminada (reconhecendo que ela não é mais, ou nunca foi, necessária), em tese poderão rever sua jurisprudência, mas o medo do ridículo provavelmente os deterá.

Assim, regras inventadas judicialmente a partir de princípios constitucionais tendem a ser mais difíceis de mexer, o que pode gerar confusões nada desprezíveis.

Enfim, muitos outros aspectos – além da existência, ou não, de lei, da justiça distributiva, da responsabilidade judicial e da rigidez das normas criadas – estão envolvidos na definição dos limites da competência judicial, sendo inviável, aqui, a tentativa de um panorama geral.

O que importa é defender a necessidade de o juiz cumprir os deveres que lhe são impostos pelo ônus de legitimar analiticamente sua competência.

20. Usando princípios para “julgar nas nuvens”

Falta, agora, explicar o que é o ônus do regulador, que o juiz deve suportar quando decide com base em princípios. Um caso ajuda a iniciar a análise.

Em um julgamento volta o debate, que outras vezes já havia sido feito, sobre o conceito de *improbidade administrativa*. Discutia-se se a simples inobservância de certa regra legal por um prefeito bastaria, ou não, para caracterizar “improbidade por violação da legalidade”, ou se seria preciso “haver também dolo ou lesão ao erário”.

No voto inicial o Relator adota a primeira opção, crendo necessário punir com severidade administradores que “deixe(m) de observar as mais mezinhas regras de direito público”. Curiosamente, logo a seguir muda de lado e diz o inverso: “porque é muito perigoso e draconiano” impor as sanções da improbidade sem “a prova do elemento subjetivo”!³⁹

mesmo episódio vê-se a Corte tímida para reconhecer poder normativo interno ao CNJ e ousada em atribuir-se um poder normativo geral.

39. STJ, REsp 621.415.

Dias depois, o Juiz reconhece a “evidente contradição” em que andou caindo, ora dizendo uma coisa e depois o oposto. E aí escolhe uma das opiniões que defendera (a última), justificando a opção com essa sintética e surpreendente frase: “Não há discrepância na doutrina quanto à punição só a título de dolo”.⁴⁰ Um argumento curioso, o de que haveria unanimidade em torno do assunto: primeiro porque não é verdadeiro, segundo porque o próprio Juiz era exemplo da falta de unanimidade, pois não conseguia chegar a um acordo sequer consigo mesmo.

Este caso é mais um, dentre uma infinidade de outros, em que o texto da motivação da decisão judicial é muito frágil e, assim, gera a sensação de que processos podem ser julgados de modo bem superficial.

Mas o que interessa destacar aqui não é tanto esse problema, que é bem conhecido, e sim que o uso retórico de princípios muito vagos vem sendo um elemento facilitador e legitimador da superficialidade e do voluntarismo. E por que facilitador e legitimador? Porque belos princípios ninguém tem coragem de refutar, e muita gente se sente autorizada a tirar conclusões bem concretas apenas recitando fórmulas meio poéticas (aliás, de preferência muitas delas – como se enfileirar princípios, todos muitos vagos, aumentasse a força da conclusão).

A verdade é que motivações e discussões que ficam nesse plano de generalidades são insuficientes para conclusões concretas. A razão é óbvia: nesse plano, quase todo mundo tem alguma razão no que diz.

Na discussão judicial que acabei de referir, sobre se a mera falha no cumprimento da lei deveria, ou não, ser punida como improbidade mesmo não havendo dolo, os dois lados da contenda têm belos princípios a invocar. Os favoráveis à punição podem dizer, com razão: punir autoridades independentemente de dolo incentiva a respeitar o *princípio da legalidade*. Mas os contrários também estão certos quando respondem: excesso de rigor atenta contra o *princípio da razoabilidade*.

O que fazer, então: decidir em abstrato se a legalidade é melhor que a razoabilidade, ou vice-versa? Devemos ficar nas nuvens ou baixar à Terra?

40. STJ, REsp 626.034.

Muitos juízes têm preferido ficar mesmo “nas nuvens”, pois isso lhes permite decidir de acordo com as sensações que tirem de cada processo, mesmo à custa de contradições.

Voltando à polêmica sobre se é, ou não, jurídico punir por improbidade quem agiu sem dolo, outro Juiz do mesmo Tribunal também parece ter dificuldades em escolher um dos lados: em um caso ele entende só haver improbidade “quando o agente público, no seu agir, é devasso, provocando dano ao erário e recebendo correspondente vantagem”;⁴¹ em outro afirma ser descabida a “declaração de necessidade de má-fé e de lesão ao erário público”.⁴² Os textos do Juiz são meras ideias soltas, difíceis de refutar nesse plano, e ele os alterna conforme queira condenar ou absolver, segundo a impressão geral que tenha sacado do processo.

21. Usando princípios para não decidir ou motivar

O que estou querendo dizer aqui é algo simples, evidente, com que provavelmente todo mundo concorda: ideias soltas não podem servir de motivação de decisões judiciais. Mas o “*status* principiológico” de certas palavras, expressões e frases tem servido demais para mascarar a falta de critérios.

Para muitos juízes, usar fórmulas mágicas meio vazias para resolver o cotidiano é um modo de ir empurrando para mais tarde a construção de critérios gerais consistentes.

Também o legislador muitas vezes faz exatamente isso: para responder a alguma pressão e ao mesmo tempo fugir do ônus de decidir (de distinguir, de fixar critérios etc.), simplesmente finge. Como? Editando algum texto vazio, que mais tarde os interessados usarão como argumento, em suas disputas administrativas e judiciais.

Isso aconteceu na própria Lei da Improbidade, cuja aplicação vem desnorteando os Juízes que transcrevi. Os parlamentares, sem querer tomar partido claro sobre o que devia, ou não, ser condenado, mas precisando mostrar severidade (para não serem acusados de proteger autoridades malandras), votaram uma lei mandando punir algo

41. STJ, REsp 758.639.

42. STJ, REsp 604.151.

muito indefinido: a violação dos “princípios da administração”. Mas como assim?... A lei não disse ...

Aos Juízes cabia, a partir desses vagos termos, elaborar uma política sobre repressão de infrações funcionais; e, para isso, teriam de se resolver por uma dureza maior ou menor na aplicação de sanções. Enfim, teriam que assumir o ônus que o legislador lhes repassou.

Mas os Juízes cujos votos citei há pouco não conseguiram também decidir-se. Por falta de tempo? Talvez pelas dúvidas da própria sociedade quanto a isso? Por buscarem orientação nas palavras páli-das da lei, sem perceberem que tudo que ela fez foi lhes delegar a tarefa de regular a matéria? Motivações ocas, de citações e louvações a princípios, serviram para ocultar o voluntarismo com que as deliberações foram tomadas pelos Juízes – e, justamente por serem ocas, puderam, com um simples rearranjo de palavras, servir também à conclusão oposta.

22. Usando bons princípios para ignorar a lei

Um outro caso serve agora para mostrar como fórmulas vazias podem servir para esconder o desrespeito à própria lei.

Certa autoridade administrativa editou ato reduzindo os preços autorizados de medicamentos quando vendidos para o Poder Público. Impugnado o ato como ilegal, o Tribunal o considerou legítimo, por traduzir “política de acesso a medicamentos pela população em geral”, e não viu problema na discriminação de preço em função da entidade compradora, “principalmente se tais medidas atendem ao princípio da razoabilidade”.⁴³ Será que essas frases bonitas bastam para permitir que a autoridade faça algo que a lei proíbe ou não autoriza?

Então, vamos a mais um caso.

Em certo processo, debatendo sobre os efeitos da inadimplência no pagamento de tarifa de serviço público, um Juiz votou “contra o corte de energia de pessoa física em situação de miserabilidade” previsto em lei, pois “não se pode fazer uma aplicação da legislação infraconstitucional sem passar pelos princípios constitucionais, dentre

43. STJ, MS 12.730.

os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana”.⁴⁴ É uma bela expressão essa, a “dignidade da pessoa humana”, e está na Constituição. Citá-la será o bastante para o juiz afastar a lei que autoriza o corte de energia?

Nestes dois casos estamos diante de decisões com sensibilidade social, visando a facilitar o acesso popular aos medicamentos e aos serviços públicos. Exemplificam um modo comum no direito público atual: argumentar com *bons princípios* (com fins justos e de contornos vagos) para deixar de lado regras da lei. Não importam o arranjo de competências nem a política concebida pelo legislador ao instituir a regulação de preços de medicamentos, desde que o juiz veja bons princípios no ato praticado pelo regulador. A política legal de tarifação do serviço público também não interessa se o juiz vislumbrar uma ideia melhor, pela simples orientação dos *bons princípios*.

23. Os juízes têm o ônus do regulador

O que está acontecendo de errado? Os juízes não só estão se omitindo no dever de debater com consistência a política que a lei lhes deixou para construir (caso da improbidade), como desprezam superficialmente as políticas legais, em favor de outras soluções, adotadas pelos administradores (caso do controle de preços) ou por eles próprios (caso do corte de serviços). Fazem isso com intuição e bons propósitos: será o suficiente?

Ao julgarem com base em princípios, os juízes exercem função regulatória – e não podem fazê-lo superficialmente.

Nosso sistema pode suportar a delegação da tarefa de regular ao Judiciário. Pode até admitir a substituição de regulações legais ou administrativas por outras, criadas pelos juízes. Mas é preciso que estes cumpram os mesmos ônus que têm os reguladores.

Elaborar e enunciar com clareza e precisão a regra que, a partir dos princípios, entendem dever ser utilizada em juízo para resolver os casos concretos, do mesmo modo que o regulador faz regulamentos, com suas especificações, antes de sair tomando atitudes caso a caso. Estudar com profundidade a realidade em que vão mexer, entender as

44. STJ. REsp 363.943.

características e razões da regulação anterior, identificar as alternativas regulatórias existentes, antever os possíveis custos e os impactos, positivos e negativos, em todos os seus aspectos, da nova regulação judicial que se cogita instituir, comparar as características da regulação existente e da cogitada.⁴⁵ Tudo isso tem de aparecer na motivação da decisão judicial.

Em suma, é preciso que o Judiciário, transformado em regulador, comporte-se como tal, com todos os ônus que isso envolve. Do contrário teremos decisões puramente arbitrárias, construídas de modo voluntarista, gerando uma jurisprudência capaz de flutuar ao sabor das intuições e dos azares – em resumo: pura feitiçaria.

É preciso insistir nisto: citar múltiplos, belos e vagos princípios, transcrever páginas e páginas de elogios a eles, manifestar propósitos generosos, nada disso é motivar: é soltar fumaça.

45. Para a finalidade algo simplória deste ensaio – que é lembrar o dever do julgador de descer ao mundo real, não podendo ficar nas nuvens – bastam essas considerações mais gerais sobre um mínimo exigível como método de decisão. Mas a polêmica a respeito pode ser bem complexa, segundo a visão mais ou menos rígida que se tenha quanto à profundidade da investigação que o regulador ou o julgador devem fazer. Para se enfrontar mais nesse tema, a reflexão jurídica pode se beneficiar dos debates de ciência política sobre modelos de análise para decisões públicas, que estão bem retratados em Thomas R. Dye, “Mapeamento dos modelos de análises de políticas públicas”, em Francisco G. Heidemann e José Francisco Salm (orgs.), *Políticas Públicas e Desenvolvimento – Bases Epistemológicas e Modelos de Análise*, Brasília, UnB, 2009, pp. 99-129.