
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEU FELIPE
BACELLAR**

© 2011 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão
Projeto gráfico e diagramação: Luiz Alberto Pimenta
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi – Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG – MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil – PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR – PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUC/PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG – GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (UniCuritiba – PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP – SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña – Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa – Portugal)
Prof. Dr. Michele Carducci (Università del Salento – Itália)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil – PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP – PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco – PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR – PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (UniCuritiba – PR)
Prof. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá – RJ)

Conceito de princípio jurídico e seus impactos no Direito Público contemporâneo: o caso da dispensa de licitação lastreada no inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93

Carlos Eduardo Bergamini Cunha

Mestrando em Direito do Estado pela USP. Advogado em São Paulo.

Resumo: O presente artigo analisa as diferentes formas de se distinguirem as regras dos princípios jurídicos, bem como seus impactos em matérias cotidianas do Direito público. Tomando como itinerário, o texto aborda as possíveis soluções ao impasse criado recentemente sobre a dispensa de licitação com base no inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93.

Palavras-chave: Teoria Geral do Direito. Distinção das normas jurídicas. Princípios e Regras. Hermenêutica. Direito público. Dispensa de licitação.

Sumário: I Introdução – II A distinção entre os princípios e as regras jurídicas – II.1 A diferenciação pelo grau – II.1.a Críticas à diferenciação das normas pelo critério de grau – II.2 A distinção à luz do critério da estrutura normativa – II.2.a A incomunicabilidade das teorias – II.2.b A impossibilidade de se derogarem regras pela aplicação de princípios – II.2.c Aplicação da teoria qualitativa à hipótese do inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 – III Conclusão – Referências

I Introdução

1 De algum tempo para cá, tornou-se bastante comum a menção aos princípios jurídicos e a seu papel na estrutura normativa. Não mais raras são as decisões judiciais ou administrativas baseadas unicamente na aplicação de princípios constitucionais. Da mesma forma, hoje em dia é praticamente impossível encontrar um texto jurídico que não mencione ao menos um princípio como fundamento.

Trata-se de fenômeno a toda evidência louvável. Tidos como verdadeiros trunfos contra um sistema normativo desapegado a valores éticos, os princípios sempre tiveram um papel bastante ligado à efetivação da justiça substantiva e de resistência ao fetiche da lei formal.¹

¹ Segundo Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, “[o] fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do Positivismo Jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida, Qualquer ordem” (A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e o papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 106-107).

O reconhecimento universal de seu caráter normativo, e mais, sua consagração na prática jurídica judicial e administrativa são feitos absolutamente admiráveis e merecedores dos maiores e mais sinceros encômios.

Entretanto, há ainda algum impasse no que respeita ao conceito de princípio que se adota e os consequentes efeitos de sua aplicação prática. Utilizar uma ou outra teoria se trata de algo muito além de mera preferência doutrinária e pode ensejar consequências bastante significativas na própria aplicação do Direito.

2 Um tema que ganhou algum relevo ultimamente bem exemplifica a questão, e serve de paradigma para a exposição que se fará adiante.

Com efeito, uma das hipóteses legalmente previstas para a dispensa de licitação que aparentava estar livre de qualquer controvérsia tem sido atualmente alvo de algum debate doutrinário, o qual acabou também parando nos tribunais. Tem-se discutido recentemente a necessidade ou não de realizar licitação ante a existência de duas ou mais entidades que se adêquem aos requisitos erigidos pelo inciso XIII do artigo 24 da Lei de Licitações.

Tenha-se em mente que o referido dispositivo legal autoriza a contratação direta por dispensa de licitação em se tratando de “instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos”. Daí que há quem diga, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que havendo duas ou mais instituições em condições semelhantes, é dizer, duas ou mais entidades sem fins lucrativos, incumbidas regimental ou estatutariamente dos mesmos objetos que se pretende contratar, todas com inquestionável reputação ético-profissional, deve a Administração realizar a licitação.

O pano de fundo deste entendimento é até certo ponto bastante previsível. Fala-se que nestas hipóteses haveria que se aplicar os princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade, de modo que sejam dadas amplas possibilidades a estas instituições de contratar com o Estado. Em outras palavras, aplica-se um princípio da Constituição a uma questão já devidamente definida por uma lei.

3 Na doutrina essa posição é defendida por Marçal Justen Filho, para quem “[a] contratação não poderá ofender o princípio da isonomia. Existindo diversas instituições em situação semelhante, caberá licitação para selecionar a melhor proposta — ainda que essa proposta deva

ser avaliada segundo critérios diversos do 'menor preço'.² No mesmo sentido, Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo já defendiam há bastante tempo que, "se houver mais de uma instituição com semelhante ou igual capacitação e reputação, há que se proceder à licitação".³

Na jurisprudência dos órgãos de controle essa teoria é bastante recorrente. O TCU, por exemplo, já se posicionou no sentido de que "havendo outras instituições em condições de prestar os serviços pretendidos a licitação seria exigível".⁴ No Tribunal de Contas do Estado de São Paulo há diversas decisões dizendo que, para serem legítimas, as contratações lastreadas no inciso XIII do artigo 24 da Lei de Licitações devem também comprovar a impossibilidade de competição,⁵ o que denota, no fundo, uma certa confusão entre dispensa (desnecessidade por expressa previsão legal) e inexigibilidade (impossibilidade de competição).

4 Resistindo bravamente à tentação, o presente trabalho não cuidará de refutar esse entendimento. Essa tarefa já foi cumprida com grande competência por autores de renome como Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁶ e Jessé Torres Pereira Júnior.⁷ Não é disso que se trata.

² Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 314.

³ Cf. Dispensa e inexigibilidade de licitação. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 59. Também defende este ponto de vista NIEBUHR, Joel de Menezes. Dispensa e inexigibilidade de licitação pública. São Paulo: Dialética, 2003. p. 312-314.

⁴ Acórdão nº 1.547/2004 – Primeira Câmara, Relator Walton Alencar Rodrigues. No mesmo sentido, verifique-se a decisão proferida nos autos do processo TC nº 008.942/2005-7, cujo voto condutor, por maioria, é do Relator Ministro Ubiratan Aguiar.

⁵ Verifiquem-se, neste sentido, entre diversas outras, as decisões proferidas nos autos dos processos TC nº 1.309/026/06, Relator Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho; TC nº 33.128/026/07, Relator Conselheiro Fulvio Julião Biazzi; TC nº 12.188/026/05, Relator Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho; TC nº 12.190/026/05, Relator Conselheiro Robson Marinho; TC nº 17.577/026/05, Relator Conselheiro Fulvio Julião Biazzi; TC nº 31.167/026/03, Relator Conselheiro Renato Martins Costa; TC nº 10.898/026/04, Relator Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho. O que pode ser considerado como o leading case desse entendimento é o processo TC nº 31.187/026/01, cuja decisão proferida em 27.09.2005 pelo Conselheiro Robson Marinho assim colocou a questão, e que foi aprovada de forma unânime pela Corte: "Pela oportunidade e como decorrência dos estudos elaborados por SDG e por meu Gabinete, é de todo conveniente registrar o que entendo como requisitos de validade da contratação com dispensa de licitação, fundamentada no inciso XIII do artigo 24 da Lei de Licitações e que coloco para apreciação também do Egrégio Plenário (...) g) se houver mais de uma instituição com semelhante ou igual capacitação e reputação, há que se proceder a licitação, caso não seja possível justificar adequadamente o motivo da preferência por uma delas."

⁶ Defende Jorge Ulisses Jacoby Fernandes que, "em primeiro plano, deve-se observar que as hipóteses de dispensa de licitação elencadas no art. 24, em exame, constituem, como exposto no capítulo III, o reconhecimento prévio, pelo legislador, do 'conflito' entre valores tutelados pelo Direito, os quais adremente a lei resolveu, permitindo a contratação direta." Demais disso, salienta o mencionado autor que "a licitação não é o único meio de garantir a efetividade dos princípios da isonomia e da impessoalidade. Segundo, o legislador pátrio não pode abrir, ao seu talante, possibilidades de contratação direta sem acatamento ao princípio da licitação se não tiver a sustentá-lo outro princípio, também consignado na Constituição Federal. (...) É importante lembrar que a inviabilidade de competição só é requisito para a contratação direta por inexigibilidade, conforme expressamente estabelece o art. 25. Não se pode criar, pela via doutrinária, palavras que não existem na lei! Logo, mesmo existindo várias instituições com igualdade de condições — se forem exatamente iguais, o que é pouco provável —, a escolha pode ser feita por uma pesquisa de preços, por exemplo. Mais adequado seria que a justificativa da escolha do contratado tivesse relação com a capacidade da instituição e o objeto do contrato, e não só com o preço" (Contratação direta sem licitação. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 498-502).

⁷ Por outro lado, Jessé Torres Pereira Júnior (transcrevendo decisão judicial de sua lavra) salienta ser descabida a alegação de que "a licitação seria imperiosa porque há muitas entidades especializadas em consultoria

O que se pretende aqui é demonstrar como a criação e sustentação dessa tese somente se mostra possível partindo-se de uma conceituação das normas jurídicas à luz do grau de fundamentalidade, tese esta de grande acolhida no Direito brasileiro. De outro modo, partindo-se da diferenciação das normas à luz do critério da estrutura normativa (distinção estrutural ou qualitativa), a tentativa de se valer do princípio da isonomia quando existirem duas ou mais instituições semelhantes encontraria óbice hermenêutico intransponível, o qual, ressalte-se, não é menos importante ou relevante.

Também não se entrará aqui na discussão de qual critério é melhor ou mais eficiente para distinguir as normas jurídicas. Não é esse o objetivo. O grande mote do trabalho é tentar demonstrar a importância da filosofia constitucional e da teoria dos princípios no debate jurídico, impactando fundamentalmente até mesmo discussões cotidianas do Direito Público que pareçam ter perdido a importância.

II A distinção entre os princípios e as regras jurídicas

5 Conceituar os princípios talvez seja um dos maiores desafios do Direito contemporâneo.⁸ Bem por isso que não se buscará no presente estudo analisar os elementos morfológicos do termo “princípio”, pesquisar as relações entre os princípios e os valores, ou ente eles e a moral. Também não se irá aqui postular um significado para os princípios fundamentais ou político-fundamentais, nem mesmo perquirir a existência ou não de princípios infraconstitucionais. Adotar este itinerário seria uma digressão desnecessária e que só prejudicaria o andamento do trabalho.

Para o que aqui importa, é relevante apenas notar que o significado dos princípios foi sendo modificado ao longo do tempo por conta das necessidades sociais e jurídicas, de modo que os princípios, tal como

organizacional e a competição entre elas, sendo viável, torna obrigatória a realização do certame prévio à contratação. Descabida ilação porque o regime da Lei 8.666/96 distingue a categoria da licitação dispensável (hipóteses *numerus clausus*, definidas nos incisos do art. 24) da categoria da licitação inexigível (situações a que se refere o art. 25, em tom meramente exemplificativo, em que a competição é inviável). A lei autoriza a dispensa de licitação mesmo que viável seja a competição. Os critérios que embasam as hipóteses do art. 24 não levam em conta a competitividade. Concernem a circunstâncias peculiares que condicionam e aconselham a contratação direta, desde que preenchidos os requisitos legais. É o caso do inciso XIII do art. 24” (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 314).

⁸ Como observa Luis Prieto Sanchís, “[n]i en el lenguaje del legislador, ni en el de los jueces, ni en el de la teoría del Derecho existe un empleo mínimamente uniforme de la expresión ‘principios’, hasta el punto de que, recordando la terminología de Hart, cabe decir que aquí la ‘zona de penumbra’ resulta más amplia que el ‘nucleo de certeza’” (Ley, Principios, Derechos. Madrid: Editorial Dykinson, 1998. p. 48-49).

conhecemos hoje, são inegavelmente produto da evolução (não linear, ressalte-se) dos chamados princípios gerais do Direito, estes últimos criados pelos sistemas da família romano-germânica como forma de subordinação do próprio direito aos imperativos da justiça.⁹

A grande virada dos princípios em termos de importância para a teoria jurídica parece ter sido o reconhecimento de sua capacidade normativa,¹⁰ isto é, a partir do momento em que se percebeu que os princípios também possuíam poder de ordenação social por conta da obrigatoriedade de observância de seus comandos. Mesmo tratando dos princípios gerais do Direito, já entendia Bobbio serem estes “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”. Daí advinha sua crítica ao termo princípio por levar o jurista a erro e, conseqüentemente, negar sua normatividade. Segundo Bobbio, [p]ara sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também estes (...). Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso”.¹¹

6 A questão a ser desvendada é, se os princípios também são normas, o que então os distinguiria das regras?

Diversos critérios foram criados ao longo dos tempos tentando sistematizar uma distinção. Em verdade, vários são os autores que estabeleceram um critério de distinção próprio, tal como fizeram Josef Esser,¹²

⁹ Cf. DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 167. Sobre o significado dos princípios gerais do direito, ver DEL VECCHIO, Giorgio. Los Principios Generales del Derecho. Trad. Juan Onorio Morales. Lima: ARA Editores, 2006.

¹⁰ Para uma visão sobre a evolução dos princípios, desde sua fase não normativa até a atualidade, ver, por todos, BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 255-295.

¹¹ Cf. Teoria do ordenamento jurídico. 6. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p. 158-159.

¹² O trabalho de Josef Esser é leitura obrigatória sobre o tema. Para Esser, “[I]o que en nuestro sistema distingue el principio de la norma, no es la ‘abstracción’ o el ‘carácter general’, sino la posibilidad de precisar los casos de aplicación, que es lo que caracteriza al ‘precepto’. (...) Según la concepción continental, el principio no es en sí mismo una ‘instrucción’, sino causa, criterio y justificación de ésta. Lo cual significa, de todos modos, que, en tanto que ratio legis, está ya incluido en la instrucción, determinando la posición de ésta dentro del conjunto del ordenamiento” (Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. p. 66-67).

Jean-Louis Bergel,¹³ Karl Larenz,¹⁴ Canaris,¹⁵ Chaïm Perelman,¹⁶ Hart,¹⁷ Genaro Carrió,¹⁸ Celso Bastos,¹⁹ Cabral de Moncada,²⁰ José Afonso da Silva,²¹ entre inúmeros outros. Duas fórmulas, entretanto, inseridas em

¹³ Para Bergel, “é a generalidade dos princípios gerais do direito que melhor marca a definição deles e os distingue das simples regras de direito. ‘Existe entre um princípio e uma regra jurídica não só uma desigualdade de importância, mas uma diferença de natureza’. Claro, toda regra jurídica é, por definição, geral; mas a generalidade da regra jurídica não é entendida no mesmo sentido que a de um princípio. Uma regra é geral, pois é ‘estabelecida por um número indeterminado de atos ou de fatos’. Isso não a impede de ser, de outro ponto de vista, especial, regendo apenas ‘estes ou aqueles fatos’ correspondentes a seu objeto. Um princípio, ao contrário, é geral pelo fato de comportar uma série indefinida de aplicações” (Teoria geral do direito. 2. ed. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 110).

¹⁴ “Os ‘princípios jurídicos’ não são senão pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à idéia do Direito, que todavia não chegaram a condensar-se em regras jurídicas imediatamente aplicáveis, mas que permitem apresentar ‘fundamentos justificativos’ delas. Estes princípios subtraem-se, como todas as pautas ‘carecidas de concretização’, a uma definição conceptual; o seu conteúdo de sentido pode esclarecer-se com exemplos. Contribui para a sua evidência, proporcionadora de um amplo consenso, a comprovação da sua sedimentação em conteúdos regulativos de Direito positivo” (Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 316).

¹⁵ Segundo Claus-Wilhelm Canaris, existiriam quatro características que diferenciariam os princípios das normas: “os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou contradição; eles não têm pretensão da exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; e eles precisam, para a sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio” (Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 4. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 88).

¹⁶ Perelman diferenciou as regras dos princípios elevando estes últimos à categoria de topoi, dizendo que os princípios “nada mais são do que lugares específicos do direito, afirmações de ordem muito geral, como as que Aristóteles analisou nos Tópicos” (Lógica jurídica: nova retórica. Trad. Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 159).

¹⁷ Herbert L. A. Hart, respondendo às críticas de Dworkin, apresenta dois aspectos que considera fundamentais para a distinção entre princípios e regras: “O primeiro é uma questão de grau: os princípios são, relativamente às regras, extensos, gerais ou não específicos, no sentido de que, com frequência, aquilo que seria encarado como um número de regras diferentes pode ser apontado como exemplificações ou ilustrações de um único princípio. O segundo aspecto reside em que os princípios, porque se referem mais ou menos explicitamente a um certo objectivo, finalidade, direito ou valor, são encarados, a partir de certo ponto de vista, como desejáveis de manter ou ser objecto de adesão, e, por isso, não apenas enquanto capazes de fornecer uma explicação ou fundamento lógico das regras que os exemplifiquem, mas também pelo menos, enquanto capazes de contribuir para a justificação destas” (O conceito de direito. 5. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 322).

¹⁸ Genaro Carrió distingue a regra do princípio dizendo que este último “es el pensamiento directivo que domina y sirve de base a la formación de las singulares disposiciones de Derecho de una institución jurídica, de un Código o de todo um Derecho positivo. El principio encarna el más alto sentido de una ley o institución de Derecho, el motivo dominante, la razón informadora del Derecho [ratio juris], aquella idea cardinal bajo la que se cobijan y por la que se explican los preceptos particulares, a tal punto, que éstos se hallan con aquélla em la propia relación lógica que la consecuencia al principio de donde se derivan” (Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. p. 33).

¹⁹ Celso Bastos entendia que “os princípios são de maior nível de abstração que as meras regras, e, nestas condições, não podem ser diretamente aplicados. Mas, no que eles perdem em termos de concreção, ganham no sentido de abrangência, na medida em que, em razão daquela força irradiante, permeiam todo o texto constitucional, emprestando-lhe significação única, traçando os rumos, os vetores, em função dos quais as demais normas devem ser entendidas” (Dicionário de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 158).

²⁰ Após questionar a distinção das normas por critérios estruturais atentos (generalidade e indeterminabilidade, v.g.), Luís S. Cabral de Moncada observa que “[a] diferença entre princípios e regras não deriva da estrutura lógica de cada um mas do tipo de raciocínio jurídico a que predominantemente dão azo. É funcional. Nesta perspectiva, os princípios gerais são ao mesmo tempo mais e menos do que as regras, mais porque possuem maior alcance legitimatório do que as regras e maior força expansiva e menos porque são menos conclusivos do que as regras e requerem maior ponderação” (Os princípios gerais de direito e a lei. In: MONCADA, Luís S. Cabral de. Estudos de direito público. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 417-420).

²¹ José Afonso da Silva adere às teorias de Canotilho e Vital Moreira (muito embora os critique pela falta de clareza da noção das normas em questão), dizendo basicamente que “[o]s princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são (como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira) ‘núcleos

macrogrupos, podem ser desenhadas: a diferenciação pelo grau entre as normas e a diferenciação pela forma de aplicação das normas.

II.1 A diferenciação pelo grau

7 É de Virgílio Afonso da Silva a observação de que a tese mais difundida no Brasil é a que diferencia as regras dos princípios pelo grau, seja de generalidade, abstração ou de fundamentalidade das normas²² (também chamada de distinção débil).

A diferenciação pelo critério do grau de generalidade, presente também em grande parte das definições clássicas, implica reconhecer que nas regras seu grau seria muito mais baixo que nos princípios.²³ Já o grau de abstração significa, no dizer de Canotilho, que “os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida”.²⁴ Por fim, o grau de fundamentalidade no sistema das normas representa, também nas palavras de Canotilho, que “os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes”.²⁵

8 De se ressaltar aqui a concepção de princípio apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello, a qual bem define a forma como a questão foi difundida e inculcada no pensamento jurídico brasileiro.²⁶ Segundo esse autor, princípio é um “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a

de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, ‘os princípios por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional’ (Curso de direito constitucional positivo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 96).

²² Cf. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, v. 1, p. 609, 2003.

²³ Sobre isso, Joseph Raz assinala que “[o]s termos ‘princípios’ e ‘regras’ são freqüentemente utilizados de forma intercambiável, embora a palavra ‘princípios’ geralmente tenha uma implicação de maior generalidade e maior importância do que a palavra ‘regras’” (Razão prática e normas. Trad. José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 43). George C. Christie, refutando as teorias de Dworkin, defende que os princípios são normas mais vagas que as regras (The model of principles. Duke Law Journal, p. 669, 1968).

²⁴ Cf. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1160.

²⁵ Cf. Direito constitucional e teoria da Constituição, op. cit., p. 1160.

²⁶ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 36.

intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”²⁷

Não há qualquer dúvida de que o citado autor se vale do critério dos graus de fundamentalidade e de abstração na forma como diferencia os princípios das regras. Somente desse modo faz sentido sua famosa assertiva de que “[v]iolar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer”, uma vez que a “desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.”²⁸

9 Pois bem. Sendo essa a concepção mais aceita e mais difundida no Direito Brasileiro, ganha algum sentido hermenêutico a técnica de se aplicarem princípios sobre regras. Isso porque, sendo o princípio um “mandamento nuclear” ou uma “disposição fundamental” do sistema jurídico, o qual “se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência”, todas as normas devem guardar compatibilidade material com os princípios. Daí a justificativa hermenêutica de se aplicá-los livremente.

E o caso utilizado como paradigma no presente texto bem ilustra essa alternativa: havendo duas instituições que cumpram os requisitos do inciso XIII do artigo 24 da Lei de Licitações, aplicar-se-ia o princípio da isonomia (que seria um alicerce do ordenamento jurídico, extraído do caput do artigo 5º da Constituição Federal) e da impessoalidade (outro alicerce, este extraído do caput do artigo 37 da CF, voltado diretamente à atuação da Administração Pública), exigindo da Administração Pública a realização de licitação.

II.1.a Críticas à diferenciação das normas pelo critério de grau

10 Esta tese, conquanto relativamente pacífica e bastante confortável para a dogmática tradicional, apresenta dois potenciais focos de problema que não podem ser simplesmente negados ou ignorados.

10.1 O primeiro: se os princípios são considerados normas com maior grau de fundamentalidade e abstração, e se, por isso mesmo, possuem significativamente mais valor que as meras regras (já que mais

²⁷ Curso de direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 922-923. Veja-se que há algo de congênito na definição dada pelo ilustre publicista, já que, como nos lembra Antonio-Enrique Pérez Luño, “[e]l término principio sugiere, lo mismo en el lenguaje filosófico que en el ordinario, la idea de inicio, origen o causa de algo” (Los Principios Generales del Derecho: ¿Un Mito jurídico?. Revista de Estudios Políticos, Madrid, n. 98, p. 10, oct./dic. 1997).

²⁸ Cf. Curso de direito administrativo, op. cit., p. 923.

amplos, fundamentais e abstratos), prevalecendo sobre elas, tem-se como consequência evidente o fato de as decisões jurídicas ganharem maior carga de indeterminabilidade. Ou seja, o fenômeno da principiologia,²⁹ tal como absorvido no Brasil, implica em maior indeterminabilidade das próprias normas jurídicas, no sentido de saber quais efetivos comandos elas impõem.³⁰ E aí não é estranho deparar-se com decisões judiciais e administrativas absolutamente ocas, cujo fundamento principal se resigna a um puro enaltecimento de um princípio qualquer, explícito ou implícito em um texto legal, o qual basta para a derrogação de uma regra.

Carlos Ari Sundfeld critica essa concepção, chamada por ele de “direito dos princípios”, sucessor do direito dos institutos. Para ele, o “operador tornou-se abstracionista prático, gerindo as dúvidas do cotidiano (‘corta-se a luz do consumidor inadimplente?’) com sentenças algo vagas: tanto as belas (‘a dignidade da pessoa humana a tudo prefere’) como as rudes (‘o interesse público prefere ao privado’). Para tratar de atos administrativos viciados, antes o pensamento focava em nulidade, anulabilidade e inexistência (institutos); agora, em segurança jurídica, proteção da confiança, boa-fé objetiva, improbidade (princípios). O papel do jurista, nesse novo contexto, é saudar — ou sofrer — a positividade de princípios, descobrir suas novas concreções, por aí!”³¹

10.2 Em segundo lugar, e constituindo fator decorrente do primeiro, tem-se o crescente fenômeno de criação ad hoc de novos “princípios” tendo como base um valor jurídico que o interprete considera, individualmente, fundamental. Isto é, à luz desse critério, são passíveis de se tornarem “novos princípios” quaisquer valores considerados pelo intérprete como fundamentais ao ordenamento jurídico.³² Neste sentido, é algo comum e não causa nenhum espanto à comunidade jurídica

²⁹ Ao que tudo indica, trata-se de fenômeno oriundo do “Estado Principiológico” aludido por Humberto Ávila (Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 23).

³⁰ Noel Struchiner vai mais além. Defende ele que “[a] invocação de princípios nas argumentações das pessoas que atuam na linha de frente da atividade jurídica profissional é a moda. Mesmo aqueles que nada leram ou sabem sobre os princípios, utilizam a expressão apenas como um adereço de grife, para não destoar dos outros de sua classe. Outros operadores do direito usam os princípios como um recurso ou subterfúgio para poder sustentar a posição que acham mais conveniente. Para eles, qualquer coisa é um princípio e um princípio serve para qualquer coisa” (Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese (Doutorado em Filosofia) – PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2005. f. 138. Disponível em: <http://ged1.capes.gov.br/CapesProcessos/919300-ARQ/919300_5.PDF>).

³¹ Cf. O direito administrativo entre os clips e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 87-88.

³² A esse respeito, ver como referência fundamental OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Decisão judicial e conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 31-32.

falar-se em “princípio da adequação ou adaptação do procedimento à correta aplicação da técnica processual”,³³ “princípio do promotor natural”,³⁴ “princípio da aquisição processual”,³⁵ “princípio da fragmentariedade” do Direito penal,³⁶ “princípio da irrenunciabilidade e da intransacionabilidade” do Direito do trabalho,³⁷ “princípio do poluidor-pagador”,³⁸ “princípio do nível mais elevado de proteção e renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos”,³⁹ “princípio da função social da propriedade”,⁴⁰ entre inúmeros outros.

No caso do Direito Administrativo, a questão ganha contornos peculiares, pelo fato de a comunidade jurídica ter se debruçado com mais ênfase sobre os princípios, possivelmente por conta de haver um artigo da Constituição Federal arrolando princípios próprios aplicáveis à Administração Pública (o que, de resto, denotaria também a influência da própria doutrina no processo constituinte de 1988). Daí ser comum falar-se, além dos elencados no caput do artigo 37 da Constituição, em “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado”, “princípio da finalidade”, “princípio da motivação”, “princípio do controle judicial dos atos administrativos”, “princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos”,⁴¹ ou ainda nos excêntricos “princípio da proibição do

³³ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 45, o qual reconhece “ao julgador a capacidade para, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma”.

³⁴ Cf. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo penal e civil: promotor natural, atribuição e conflito*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 53 et seq. Para críticas contundentes à tese do princípio do promotor natural, inclusive refutando a existência de sua base constitucional, ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Entre independência institucional e neopatrimonialismo: a distorção da doutrina do “promotor natural”*. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 135-163.

³⁵ Cf. ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2, p. 415-416. Este “princípio” significa que “[p]ouco importará, ao juiz, quem tenha trazido a prova aos autos (art. 131); ela pertence ao processo e será, pelo seu valor intrínseco de convicção sopesada pelo juiz, independentemente de se ter originado da atividade deste ou daquele litigante, ou mesmo de atividade oficiosa do juiz.”

³⁶ Cf. JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 10. Parte Geral: “O Direito Penal não protege todos os bens jurídicos de violações: só os mais importantes. E, dentre estes, não os tutela de todas as lesões: intervém somente nos casos de maior gravidade, protegendo um fragmento dos interesses jurídicos. Por isso é fragmentário.”

³⁷ Cf. CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do trabalho*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 220, o qual traduz que, “[c]omo regra gera, não pode o empregado, antes da admissão, no curso do contrato ou após seu término, renunciar ou transacionar seus direitos trabalhistas, seja de forma expressa ou tácita.”

³⁸ Cf. MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1994. p. 36.

³⁹ Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *Princípio do nível mais elevado de proteção e renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos*. Coimbra: Almedina, 2006.

⁴⁰ Cf. DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Função social da propriedade pública*. In: JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner. *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 562: “No direito brasileiro é possível afirmar que a Constituição adota, expressamente, o princípio da função social da propriedade privada e também agasalha, embora com menos clareza, o princípio da função social da propriedade pública, que vem inserido de forma implícita em alguns dispositivos constitucionais que tratam da política urbana.”

⁴¹ Sobre este rol de comandos ver, por todos, BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 93-121.

comportamento contraditório⁴² e “princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos”.⁴³ Sobre o tema das licitações, é comum falar-se também em “princípio da licitação”,⁴⁴ “princípio da competitividade”,⁴⁵ “princípio da vinculação ao instrumento convocatório”,⁴⁶ por exemplo. Em matéria de controle da Administração Pública chega-se a mencionar a existência do “princípio da segregação das funções”,⁴⁷ do “princípio da qualificação adequada”⁴⁸ e do “princípio da aderência a diretrizes e normas”.⁴⁹

11 Veja-se que o problema não reside em saber se existem ou não princípios implícitos na Constituição ou no resto do ordenamento

⁴² Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Efeitos dos vícios do ato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 316, nota de pé de página nº 316. Para esse autor, que embora declare adotar o conceito de princípio como um mandamento de otimização, ou seja, parte de uma concepção que diferencia as normas pela sua estrutura normativa, “[o] princípio da proibição de comportamento contraditório — *nemo potest venire contra factum proprium* — é desdobramento de ambos: protege a confiança de uma parte e coíbe a deslealdade inerente ao comportamento contraditório de outra.”

⁴³ Cf. também MARTINS. Efeitos dos vícios do ato administrativo, op. cit., p. 424: “A Administração, por óbvio, deve observar os atos abstratos que ela própria edita. Por força dessa obrigatoriedade, a doutrina estabeleceu o princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos, segundo o qual eles devem ser observados pelos agentes administrativos até sua efetiva revogação.”

⁴⁴ Cf. GUIMARÃES, Edgar. Controle das licitações públicas. São Paulo: Dialética, 2002. p. 36.

⁴⁵ O recurso ao “princípio da competitividade” é utilizado com grande frequência pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, inclusive como causa de decidir em análises de processos licitatórios, conforme se verifica nos seguintes votos proferidos pela Corte: TC nº 1.717/003/07, Relator Fulvio Julião Biazzi, DOE, 07 jul. 2009; TC nº 2.521/002/06, Relator Robson Marinho, DOE, 31 jul. 2009; TC nº 2.295/006/07, Relator Marcos Renato Böttcher, DOE, 07 out. 2009; TC nº 1.118/007/07, Relator Cláudio Ferraz de Alvarenga, DOE, 22 jan. 2009. Ainda a esse respeito, veja-se NIEBUHR, Joel de Menezes. Princípio da competitividade na licitação pública. Florianópolis: Obra Jurídica, 2003.

⁴⁶ A seguinte definição dada pelo STJ bem traduz o pouco apego a uma distinção conceitual racional entre os tipos normativos: “O Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório se traduz na regra de que o edital faz lei entre as partes, devendo os seus termos serem observados até o final do certame, vez que vinculam as partes” (REsp nº 354.977/SC, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, DJ, 09 dez. 2003. Em outra oportunidade, também asseverou o STJ que “[c]onstitui ofensa aos princípios da vinculação ao edital e do julgamento objetivo admitir-se que candidatos entrem em concorrência para fornecimento de medidores com bases rígidas de liga de alumínio sílicio sobre pressão e com tampas de vidro transparente e, ao final, dar como vencedora proposta para fornecimento de medidores com bases de aço e tampa de policarbonato” (REsp nº 14.980-0/RJ, Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU, 02 maio 1994).

⁴⁷ Cf. Portaria Normativa TCU nº 63/96, comando este que configura “princípio básico do sistema de controle interno que consiste na separação de funções, nomeadamente de autorização, aprovação, execução, controle e contabilização das operações”. De se notar que há farta jurisprudência do mesmo TCU condenando atividades administrativas que aparentem sobreposição de funções, infringindo, pois, o “princípio da segregação das funções” (cf. Acórdão nº 782/2004, 1ª Câmara, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti; Acórdão nº 214/2004, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar; Decisão nº 929/2001, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo; Acórdão nº 131/2001, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, no qual se destaca a seguinte passagem de seu voto: “É norma comezinha de controle atribuir-se diferentes atribuições relevantes a diferentes funcionários: é o que se denominada de segregação de funções. Não se pode admitir que o Chefe da Seção de Cartografia, que igualmente preside a comissão de licitação, seja também o responsável pela fiscalização e pelo recebimento dos serviços”).

⁴⁸ Cf. JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas no Brasil: jurisdição e competência. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 44, que significa que os agentes de controle “devem ter conhecimentos necessários e suficientes para o desempenho da função, pois não se pode conceber que aqueles que tenham por função controlar tenham menor qualificação que o controlado”.

⁴⁹ Cf. JACOBY FERNANDES. Tribunais de Contas no Brasil, op. cit., p. 45, o qual significa que “[a]s ações dos agentes de controle deve ser feita através do fiel cumprimento das diretrizes de políticas públicas e do acatamento de leis e normas em geral.”

jurídico. O grande foco de equívocos e distorções encontra-se, a nosso ver, justamente em se outorgar ao intérprete liberdade para identificar um valor no texto e, a partir disto, criar uma norma que, em tese, seria passível de suplantar uma regra legal. Essa livre autorização pode configurar a grande armadilha do constitucionalismo moderno, transformando os princípios jurídicos, de mecanismos de aproximação entre Direito e justiça, a instrumentos de balburdia normativa, em que a decisão do que é justo ou injusto no ordenamento jurídico é outorgada livremente ao seu aplicador.

A alegação de que haveria critérios para definir os princípios que limitariam essa criação principiológica ad hoc (basicamente sua distinção das regras por conta de seu conteúdo — expressão de um valor ou fim a ser alcançado —, estrutura normativa — realização desse fim por meio de várias condutas — e modo de aplicação — ponderação)⁵⁰ não elide a crítica. Ao fim e ao cabo, todos esses critérios dependerão de uma escolha fundamental do próprio intérprete: identificar no texto legal uma referência normativa de valor que cumpra esses requisitos. E esse intérprete não é somente o jurista renomado, o professor de Direito catedrático, estudioso, responsável e absolutamente convicto dos impactos de suas intervenções no mundo jurídico. É também o advogado recém-formado, o juiz de primeira entrância, o assessor jurídico da prefeitura, o promotor recém-ingressado na carreira, o técnico de uma Corte de Contas, o agente policial, o agente do departamento de trânsito, mais que isso, é ainda qualquer funcionário público que tenha de aplicar uma legislação a um caso concreto e que possua um mínimo de poder decisório. Daí a relevância do alerta.

Bem é verdade que a argumentação jurídica cumpre um papel fundamental de controle da juridicidade de determinadas soluções teóricas, especialmente em matérias que envolvem princípios e normas com alto grau valorativo, e o sistema está aí supostamente para selecionar as teses mais aderentes ao ordenamento.⁵¹ Todavia, entre a previsão do

⁵⁰ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 317.

⁵¹ Como diz Manuel Atienza, “en la ciencia y en la filosofía — sobre todo, en la filosofía — las discusiones pueden proseguir indefinidamente, esto es, el proceso de argumentación es un proceso abierto, en el sentido de que no hay ninguna autoridad que tenga la última palabra, en el Derecho la argumentación está, en diversos sentidos, limitada y, en particular, existen instituciones — los órganos de última instancia — que ponen punto y final a la discusión. El que las cosas sean así se debe, naturalmente, a que las instituciones jurídicas — a diferencia de las científicas o filosóficas — no tiene como su función central la de aumentar nuestro conocimiento del mundo, sino la de resolver, mejor o peor, conflictos sociales; no persiguen básicamente una finalidad cognoscitiva, sino práctica. Para lograr esto, se establecen órganos — por ejemplo, el Tribunal Constitucional en nuestro

direito e a sua efetivação existe um limbo, uma pluralidade de interferências que tornam a questão um pouco mais complicada. Tome-se novamente o caso utilizado como paradigma no presente texto: ainda que supostamente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça decidissem que não há necessidade de se realizar licitação na hipótese de haver duas ou mais entidades que cumprissem os requisitos do inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, nada garantiria que o TCU e os TCEs deixariam de aplicar a tese contrária, continuando a causar instabilidade nas hipotéticas relações da Administração Pública com seus contratados.

12 A questão não passou despercebida pela doutrina. Ana Paula de Barcellos observa que “com fundamento em alguns princípios, passou-se a afastar a aplicação de regras validamente editadas pelo legislador sem muita cerimônia ou cuidado. Em muitas ocasiões o intérprete tem se sentido livre para simplesmente deixar de aplicar um dispositivo legal, não porque ele seja inconstitucional ou por se tratar de uma incidência inconstitucional do comando, mas simplesmente por assim ‘parecer bem’ ao aplicador, à luz de sua compreensão pessoal acerca do sentido do princípio. Nesse mesmo ambiente, outra prática, que não pode ser descrita como isolada, é a criação de deveres particulares não previstos de forma razoavelmente clara na Constituição ou em lei. Isto é: o juiz, com fundamento, e.g., na solidariedade social, impõe a um particular obrigações que não decorrem de forma óbvia do princípio nem de lei específica”⁵²

Virgílio Afonso da Silva também critica essa possibilidade quando sustenta que é problemático supor que “o aplicador do direito está sempre livre, em qualquer caso e em qualquer situação, para afastar a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais importante que justifica esse afastamento. Isso teria como conseqüência um alto grau de insegurança jurídica. Um dos papéis mais importantes das regras no ordenamento jurídico é justamente aumentar o grau de segurança na aplicação do direito. Essa segurança é garantida ‘quando uma instância tem a competência de definir uma determinada linha’. Essa instância,

país — que toman decisiones que, efectivamente, hemos de considerar como definitivas (al menos, en relación con un determinado caso)” (ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: sobre la justificación de las decisiones judiciales. Isonomía* – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México, n. 1, p. 50-68, out. 1994. p. 64).

⁵² Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. O direito constitucional em 2006. *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 3-23, jan./mar. 2006. p. 5.

em um Estado constitucional, é o legislador, e essa linha é definida pelas regras que ela cria.”⁵³

13 Assim, posto está o problema: delegando-se ao intérprete a faculdade de encontrar no ordenamento jurídico um valor de maior importância, passível de ser conceituado como princípio (algo não exercido com muita parcimônia, haja visto a proliferação de novos “princípios”), e sendo esta uma norma capaz de sobrepujar uma regra positivada, cumpre ao mesmo intérprete dizer o que vale e o que não vale no Direito. Ainda que insistam os defensores dessa prática em algum argumento hermenêutico que identificaria uma espécie de interpretação sistêmica da regra em função do ordenamento, o fato é que a outorga de tamanha liberdade de definição da norma válida ao caso concreto pode ensejar problemas contrários aos ideários de justiça.

Note-se que não se está a criticar a flexibilidade própria do Direito em tempos de ductilidade constitucional,⁵⁴ em que a pluralidade de interesses colidentes consagrados na Constituição torna a busca pela justiça algo indeterminável *ex ante*, mas alcançável *ex post*.⁵⁵ Não é disso que se trata. O que se quer dizer é que outorgar ao intérprete o poder de descon siderar uma regra instituída por lei com base em princípios muitas vezes por ele próprio criados ao perceber um valor no ordenamento cria tamanha insegurança jurídica que se anula a maior função do Direito, que é a constante busca pela previsibilidade e pela certeza.⁵⁶ Daí que todas as teorias sobre a legitimidade democrática do comando legislativo e do necessário equilíbrio entre os poderes do Estado caem por terra quando se legitima o aplicador do Direito a escolher a norma que mais lhe convém, de acordo com suas convicções e interesses pessoais.

⁵³ Cf. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 52.

⁵⁴ O termo é de ZAGREBELSKY, Gustav. *El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 14-15.

⁵⁵ Observe-se que a própria definição de justiça e seu relacionamento com o Direito sempre foram temas de enorme controvérsia, tendo sido objeto de aprofundados estudos de diversos autores, tal como fizeram Kelsen (O problema da justiça. 3. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 3-66), Alf Ross (Direito e justiça. 2. ed. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007. p. 313-334) e John Rawls (A theory of justice. Harvard: Harvard University Press, 1971. Em especial p. 54-114), entre diversos outros. Sobre as diversas concepções da justiça no discurso moral, desde as visões metaéticas cognoscitivas até as não cognoscitivas, ver NINO, Carlos Santiago. *Justicia*. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco J. *El derecho y la justicia*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 467-480.

⁵⁶ Nas palavras de Antonio-Henrique Pérez Luño, “[l]a seguridad constituye un deseo arraigado en la vida anímica de hombre, que siente terror ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido la exigencia de seguridad de orientación es, por eso, una de las necesidades humanas básicas que el Derecho trata de satisfacer a través de la dimensión jurídica de la seguridad. Si se parte de que las necesidades radicales humanas constituye el soporte antropológico de todo valor, no entraña dificultad llegar a inferir que la lucha por la satisfacción de la necesidad de seguridad haya sido uno de los principales motores de la historia jurídica” (PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La Seguridad Jurídica: una Garantía del Derecho y la Justicia*. Boletín de la Facultad de Derecho – BDF, Madrid, p. 25-38, n. 15, 2000. p. 25-26).

E como bem lembra Daniel Sarmento, essa prática de utilizar os princípios acriticamente, muitas vezes sobrepondo-os às regras sem qualquer critério, "é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação de poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica porque torna o Direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. Ela substitui, em suma, o governo da lei pelo governo dos juízes."⁵⁷

O tópico a seguir demonstrará que esta não é a única forma de encarar o tema dos princípios, e sua variação produz também grande impacto nos temas jurídicos mais cotidianos.

II.2 A distinção à luz do critério da estrutura normativa

14 O outro critério de se diferenciar os princípios das regras é a diferenciação chamada de qualitativa ou estrutural, em que a distinção se encontra no modo de aplicação das normas, isto é, em sua estrutura normativa. Os maiores expoentes dessa teoria são Ronald Dworkin e Robert Alexy. Tendo em vista a influência destes dois autores no atual estágio do Direito brasileiro, serão evitadas apresentações estorvantes dos diversos conceitos e argumentos por eles utilizados, limitando-se, no texto, a apenas apresentar o essencial para continuar a exposição.

14.1 Com o mote de criticar profundamente os positivistas, em especial a Herbert Hart, Dworkin defendeu a falha do positivismo de se manter como um modelo de e para um sistema unicamente de regras, ignorando que o manejo do Direito envolve outras normas como os princípios, as políticas e outros standards.⁵⁸ Para ele, a diferença básica entre as regras e os princípios é que, enquanto as primeiras são aplicadas ao

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 200.

⁵⁸ Cf. Taking Rights Seriously. Massachusetts: Harvard University Press, 1978. p. 22. Observe-se que Alfonso García Figuerola defende a existência de grande influência de Roscoe Pound na doutrina de Dworkin, com ao menos quatro pontos de contato entre ambos: o ataque ao modelo de regras pela invocação de princípios, a confusão sobre as questões descritivas e prescritivas, a concepção dinâmica e evolutiva do direito e a rejeição a um modelo de direito natural clássico (cf. Principios y positivismo jurídico. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 127-130).

estilo do tudo-ou-nada (presentes os requisitos, ou são válidas e aplicadas ou não são válidas e por isso não são aplicadas), os segundos possuem também a dimensão do peso ou da importância, de modo que devem ser sempre cotejados e ponderados nas decisões. Esse, portanto, o foco central da distinção: em caso de colisão entre regras, uma irá prevalecer e a outra ou será declarada inválida ou se criará uma exceção a essa regra; já no caso de colisão entre princípios, ainda que um prevaleça sobre o outro, este último não perderá sua validade ou será excluído do ordenamento, apenas não será suficientemente importante para ser decisivo neste caso particular.⁵⁹

14.2 Da mesma forma, Alexy estabeleceu uma diferenciação qualitativa das normas dizendo que “o ponto decisivo da distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.⁶⁰ São, portanto, mandamentos de otimização, já que podem ser satisfeitos em vários graus a depender das condições fáticas e jurídicas existentes no caso prático.⁶¹ Já as regras configuram um tipo normativo que ou as possibilidades são satisfeitas ou não são, contendo, portanto, determinações no âmbito daquilo que é possível fática e juridicamente.

Também à luz do critério de colisão normativa, em se tratando de regras colidentes, ou uma delas deve ser declarada inválida ou haverá uma cláusula de exceção que elimine o conflito, traduzindo um critério de validade. Já nas colisões entre princípios, após um processo de sopesamento, um deles deverá ceder integral ou parcialmente no caso concreto, mas não haverá necessidade de invalidação ou de exceção alguma, externando um critério de peso. Assim, as regras expressam direitos e deveres definitivos (ou é válida e seu comando deve ser realizado ou não é válida), ao passo que nos princípios o grau de realização pode variar em maior ou menor intensidade, a depender do caso concreto.⁶² Daí por que dizer que os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, exigindo apenas que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.⁶³

⁵⁹ Cf. Taking Rights Seriously, *op. cit.*, p. 22-28.

⁶⁰ Cf. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

⁶¹ Cf. Teoria dos direitos fundamentais, *op. cit.*, p. 90.

⁶² Cf. Teoria dos direitos fundamentais, *op. cit.*, p. 91-94.

⁶³ Cf. ALEXÝ. Teoria dos direitos fundamentais, *op. cit.*, p. 103-104.

15 Note-se, portanto, que o critério utilizado por estes dois autores para distinguir as regras dos princípios nada tem a ver com o grau de generalidade, fundamentalidade ou abstração de cada espécie normativa. Leva em conta unicamente o modo de aplicação de cada uma delas. Caso se esteja diante de uma norma que predique um dever ou direito definitivo, então é de regra que se trata; caso se esteja diante de uma norma que predique um comando *prima facie*, que pode ser implementado em diferentes graus de intensidade, está-se, então, diante de um princípio.

É evidente que também por esta teoria torna-se possível vislumbrar princípios implícitos na Constituição e no ordenamento, mas essa materialização encontra parâmetros bastante mais rígidos e controláveis, já que se funda na identificação de normas que prevejam que algo deva ser realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Como se viu, é de estrutura normativa que trata a identificação.

16 Esses aspectos implicam em três constatações da maior importância, e que merecem alguma reflexão.

II.2.a A incomunicabilidade das teorias

17 Em primeiro lugar, é importante perceber que as teorias que distinguem as normas pelo grau (seja de generalidade, fundamentalidade ou abstração) e pela forma de aplicação não se comunicam. Não é possível dizer, por exemplo, que os princípios são normas de maior grau de generalidade que as regras e que possuem estrutura normativa de mandamentos de otimização. Ou se adota um critério ou outro. Alguns exemplos ilustram bem a assertiva.

17.1 Tome-se a legalidade, intitulada pelo artigo 37, *caput*, da Constituição Federal como um princípio a ser observado pela Administração Pública. Do ponto de vista do grau de generalidade e fundamentalidade, de fato trata-se de um princípio, já que cuida de norma das mais relevantes, verdadeiro fundamento do comportamento administrativo e um dos aspectos mais importantes do conceito de Estado de Direito. Já do ponto de vista da estrutura normativa, trata-se de uma regra, que deve ser aplicada à luz do chamado tudo-ou-nada: toda a conduta da Administração Pública deve sempre ter por base um comando legal que a habilite, mesmo que se trate de uma norma de competência,⁶⁴ não havendo espaço algum para ponderação ou sopesamento.

⁶⁴ Após analisar os vários sentidos da legalidade propostos por Charles Einsenmann, Odete Medaur assim se manifesta: "O segundo significado exprime a exigência de que a Administração tenha habilitação legal para

Como bem observa Virgílio Afonso da Silva, “[o] conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que nada diz sobre a fundamentalidade da norma. Assim, um princípio pode ser um ‘mandamento nuclear do sistema’, mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade. (...) Muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio, deveria ser, se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, chamado de regra. Assim, falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, essas normas são regras, não princípios”⁶⁵

17.2 Além desses exemplos citados pelo autor, a impessoalidade, outra norma considerada como princípio da Administração pelo caput do artigo 37 da Constituição, enseja dificuldades ao se adotar um ou outro critério. À luz de um critério do grau de fundamentalidade das normas, a impessoalidade seria de fato um “mandamento nuclear do sistema”, um comando superior a orientar toda a atividade administrativa, configurando, portanto, um princípio. Já com base em uma distinção que leva em conta a estrutura normativa, se trata de uma regra: não há qualquer hipótese de a Administração agir de forma pessoal e discriminatória, tratando os administrados de acordo com condições inerentes suas sem qualquer relação de pertinência lógica com os regimes discriminatórios instituídos,⁶⁶ da mesma forma que sua conduta não pode ser atribuída

adotar atos e medidas; desse modo, a Administração poderá justificar cada uma de suas decisões por uma disposição legal; exige-se base legal no exercício dos seus poderes. Esta é a fórmula mais consentânea à maior parte das atividades da Administração brasileira, prevalecendo de modo geral. No entanto, o significado contém gradações: a habilitação legal, por vezes, é somente norma de competência, isto é, norma que atribui poderes para adotar determinadas medidas, ficando a autoridade com certa margem de escolha no tocante à substância da medida; por vezes, a base legal expressa um vínculo estrito do conteúdo da norma ou às hipóteses aí arroladas. (...) Em geral, nas medidas de repercussão mais forte nos direitos dos cidadãos, há vinculação mais estrita da medida administrativa ao conceito da norma” (Direito administrativo moderno. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 123).

⁶⁵ Cf. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, op. cit., p. 613.

⁶⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar da isonomia, que se liga obviamente com o dever de impessoalidade, explica o critério da necessidade de pertinência lógica entre as desequiparações efetuadas pelo Estado e o *discrímen* instituído. Diz ele que “é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e o *discrímen* instituído. Diz ele que “é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e o *discrímen* instituído. Diz ele que “é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e o *discrímen* instituído. (...) Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada. (...) Exemplificando para aclarar: suponha-se hipotética lei que permitisse aos funcionários gordos afastamento remunerado para assistir a congresso religioso e o vedasse aos magros. No caricatural exemplo aventado, a gordura e a esbeltez é o elemento tomado como critério distintivo. (...) O que tornaria inadmissível a hipotética lei seria a ausência de correlação entre o elemento de *discrímen* e os efeitos jurídicos atribuídos a ela. Não faz sentido algum facultar aos obesos faltarem ao serviço para congresso religioso porque entre uma coisa e outra não há qualquer nexo plausível” (Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 37-38).

a seus funcionários e servidores, mas sim à própria Administração. Enfim, não há espaço para ponderações e sopesamentos, não há como se aplicar a impessoalidade em graus: ou a Administração age de forma impessoal ou não. O comando da impessoalidade, portanto, somente pode ser cumprido no todo.

Ainda assim, alguém poderia dizer que em algumas hipóteses a Administração age sim de forma pessoal, especificamente no caso da nomeação de cargos em comissão ou nas contratações diretas por dispensa ou inexigibilidade de licitação (esta última hipótese restringida logicamente aos incisos II e III do art. 25 da Lei nº 8.666/93), em que a escolha dos nomeados e contratados se dá com base em aspectos inerentes aos particulares. Haveria aí, por suposto, a não incidência da norma da impessoalidade (ou sua incidência diferida) sem que, no entanto, o comando deixasse de nortear a Administração, configurando um caso de ponderação e, assim, um princípio pelo critério da estrutura normativa.

Não é essa, todavia, a conclusão adequada. As nomeações para cargos de provimento em comissão e as contratações diretas são exceções expressas dispostas em legislação, e que confirmam a regra da impessoalidade. Exceções que, aliás, confirmam outras duas regras, a da obrigatoriedade do concurso público para ingresso nas carreiras do Estado e a da licitação. Mas são também exceções condicionadas às finalidades das contratações e nomeações. Isto é, ainda que as escolhas envolvam critérios pessoais dos particulares, estas devem guardar relação lógica de pertinência com a finalidade das atividades que serão por eles desempenhadas. De todo modo, à luz da teoria estruturalista, a impessoalidade é uma regra.

17.3 Também a proporcionalidade serve de exemplo da incomunicabilidade destas teorias. Ao se alegar que a proporcionalidade se trata de um princípio, como faz a maioria da doutrina publicista brasileira, e de acordo com o que diz a Lei Federal nº 9.784/99,⁶⁷ implícita está a ideia de norma fundamental a orientar toda a conduta administrativa. Ou, como se diz, que “as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas.”⁶⁸

⁶⁷ Diz o artigo 2º da Lei nº 9.784/99 o seguinte: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

⁶⁸ Cf. BANDEIRA DE MELLO. Curso de direito administrativo, op. cit., p. 107.

Entretanto, sob a perspectiva da estrutura normativa, a proporcionalidade é uma regra,⁶⁹ pois predica um comando definitivo: sendo o caso de aplicá-la, ela deve ser feita no todo, sem condicionantes ou ponderações.⁷⁰ Em outras palavras, ou a conduta da Administração cumpre o comando da proporcionalidade (mostrando-se adequada, necessária e proporcional em sentido estrito)⁷¹ ou não cumpre.

18 Outros diversos exemplos poderiam ser dados de normas que são atribuídas como princípios pelo critério do grau (seja de generalidade, abstração ou de fundamentalidade das normas), mas que são regras pelo critério da estrutura normativa, da mesma forma que existem normas que são regras para a teoria tradicional, mas que são princípios para

⁶⁹ Cf. SILVA. Direitos fundamentais, op. cit., p. 168. Note-se que Humberto Ávila classifica a proporcionalidade e a razoabilidade como postulados aplicativos do Direito, isto é, normas que estruturam a aplicação de outras normas, princípios e regras (Cf. Teoria dos princípios, op. cit., p. 151 e 160-162). Segundo Ávila, “[c]omo os postulados situam-se em um nível diverso das normas objeto de aplicação, defini-los como princípios ou como regras contribuiria mais para confundir do que para esclarecer. Além disso, o funcionamento dos postulados difere muito do dos princípios e das regras. Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. (...) As regras, a seu turno, são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atribuíveis de poder. Distintamente, os postulados não prescrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação de normas que o fazem. (...) A análise dos postulados de razoabilidade e de proporcionalidade e de proporcionalidade e de razoabilidade, por exemplo, está longe de exigir do aplicador uma mera atividade subsuntiva. Eles demandam, em vez disso, a ordenação e a relação entre vários elementos (meio e fim, critério e medida, regra geral e caso individual), e não um mero exame de correspondência entre a hipótese normativa e os elementos de fato” (op. cit., p. 135-136). Contudo, ainda que se resolva chamá-las de postulados, a razoabilidade e a proporcionalidade são inegavelmente aplicadas como regras, já que, como se viu acima, impõem um dever definitivo, ou seja, sendo o caso de aplicá-las, essa aplicação é feita no todo. Segundo Virgílio Afonso da Silva, “não há dúvidas de que a proporcionalidade não é uma regra de conduta, nem uma regra de atribuição de competência. Ocorre que há diversas outras regras que também não se enquadram nestas nessas categorias, não apenas a proporcionalidade e a razoabilidade. Para ficar apenas em um exemplo, as três regras de solução de antinomias — lei posterior derroga lei anterior, lei superior derroga lei inferior e lei especial derroga (parcialmente) lei geral — também são regras sobre aplicações de outras regras.” Daí por que defende o Professor Titular de Direito Constitucional da USP que, embora a proporcionalidade e a razoabilidade sejam regras especiais (regras de segundo nível ou metarregras), justamente pelo fato de que “estes postulados têm a estrutura de regra”, classificá-los de forma diferente não contribui em nada para um incremento de clareza conceitual (Direitos fundamentais, op. cit., p. 168-169).

⁷⁰ Note-se que esta diferença de concepções é também percebida por Floriano de Azevedo Marques Neto quando, ao tratar da proporcionalidade como elemento de limitação à intensidade e profundidade da regulação econômica estatal, diz o seguinte: “Não desconheço a controvérsia em torno da utilização do termo ‘princípio’ para designar o objeto dessa parte do texto. Com efeito, o uso do termo ‘princípio’ para tratar da proporcionalidade pode ser incorreto se adotado o prisma da teoria de Robert Alexy, que contrapõe regras e princípios jurídicos. Sobre isso, ver ÁVILIA, Humberto Bergman. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. RDA, n. 215, p. 153-179, 1999. Feita esta ressalva, no presente ensaio optarei pela utilização da terminologia já consagrada na doutrina e na jurisprudência brasileira” (Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 84, jan./mar. 2003, nota de pé de página nº 47).

⁷¹ Sobre a tridimensionalidade da regra da proporcionalidade, verifiquem-se, entre diversos outros, ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, op. cit., p. 116-120; CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, op. cit., p. 266-270; BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 234-235 (muito embora o autor trate da proporcionalidade e da razoabilidade como institutos similares, distinguindo-os apenas no que toca a sua origem); CORREA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 1987. p. 113-116.

a teoria estruturalista.⁷² Mas para o que aqui importa, que é justamente chamar a atenção para a incomunicabilidade destas teorias, isto basta. Não que não possa haver normas que sejam princípios ou que sejam regras e se encaixem nos dois critérios, mas erigir um deles implica necessariamente em desconsiderar o outro, por uma questão básica de racionalidade metodológica.

II.2.b A impossibilidade de se derogarem regras pela aplicação de princípios

19 Uma segunda consequência da teoria que predica a distinção dos princípios e das regras à luz da estrutura normativa é que não se consegue simplesmente derogar regras pela aplicação vaga de princípios. Isto é, admitindo-se a colisão de princípios e regras, estas últimas devem prevalecer por possuírem estrutura mais rígida que a dos princípios.

Para essa teoria, os princípios possuem estrutura normativa bastante lassa, admitindo aplicação em diversos graus de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, até mesmo não aplicação alguma, sem que com isso haja a sua exclusão do ordenamento. Já as regras possuem maior rigidez, já que são produtos de um sopesamento de princípios previamente feito pelo legislador, e sua superação implica, como se viu, na negativa de vigência, isto é, na invalidação da regra. Daí por que tem razão Virgílio Afonso da Silva quando diz que não é propriamente correto falar em colisão de regras e princípios. "O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, feito pelo legislador, entre dois princípios que garante direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário. A relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é a expressão dessa restrição. Essa regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por subsunção."

A questão, deste modo, toca em pontos sensíveis da democracia e da separação de poderes. Levando-se em conta que uma regra

⁷² Virgílio Afonso da Silva, ao responder às críticas de Humberto Ávila, dá um bom exemplo. Fala ele que Ávila defende que as regras também possuem uma dimensão de peso, como no caso da colisão entre a regra que predica o dever do médico de dizer sempre a verdade ao paciente com a regra que estabelece o dever de se utilizarem todos os meios disponíveis para curar o paciente, notadamente na hipótese de a verdade para esse paciente diminuir suas chances de cura por conta de um abalo emocional. Note-se que Ávila enxergou aí duas regras (deve-se sempre dizer a verdade aos pacientes e deve-se sempre utilizar os meios disponíveis para curá-los). Entretanto, para Virgílio Afonso da Silva, é "claro que ambas as normas do Código de Ética Médica mencionadas por Humberto Ávila, ao contrário do que ele afirma, não são regras, mas princípios. E, como princípios, o caso mencionado, que depende de ponderação para ser decidido, segue perfeitamente o modelo proposto pela tória dos princípios" (Direitos fundamentais, op. cit., p. 60-61).

infraconstitucional foi objeto de ponderação dos princípios envolvidos pelo legislador eleito democraticamente, não é admissível sua derrogação pelo aplicador do Direito. Supor legítima tal atitude implicaria em possibilitar que qualquer um pudesse simplesmente refazer o caminho percorrido pelo legislador e adotar a postura jurídica que mais lhe aprouvesse, colocando em xeque o valor das regras e a função do próprio Legislativo.⁷³ E à luz de um critério de classificação das normas axiologicamente neutro como este,⁷⁴ em que os princípios se diferenciam das regras tão somente pela sua forma de aplicação, não pela sua fundamentalidade no ordenamento, não há espaço para alegações de que uma norma é mais importante que outra. Elas simplesmente possuem estrutura normativa diferente.

Indo na mesma linha, Ana Paula de Barcellos, que adota o critério da distinção das normas pela sua estrutura, defende também que “as regras (constitucionais e infraconstitucionais) têm preferência sobre os princípios constitucionais”.⁷⁵ Explica a autora que, “[e]m uma democracia, é natural que apenas um sentido mínimo de determinado princípio seja definido constitucionalmente (...); o restante da extensão possível do princípio deverá ser preenchido pela deliberação majoritária, em função da convicção das maiorias em cada momento político: e nesse ponto teremos, em especial, as regras infraconstitucionais. Isto é: esse espaço de expansão do princípio fica reservado, pela Carta, à definição pelos meios próprios da deliberação democrática em um ambiente de pluralismo político. Em suma: caberá ao Legislativo e ao Executivo, no exercício de suas competências constitucionais, formularem as opções que darão conteúdo aos princípios. (...) O reflexo do que se acaba de expor sobre o estudo da ponderação reforça o parâmetro proposto inicialmente: as regras (constitucionais e infraconstitucionais) devem ter preferência sobre os princípios. Isto é: em uma situação de conflito inevitável, a regra deve ser preservada e o princípio comprimido, e não o oposto.”⁷⁶

⁷³ Humberto Ávila utiliza a expressão “função eficaz de trincheira das regras” para descrever o processo de garantia reforçada dos valores protegidos pelas regras. Para ele, “[a] regra consiste numa espécie de decisão parlamentar preliminar acerca de um conflito de interesses e, por isso mesmo, deve prevalecer em caso de conflito com uma norma imediatamente complementar, como é o caso dos princípios. Daí a função eficaz de trincheira das regras. (...) A interpretação que se centra exclusivamente num princípio desconsidera o ordenamento constitucional como um todo” (Teoria dos princípios, op. cit., p. 103-108).

⁷⁴ Cf. SILVA. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, op. cit., p. 615.

⁷⁵ Cf. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 165.

⁷⁶ Cf. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, op. cit., p. 189-190.

20 Note-se que, ao contrário de propor um peso maior ainda aos princípios no processo interpretativo do Direito, como seria de supor, a teoria que distingue as normas pela sua estrutura, justamente ao delimitar a exata função de cada uma no ordenamento, acaba ensejando um reforço ao papel das regras. Não logicamente à luz de uma concepção positivista formal, mas sim pela ótica do respeito à previsibilidade e à segurança jurídica e pela salvaguarda da função constitucional do Legislativo como o órgão competente produzir opções político-majoritárias legítimas.⁷⁷

II.2.c Aplicação da teoria qualitativa à hipótese do inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93

21 Uma última constatação acerca da teoria que predica a distinção das normas pela sua estrutura envolve necessariamente uma tentativa de aplicação ao caso paradigma que acompanha a presente análise, isto é, a regra contida no inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93.

Aqui, a regra que autoriza a contratação direta por dispensa de licitação é tão somente uma das exceções à regra constitucional que obriga a realização de licitação para as contratações da Administração Pública. Nos termos do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública”. Ora, não há muito mistério em perceber que a própria Constituição autoriza a legislação infraconstitucional a delimitar a obrigatoriedade de se licitar, o que foi feito pela Lei nº 8.666/93, basicamente em seus artigos 24 e 25. Trata-se, portanto, de duas regras que predicam comandos objetivos e de aplicação definitiva: uma, de estatura constitucional, que prega a obrigatoriedade de as contratações administrativas serem precedidas de procedimento licitatório; e outra, de estatura infraconstitucional, que estabelece, com base na própria locução constitucional, que, em se tratando de “contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde

⁷⁷ Segundo Daniel Sarmiento, dentro de um sistema normativo plural, “[a]s regras são indispensáveis, entre outras razões, porque geram maior previsibilidade e segurança jurídica para os seus destinatários; diminuem os riscos de erro na sua incidência, já que não dependem tanto das valorações do intérprete em cada caso concreto; envolvem um menor custo no seu processo de aplicação, pois podem incidir de forma mais mecânica, sem demandarem tanto esforço do intérprete; e não implicam, na mesma medida que os princípios, uma transferência de poder decisório do Legislativo, que é eleito, para o Judiciário, que não é” (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 140).

que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos”, a licitação pode ser dispensada.

Nos termos do critério que foi descrito acima, a regra que dispensa a licitação é produto do sopesamento feito pelo legislador entre a isonomia (amplo e irrestrito acesso aos particulares que pretendam contratar com o Estado, decorrente do direito fundamental contido no caput do artigo 5º da Constituição)⁷⁸ e o dever estatal de incentivar a pesquisa, o ensino, o desenvolvimento institucional e a recuperação social do preso. Dois valores, portanto, que traduzem o dever de que algo seja realizado na maior medida possível. A isonomia porque decorrente de um direito fundamental, o qual, pela teoria da distinção qualitativa das normas, possui estrutura normativa de um mandado de otimização.⁷⁹ E o incentivo à pesquisa, ao ensino, ao desenvolvimento institucional e à recuperação social do preso decorrentes de várias normas constitucionais que predicam esses deveres,⁸⁰ que devem ser implementados na maior medida possível.

Pois a norma contida no inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 parece ter sido objeto de ponderação de todos estes valores constitucionais. Trata, portanto, da restrição desses princípios, cuja expressão é a regra que autoriza a contratação direta por dispensa de licitação nos

⁷⁸ Que diz que “[t]odos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

⁷⁹ Embora Robert Alexy defenda a divisão entre disposições de direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais, o que implica em distintas concepções estruturais (em geral, as disposições de direitos fundamentais possuem caráter duplo de regra e princípio, ao passo que as normas de direitos fundamentais podem possuir esse caráter duplo se houver uma cláusula restritiva ao direito fundamental com estrutura de princípio — cf. Teoria dos direitos fundamentais, op. cit., p. 141-144), para ele “[p]rincípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. (...) As colisões de direitos fundamentais supra descritas devem, segundo a teoria dos princípios, ser designadas como colisões de princípios. O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações” (Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Social. In: ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 64). Sobre as diversas configurações do direito fundamental a igualdade, envolvendo desde seu conceito até sua distinção entre direitos de igualdade definitivos abstratos, definitivos concretos e os direitos de igualdade *prima facie* abstratos, ver ALEXY. Teoria dos direitos fundamentais, op. cit., p. 393-432.

⁸⁰ Sem pretensão de exaustão, veja-se que o artigo 218 da Constituição Federal determina que “[o] Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”, dever este que pode, por óbvio, ensejar diversas formas de aplicação, isto é, traduz um dever estatal a ser implementado na maior medida possível. Por outro lado, o artigo 205 diz que a educação é “direito de todos e dever do Estado”, traduzindo outro dever de que o Estado invista em educação na maior medida possível e nas formas possíveis, inclusive com a aplicação de um mínimo de receitas provenientes de impostos próprios e transferidos (conforme artigo 212 da CF). Já o dever de investir no desenvolvimento institucional é decorrência do princípio da eficiência contido no caput do artigo 37 da CF, que predica que a Administração invista no desenvolvimento administrativo, inclusive e principalmente institucional, também na maior medida possível. Por fim, prevê também a Constituição o dever estatal de investir em assistência social para quem dela necessita, também dos presos, a quem são assegurados o respeito à integridade física e moral, incluindo aí sua ressocialização (arts. 5º, XLIX, 193, 203 e 204), com o auxílio da sociedade civil, a ser implementado igualmente na maior medida possível.

casos elencados. Havendo sua submissão aos requisitos erigidos, deve-se aplicá-la por subsunção. Em havendo duas ou mais instituições em condições semelhantes, cabe à Administração justificadamente optar por uma delas. Se não se gosta da regra por qualquer motivo,⁸¹ deve-se buscar os meios adequados para repeli-la do ordenamento, mas de forma alguma negar sua vigência ou ainda mutilá-la por meio de uma aplicação superposta de comandos constitucionais desconexos.

Não obstante, pretender reaplicar a isonomia a uma regra que já foi objeto de ponderação pelo legislador (de forma a confundir propositalmente dispensa com inexigibilidade de licitação) representa uma tentativa de refazer o processo legislativo, algo como avocar competências constitucionais para produzir norma mais consentânea às convicções pessoais do sujeito. Se essa alternativa pode em tese ser autorizada pela teoria que diferencia as normas pelo seu grau de generalidade, abstração ou fundamentalidade (ainda que com controvérsias), para a teoria que defende a distinção qualitativa das normas, isso é impossível.

III Conclusão

22 Como se viu, adotar uma ou outra tese que diferencia as regras dos princípios implica em consequências hermenêuticas que vão muito além da mera opção por determinada doutrina.

A teoria que diferencia as normas pelo grau de generalidade, abstração ou fundamentalidade, a despeito de sua consagração na prática jurídica, leva consigo o problema da instabilidade e da insegurança jurídica por conta da estruturação de um ordenamento que coloca os princípios como normas mais importantes e que, portanto, norteiam a interpretação de todo o resto. E como os princípios são normas fundamentais do sistema, sua identificação no texto constitucional ou no ordenamento pode ser livremente delegada ao aplicador do Direito. Com isto, outorga-se ao intérprete até mesmo a irresistível liberdade para identificar um valor no texto e, a partir disto, criar uma norma passível de suplantar uma regra legal. Pelo menos esta tem sido a alternativa de grande parte da doutrina e da jurisprudência que se ocupa do Direito Público.

⁸¹ Como faz, por exemplo, Antonio Roque Citadini, que alega que “[e]ste dispositivo traz péssima contribuição para o Estado brasileiro, porque cria uma reserva de mercado para algumas instituições, que passam a ter uma relação inadequada com a Administração, uma vez que os serviços que prestam poderiam, sem qualquer transtorno para o Estado, ser contratados com disputa licitatória” (Comentários e jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 202).

Já a teoria qualitativa, que defende a distinção das normas pela sua estrutura, não padece desse mal. Ao estatuir que as regras são comandos definitivos (ou incidem e devem ser aplicadas, ou não incidem, devendo ou ser excluídas do ordenamento ou receber uma cláusula de exceção) e os princípios normativos que predicam que algo deva ser realizado na maior medida possível, cria-se um parâmetro claro do que seja cada uma delas e de qual sua verdadeira função. A opção de identificar categorias normativas implícitas no ordenamento, embora igualmente admitida, encontra óbices plenamente controláveis. Isso sem contar a impossibilidade de se conceber a supressão de regras pela aplicação de princípios por ofensa à segurança jurídica e por negação à competência constitucional do Legislativo em definir opções político-majoritárias legítimas.

Deve-se, entretanto, questionar qual a aderência, entre nós, de uma teoria que acaba por confrontar a definição de princípio dada muitas vezes pela própria Constituição Federal, e que tem sido amplamente acatada pela prática jurídica brasileira. Como se viu, ao menos a legalidade e a impessoalidade, que foram erigidas pela Constituição como princípios da Administração Pública, são, pela teoria qualitativa, regras. Da mesma forma, a proporcionalidade, a razoabilidade, a anterioridade tributária, a retroatividade penal mais benéfica, entre tantas outras, configuram princípios consagrados para a teoria do grau de fundamentalidade e regras para a teoria da divisão qualitativa das normas. Bem é verdade que se trata de “tarefa do intérprete definir se a norma, produto da interpretação, é uma regra ou um princípio”,⁸² mas é igualmente verdade que “[n]ão há como querer, por exemplo, que expressões como ‘princípio da anterioridade’ ou princípio da legalidade’ sejam abandonadas, pois, quando se trata de palavras de forte carga semântica, como é o caso do termo ‘princípio’, qualquer tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao insucesso”.⁸³

23 Dessa forma, parece que a melhor solução é aclarar os fatos e chamar a atenção para a importância das consequências práticas de uma ou outra opção, buscando, com isso, contribuir para a implementação de um aumento da coerência argumentativa no discurso jurídico. A opção por determinada linha deve vir acompanhada da noção de que existem, para

⁸² Cf. SILVA, Direitos fundamentais, op. cit., p. 57.

⁸³ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, p. 26, abr. 2002.

cada uma delas, limites, possibilidades, exigências e responsabilidades distintas. Mas, mais que isso, deve haver antes de tudo uma opção consciente do intérprete.

O presente texto se propõe a isso: buscar o debate acadêmico acerca das diferentes funções das normas no ordenamento e contribuir de alguma forma para o aprofundamento do discurso jurídico no Brasil.

Concept of Legal Principle and its Impacts on Contemporary Public Law: the Case of Bidding Exemption Based on Article 24, Section XIII, of Law No. 8.666/93

Abstract: This article analyzes the different ways to distinguish the rules of the legal principles and their impact on everyday matters of public law. Taking as its route, the paper discusses the possible solutions to the impasse created recently about the bidding exemption based on Article 24, Section XIII of Law No. 8.666/93.

Key words: General Theory of Law. Distinction of norms. Principles and Rules. Hermeneutics. Public Law. Bidding exemption.

Referências

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Social. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 55-69.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *Princípio do nível mais elevado de proteção e renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos*. Coimbra: Almedina, 2006.

ATIENZA, Manuel. Las razones del derecho: sobre la justificación de las decisiones judiciales. *Isonomía – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, n. 1, p. 50-68, out. 1994.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito constitucional em 2006. *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 3-23, jan./mar. 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e o papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 101-135.
- BASTOS, Celso. Dicionário de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BERGEL, Jean-Louis. Teoria geral do direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Trad. A. Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. O Ministério Público no processo penal e civil: promotor natural, atribuição e conflito. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CARRIÓ, Genaro. Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.
- CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do trabalho. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.
- CHRISTIE, George C. The Model of Principles. Duke Law Journal, n. 4, p. 649-669, ago. 1968.
- CITADINI, Antonio Roque. Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- CORREA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 1987.
- DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DEL VECCHIO, Giorgio. Los principios generales del derecho. Trad. Juan Onorio Morales. Lima: ARA Editores, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função social da propriedade pública. In: JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner. Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 561-572.
- DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.
- ESSER, Josef. Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.
- FERRAZ, Sergio; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Dispensa e inexigibilidade de licitação. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FIGUEROA, Alfonso García. *Princípios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

GUIMARÃES, Edgar. *Controle das licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2002.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses. *Contratação direta sem licitação*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses. *Tribunais de Contas no Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1. Parte Geral.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Entre independência institucional e neopatrimonialismo: a distorção da doutrina do "promotor natural"*. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 69-93, jan./mar. 2003.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MONCADA, Luis S. Cabral de. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1994.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Princípio da competitividade na licitação pública*. Florianópolis: *Obra Jurídica*, 2003.

NINO, Carlos Santiago. *Justicia*. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco J. *El derecho y la justicia*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 467-480.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e conceito de princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Trad. Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La Seguridad Jurídica: una Garantía del Derecho y la Justicia. Boletín de la Facultad de Derecho – BDF, Madrid, p. 25-38, n. 15, 2000.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Los Principios Generales del Derecho: ¿Un Mito jurídico?. Revista de Estudios Políticos, n. 98, Madrid, p. 9-24, oct./dic. 1997.
- RAWLS, John. A Theory of Justice. Harvard: Harvard University Press, 1971.
- RAZ, Joseph. Razão prática e normas. Trad. José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- ROSS, Alf. Direito e justiça. 2. ed. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Ley, principios, derechos. Madrid: Editorial Dykinson, 1998.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.
- SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 167-205.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, v. 1, p. 607-630, 2003.
- STRUCHINER, Noel. Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese (Doutorado em Filosofia) – PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://ged1.capes.gov.br/CapesProcessos/919300-ARQ/919300_5.PDF>.
- SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 87-93.
- ZAGREBELSKY, Gustav. El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. Conceito de princípio jurídico e seus impactos no Direito Público contemporâneo: o caso da dispensa de licitação lastreada no inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 167-196, jan./mar. 2011.

Recebido em: 03.02.11

Aprovado em: 15.03.11