
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional	Belo Horizonte	ano 6	n. 26	p. 1-256	out./dez. 2006
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzi
Cármen Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Clóvis Beznos
Enrique Silva Cyma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Jorge Luis Salomoni

José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajaville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate
Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
(*in memoriam*)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Mária Cristina Cesar de Oliveira

Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancaner

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e 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: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2006

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através 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).

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

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Alessandra Rodrigues da Silva - CRB 2778/
MG 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 Território Nacional

Pelo fim do poder no direito público

André Parmo Folloni

Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Professor de Direito Tributário na UniCenp

Sumário: 1 Considerações preliminares: Estado e Constituição - 1.1 República e Democracia - 1.1.1 República - 1.1.2 Democracia - 1.1.3 República e democracia - 1.1.4 Função - 2 Função pública - 3 Relação de direito público como relação jurídica - 4 Função e competência - 5 Poder e dever na dogmática jurídica - 6 Dever e poder na lógica deôntica - 7 Dever e poder no direito público positivo - 8 Dever e poder na ciência do direito público - 9 Pelo fim do poder na ciência do direito público - Referências

Palavras-chave: Estado. República. Democracia. Direito público. Poder-dever. Agente público.

“Quem fala em poder tem de refletir sobre a força, sobre a violência, sobre a dominação e a autoridade.”

Tercio Sampaio Ferraz Junior

1 Considerações preliminares: Estado e Constituição

Prescreve a Constituição Federal, já em seu Preâmbulo, que o Estado brasileiro é constituído pelo povo brasileiro. Não é, portanto, criação de ninguém senão nossa (do povo).

Há finalidades que justificaram a criação desse Estado e que justificam sua permanência. Encontramo-las, novamente, prescritas na Constituição: serve o Estado para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais; dentre eles: a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Essa é a finalidade do Estado precisamente porque ele, o Estado, é a ordem jurídica de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Tudo isso é prescrição jurídico-positiva válida e vinculante do direito constitucional brasileiro, e não algum eventual sustento desmedido e irracional de exclusivos e próprios (individuais e subjetivos) valores éticos, políticos ou filosóficos (extradogmáticos) por parte do autor deste ensaio. Não se tratam as afirmações acima empreendidas, portanto, de crenças com fundamento metafísico, mas de proposições científicas com um âmbito empírico de referibilidade e, portanto, de testabilidade de sua verdade ou falsidade.¹ Tal campo de referência é a Constituição Federal brasileira.

¹ Sobre a Ciência do Direito como ciência empírica e o ordenamento jurídico como o campo de referibilidade das proposições científico-descritivas, v. BORGES, José Souto Maior. *Ciência feliz: sobre o mundo jurídico e outros mundos*. Recife: Fundação de Cultura Cidade do Recife, 1994. p. 123.

No Brasil, um Estado que não assegure direitos sociais e individuais, não promova a liberdade, o desenvolvimento e a igualdade é, conseqüência fácil e imediata dessas prescrições, um Estado inconstitucional.

1.1 República e Democracia

Nosso Estado, além disso, é uma República Federativa, e é um Estado Democrático de Direito. Tem como fundamentos, dentre outros não menos importantes, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Novamente considerações dogmáticas e não metafísicas (verificação, esta, que não reduz, nem poderia pretendê-lo, o valor de considerações extradogmáticas; trata-se apenas de um registro destinado a fazer perceber uma base empírica para que a afirmação daqueles fundamentos seja testada: a Constituição).

Sendo República, seus bens não são próprios, mas do povo (*res publica*). O Estado deles só tem a administração, não a titularidade. Titular do bem público é o povo. Sendo Democracia, os destinos do Estado e, com ele, dos bens públicos, são definidos pelo povo, diretamente ou via representação (*demos kratein*). Sendo Estado de Direito, os administradores do Estado executam suas funções submissos à ordem jurídica, criada pelo povo, de forma direta ou indireta.

Falar de República e de Democracia é falar do já amplamente falado. Nesse sentido as reflexões de José Roberto Vieira:²

os temas da República e da Democracia estão, indubitavelmente, entre alguns dos mais comuns, correntes, batidos, triviais do nosso Direito Público; sempre e sempre visitados e revisitados, explorados e reexplorados por nossos publicistas. Corremos pois o risco de, ao sobre ele nos debruçarmos, talvez trafegar monotonamente pelo já sabido, quiçá navegar fastidiosamente pelo demasiado conhecido ou até mesmo enveredar enfadonhamente pelo insípido domínio das obviedades.

Correremos o mesmo risco, pois necessário para as reflexões que seguirão, confortados pelo mesmo José Roberto Vieira, que nos ensina: nem sempre as considerações acerca da República e da Democracia serão óbvias; e, ainda que o forem, tratar-se-ão de óbvios que jamais ulularão!³

² República e Democracia: óbvios ululantes e não ululantes. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Porto Alegre, v. 36, 2001, p. 147.

³ Idem, *ibidem*. p. 149.

De acordo com Hans Kelsen, o que cria um Estado é o direito: o Estado é uma ordem jurídica eficaz.⁴ Novamente aqui se revela o recorrente (mas — e esse registro seria desnecessário — não absoluto nem onipresente) acerto do Mestre austro-húngaro. Porque o Estado brasileiro desde 1988, *e. g.*, é outro Estado em relação ao que antes existia. Ao menos no plano do dever-ser, que é o que interessa a essa pesquisa dogmática, este é democrático, enquanto aquele era Estado autoritário. Este respeita os direitos fundamentais; aquele os desprezava. Pelo menos nesse plano jurídico, o do “dever-ser”, há agora outro Estado, posto esteja no mesmo território, com o mesmo idioma (na generalidade ignorado e desprezado, lamentavelmente) e, com algumas variações naturais decorrentes do tempo, com o mesmo povo e com os mesmos costumes. Nos planos geográfico, político e sociológico, o mesmo país e a mesma nação; no plano jurídico, outro Estado.

Esse novo Estado foi, em substituição ao anterior, constituído pelo povo brasileiro, pela via oblíqua de seus representantes, em 5 de outubro de 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil. E foi construído como um Estado Democrático de Direito, sob a forma de uma República. Prescrevem-no o preâmbulo e o art. 1º, *caput* da Constituição Federal. O preâmbulo, esse texto jurídico-prescritivo de direito positivo válido e vinculante assaz esquecido, embora bastante significativo, é o que basta para prescrever, *e. g.*, que nossa ordem jurídica repudia o preconceito e venera o pluralismo.

1.1.1 República

Dizer que o Estado brasileiro foi constituído como uma República é afirmar que os bens do Estado são bens públicos (*res publica*), e não daqueles que eventualmente ocupem, de modo sempre provisório — em função da transitoriedade característica da República — o governo. E se os bens são públicos, é dizer, do povo, então apenas quem pode decidir sobre seus destinos é o próprio povo, que, não podendo fazê-lo diretamente, elege para esse fim seus representantes. Por isso, ensina Geraldo Ataliba: “*República* é o regime político em que os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante man-

⁴ Cf. *A Democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 193; e *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 262.

dados renováveis periodicamente”.⁵ No mesmo sentido está Roque Antonio Carrazza: “República é o tipo de governo, fundado na igualdade formal das pessoas, em que os detentores do poder político exercem-no em caráter eletivo, representativo (de regra), transitório e com responsabilidade” (*sic*).⁶

Nesse sentido, a vontade que governa o Estado é, numa República, a vontade do povo, e não dos governantes.⁷ Novamente é em Geraldo Ataliba, republicano exemplar, prematuramente falecido em 15 de novembro de 1995, que buscamos chão: “Se o povo é titular da *res publica* e se o governo, como mero administrador, há de realizar a vontade do povo, é preciso que esta esteja clara, solene e inequivocamente expressada. Tal é a função da Lei: elaborada pelos mandatários do povo, exprime a sua vontade”.⁸ Porque, continua Geraldo Ataliba, a lei é a “...máxima expressão de vontade estatal republicana”.⁹ Sublinha, também Roque Antonio Carrazza, a representatividade do Poder Legislativo e suas implicações com a noção de República.¹⁰ Do que se extrai uma *primeira conclusão*: República exige representatividade, isto é, exige que o povo decida os seus próprios destinos, quando não diretamente, pela via de seus representantes.

1.1.2 Democracia

Mas aqui o conceito de República se aproxima do conceito de Democracia. Manifestamo-nos em outra oportunidade:¹¹

A República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, conforme prescreve sua Constituição no art. 1º, *caput*. Por ser uma República e um Estado Democrático, aquele que detém o poder gere coisa pública. Poder este que, na Democracia, emana do povo, que o exerce diretamente ou indiretamente, por meio de representantes, como, de forma talvez redundante, prescreve a Constituição no parágrafo único daquele artigo. Se todo poder emana do povo, então apenas o povo pode obrigar a si próprio. A ninguém é dado obrigar a outrem, a não ser enquanto representante do povo ou em razão de competência outorgada, em última análise, por representantes do povo ... Em decorrência da República e do Estado Democrático de Direito, àqueles mandatários do povo está reservada a competência para impor deveres

⁵ *República e Constituição*. São Paulo: RT, 1985. p. IX.

⁶ *Curso de direito constitucional tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 48.

⁷ Não obstante as críticas de Norberto Bobbio, utilizamos aqui a expressão “povo”, qualificada pelo Mestre de Turim como “ambígua”, uma “abstração” e, até mesmo, “enganosa” (Cf. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 381). Sobre o povo como sujeito e como objeto do poder do Estado, v. Kelsen, Hans. *A Democracia*, op. cit. p. 37.

⁸ *República...*, op. cit. p. 96.

⁹ Idem, *ibidem*. p. 99.

¹⁰ Cf. *Curso...*, op. cit. p. 54.

¹¹ FOLLONI, André Parmo. *Tributação sobre o comércio exterior*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 22.

de fazer ou de deixar de fazer algo, baseando-se no único instrumento normativo legítimo para tal: a lei. Se todo poder emana do povo, apenas o povo pode obrigar ou proibir alguém de fazer algo, e o faz por meio de lei votada e aprovada por seus representantes no parlamento. Este o perfil do princípio da legalidade no Brasil, como definido na Constituição, da mesma forma que cada constituição define o conteúdo da legalidade em cada país.

Por isso, de forma que, talvez, pudesse ser considerada redundante (caso considerássemos com o devido rigor os conceitos de República e de Estado Democrático de Direito), a Constituição Federal, em seu art. 5º, II, prescreve que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Hoje, com a segurança que o tempo traz e arriscando um pouco mais, porque a ousadia refletida e a ciência devem sempre andar juntas, abandonaríamos esse último “talvez”. A expressão da legalidade constitucional, no art. 5º, II, é redundante, porque já afirmada no art. 1º, *caput*, que prescreve a República, a Democracia e o Estado de Direito e, *ipso facto*, também a legalidade. É que, sendo públicos os bens e os objetivos do Estado (*res publica*), o Estado só pode agir se autorizado pelo povo. E, sendo o Estado democrático, o povo é quem, em realidade, ocupa a titularidade do Estado, pela via de seus representantes, quando não diretamente (referendo e plebiscito, *e. g.*). Logo, é o povo quem decide os direcionamentos do Estado. Ao votar, elege seus representantes, para que, em seu nome, tomem as decisões. Como *decisões que se pretendem democráticas não podem ser tomadas por uma pessoa só ou por poucas pessoas*, mas pelo máximo de representantes populares possível, o meio para tal é a lei, e não a decisão administrativa, à qual se submete também o Estado, que por isso mesmo é “de Direito”. Salienta essa necessidade — de um máximo número possível de pessoas a tomar decisões — Norberto Bobbio: “...por regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados”.¹² Mais adiante, o mesmo filósofo, em outro estudo que integra a mesma obra: “No que diz respeito aos sujeitos chamados a tomar (ou a colaborar para a tomada de) decisões coletivas, um regime democrático caracteriza-se por atribuir este poder (que estando autorizado pela lei fundamental torna-se um direito) a um número muito elevado de membros de um grupo”.¹³ Para Bobbio, a regra da maioria, posto não seja a única, é a mais importante da Democracia.¹⁴ E Bobbio é, na qualificação de José Roberto Vieira, sempre

¹² *O futuro da Democracia*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 22.

¹³ *Idem*, *ibidem*. p. 31.

comedido nos elogios, “confiável”.¹⁵ Registre-se, contudo, o pensamento de Eros Roberto Grau quanto à capacidade normativa conjuntural da Administração, sempre submissa à legalidade.¹⁶

Ao falar de República, acabamos por mencionar também a Democracia. É de se indagar, em nome da precisão conceitual, se seria possível uma República não democrática ou se, reversamente, o conceito de República pressupõe o Estado Democrático de Direito. Responde-o José Joaquim Gomes Canotilho que, embora se referindo à República Portuguesa, traça considerações que, se corretas as premissas aqui apontadas, serão aplicáveis a qualquer República digna desse nome:¹⁷

Em primeiro lugar, a *República* significa uma *comunidade política*, uma “unidade colectiva” de indivíduos que se *autodetermina* politicamente através da criação e manutenção de instituições políticas próprias assentes na decisão e participação dos cidadãos no governo dos mesmos (*self-government*)... Para haver um **autogoverno** (*self-government*) republicano impõe-se a observância de três regras: (1) uma *representação territorial*; (2) um *procedimento justo* de selecção dos representantes; (3) uma *deliberação* maioritária dos representantes limitada pelo reconhecimento prévio de direitos e liberdade dos cidadãos... Precisamente por isso, a forma republicana de governo está associada à idêia de **Democracia deliberativa** (*sic*).

Mais adiante, explica que “...o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da **teoria democrática representativa** — órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes”.¹⁸ Representatividade é elemento de Democracia, portanto, do que não diverge José Souto Maior Borges.¹⁹ Mas representatividade e eleições periódicas, vimos, são características não só democráticas como também republicanas, salientadas ainda por José Roberto Vieira.²⁰ Também Odete Medauar trata as eleições e a representatividade, características republicanas para Geraldo Ataliba, Gomes Canotilho, Roque Antonio

¹⁴ Cf. *O futuro...*, op. cit. p. 78.

¹⁵ Legalidade tributária ou lei da selva: sonho ou pesadelo. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Porto Alegre, v. 37, 2002. p. 7; e República..., op. cit. p. 150.

¹⁶ Cf. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 232.

¹⁷ *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 212. Negritos e itálicos do original.

¹⁸ Idem, *ibidem*. p. 288. Grifos do autor.

¹⁹ *Curso de direito comunitário: instituições de direito comunitário comparado: União Européia e MERCOSUL*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 363.

²⁰ Legalidade tributária e medida provisória: mel e veneno. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 180.

Carrazza e José Roberto Vieira, como características democráticas.²¹ Esclarecedora é a passagem de Carlos Ari Sundfeld:²²

Superada sua fase inicial, o Estado de Direito foi paulatinamente incorporando instrumentos democráticos, com a finalidade de permitir a participação do povo no exercício do poder — de modo muito coerente, aliás, com o projeto inicial de controlar o Estado. O conceito jurídico que inicialmente sintetiza tais instrumentos é o de *República* — idéia que se vai mesclando à de Estado de Direito, para formar com ela, na atualidade, um todo uno e indivisível.

Também explica Bobbio que, embora originariamente conceitos diversos, República e Democracia chegam, com a evolução histórica, a se confundir (fundir-se em um).²³

1.1.3 República e democracia

O que permite uma *segunda conclusão*: a República, para que seja realmente República e não algo diverso com o mesmo nome, deve ser democrática. República sem Democracia é qualquer outra coisa que não República. Etimologicamente: República, do latim *res publica*, coisa pública e Democracia, do grego *demos kratein*, governo do povo. Quem governa a coisa pública é o povo (diretamente ou pela via de seus representantes) e mais ninguém. Segue pelo mesmo caminho, que parece inevitável, Marçal Justen Filho, logo após estabelecer a distinção entre os conceitos: “Mas a evolução civilizatória produziu um amálgama dessas duas concepções, sendo problemático diferenciá-las. As características da República e da Democracia se entranharam, de modo que aludir a uma importa fazer referência à outra”.²⁴ Registre-se, ainda, por oportuno, as lições de Tercio Sampaio Ferraz Junior, para quem a melhor tradução de *kratein* possa ser, em vez de “governar”, “dominar”. “Governar” seria mais adequado para *archein* (como em monarquia ou oligarquia). Democracia, mais do que “governo do povo”, então, seria o domínio do povo, pois “*Kratein* é, propriamente, mais que dominar, pois é um predominar, dominar antes e inteiramente”.²⁵

²¹ *Direito administrativo moderno*. 6. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 25.

²² *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 50.

²³ Cf. Democracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: UNB, 2002. p. 323.

²⁴ *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 75.

1.1.4 Função

Tudo no Estado brasileiro, conforme concebido na Constituição brasileira de 1988, é do povo. Mas há alguns integrantes desse mesmo povo que administram o Estado, exercendo a titularidade de suas funções. São, utilizando-se a expressão em um sentido amplíssimo, os agentes públicos, dotados de competência para atuar em nome do Estado, no regular exercício de suas funções. Esses administradores do Estado são, todos eles e sem exceção, em última análise definidos pelo povo, porque é o povo quem, ao criar a Constituição por intermédio de seus representantes, estabelece (i) que esses administradores serão eleitos ou (ii) que ingressarão de outro modo no aparelho estatal. Sua forma de ingresso nos quadros estatais fora definida pelo povo, em 1988.

E se os destinos do Estado são públicos, se a Constituição é criada pelo povo, se os próprios agentes públicos são definidos pelo povo (ou são definidos, pelo povo, os modos de suas investiduras), então *todos os agentes públicos devem ao povo satisfação*. Exercam eles a função que exercerem (administrativa, governamental, normativa ou judicante). Todos os agentes públicos, sejam aqueles que legislam, aqueles que exercem jurisdição, aqueles que administram ou aqueles que formulam políticas e programas governamentais, o fazem em nome do povo e apenas porque por este autorizados. Exercem, portanto, função pública, e perseguem a realização do interesse público, no cumprimento de um dever jurídico. Aliás, sobre os integrantes do Poder Judiciário e muitos do Poder Executivo, lembra Ives Gandra da Silva Martins, muito a propósito: quem presta concurso o faz para servir ao povo.²⁶ Porque o povo é, em última instância, o próprio fundamento do Estado. Politicamente, antes do Estado vêm as pessoas, como explica Franco Gallo: “Mas a pessoa, em sua dignidade universal e em sua capacidade natural de relação social, está acima do Estado, que não é um fim, mas um meio... *politicamente*, antes do Estado vêm as pessoas...”.²⁷

2 Função pública

É, também, o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello que influencia essas primeiras linhas. O atendimento dos interesses públicos,

²⁵ *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 19.

²⁶ Cf. O princípio da moralidade no direito tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *O princípio da moralidade no direito tributário*. São Paulo: RT, 1998. p. 20.

²⁷ *Ètica e giustizia nella nuova riforma tributaria italiana*. In: TÔRRES, Heleno Taveira. *Teoria geral da obrigação tributária: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges*. São Paulo: Malheiros, 2005.

leciona aquele jurista, “...não é um problema pessoal de quem os esteja a curar, mas um dever jurídico inescusável. Assim não há espaço para a autonomia da vontade, que é substituída pela idéia de *função*, de dever de atendimento do interesse público”.²⁸

Aí está o ponto fundamental do presente ensaio, do qual os demais serão desdobramentos lógico-argumentativos: os agentes estatais, não exclusivamente aqueles que exercem função administrativa, mas todos eles, estão, no exercício de suas funções públicas, despidos de autonomia de vontade. Não têm os agentes estatais vontade própria. Têm, isso sim, que perseguir a vontade do povo. E isso é algo que não apenas podem fazer, mas que, bastante diferente, *devem* fazer.

Repita-se: a persecução do interesse público é obrigatória ao agente público, e não meramente facultada.

Nos casos em que a vontade do agente é relevante (discricionariedade), o exercício dessa vontade é vinculado à lei que lhe fundamenta a validade e à totalidade do sistema (tensão vinculação/discricionariedade).²⁹ Logo, em última análise, é a vontade do povo que outorga a discricionariedade e, precisamente por isso, a persecução do interesse público no agir administrativo é imperativa. Desrespeito ao interesse público definido em lei, sob pretexto de discricionariedade, é ilegalidade.³⁰

Essa a idéia de *função*: algo que se exerce em nome de outro. Esse outro é titular de interesses que devem ser realizados por aqueles que ostentam essa função (exercem a titularidade da função e não do interesse, cujo titular é diverso). Função é, então, o dever de realizar os interesses alheios. Quem tem função evidentemente não está proibido, mas nem mesmo tem a mera permissão de realizar os interesses de quem representa; tem, sim, a obrigação de fazê-lo. O cumprimento dos fins públicos deve ser, fenomenologicamente, da essência da função pública. Tratando especificamente da função pública, continua Celso Antônio Bandeira de Mello: “...função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do *dever* de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela

p. 64. Tradução nossa (no original, em italiano: “Ma la persona, nella sua dignità universale e nella sua naturale capacità di rapporto sociale, sta *sopra* lo Stato, che non è un fine, ma un mezzo ... *politicamente* prima dello Stato vengono le persone...”).

²⁸ *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 25.

²⁹ Cf. FOLLONI, André Parmo. *Teoria do ato administrativo*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 115.

³⁰ Cf. *Idem*, *ibidem*. p. 122.

ordem jurídica”.³¹

Adiante se criticará, e esse é justamente o objeto deste ensaio, a insistente e generalizada menção a esses “poderes” instrumentais.

3 Relação de direito público como relação jurídica

Demorou, mas hoje é assente o entendimento segundo o qual a relação de direito público interno, entre o Estado e os particulares, é uma relação jurídica, regulada pelo direito, e não uma relação meramente de poder, de violência, de força. O que rege a relação entre o Estado e os cidadãos é o direito, e não a violência de fato. Não há o governo do titular da atividade estatal, mas o governo do direito. Sintetiza, admiravelmente, Juarez Freitas: “O soberano não governa, porquanto os princípios, as normas e os valores jurídicos é que devem governá-lo, expressões, diretas ou oblíquas, daquele interesse maior [o interesse público]”; e continua: “Destarte, vislumbradas desde de um horizonte ampliado, as relações de Direito Público são aquelas primordialmente regidas pela totalidade dos princípios, das normas e dos valores juspublicistas em seu conjunto”.³²

Não é de força a relação entre o Estado e o cidadão, portanto: é jurídica. Se há um elemento de força e de violência nessa relação, é porque esse elemento é juridicamente prescrito e está, por isso mesmo, limitado e sempre de acordo com aquela prescrição. O Estado não faz o que quer; faz o que juridicamente deve fazer.

4 Função e competência

Então, para exercer suas funções, aos agentes estatais é atribuída, pelo povo (ou pelo ordenamento jurídico por ele concebido) uma determinada competência. *Compete* ao agente cumprir suas funções, cumprir seus deveres, suas obrigações.

Competências há aquelas que podem ser exercidas e aquelas que, diferentemente, devem ser exercidas. Nas primeiras, o titular da competência pode decidir se a exerce ou não. Tem uma determinada possibilidade de, subjetivamente, decidir se o faz. Nas segundas, essa possibilidade é reduzida: o agente deve cumprir seus deveres, exercendo, para tanto, sua competência.³³

³¹ Op. cit. p. 27. Grifos do original.

³² *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 10-11.

No direito público, as competências do primeiro tipo são ditas discricionárias. Mas discricionariedade não é o mesmo que liberdade de decisão. Decidir com discricionariedade significa ter a competência para, diante dos fatos e valores envolvidos, verificar se, de acordo com o direito positivo, a competência deve ou não ser exercida. Verificar se, em face do caso concreto, o direito impõe ou não o exercício da competência. Se, exercendo esse dever de apreciação, o agente entender que deve praticar o ato, o faz. Se entende que, ao contrário, está proibido de fazê-lo, deve omiti-lo. Por fim, se entende que pode ou não pode fazê-lo, indiscriminadamente, então a *decisão entre fazer ou não fazer* é permitida, o que significa que é juridicamente irrelevante sob o ponto de vista sancionatório.³⁴ A vontade do agente permanece juridicamente irrelevante.

Discricionariedade não é, por isso, liberdade. É, também ela, dever. A competência discricionária outorga ao agente o dever de decidir por uma ou outra opção, e sempre na persecução do interesse público. Se qualquer decisão é possível, então a decisão é juridicamente irrelevante (ou juridicamente permitida, sem sanção pelo descumprimento). Irrelevante a decisão, não a competência; e avaliar se qualquer decisão é possível é avaliar a competência, e tal atividade administrativa é juridicamente relevante; relevantíssima, aliás. Do contrário, se apenas uma decisão é juridicamente mais adequada, então a decisão será juridicamente relevante; discricionária, porém não absolutamente livre, porque em certa medida vinculada (à lei e ao sistema).

Logo, em direito público, uma competência é um dever, sempre. Interessantíssima a disposição do Código Tributário Alemão (*Abgabenordnung*-1977, § 5) a respeito: “Quando a autoridade fiscal estiver autorizada a agir discricionariamente, deverá fazer uso de sua discricção de acordo com o objetivo previsto na autorização, respeitando os limites legais da discricionariedade”.³⁵ Tratando da segurança jurídica no direito administrativo, reconhece-o Ligia Maria Silva de Melo: “A Administração Pública, em sua função administrativa, tem como *obrigação* observar tal princípio já que lhe é *determinado* fazer, de acordo com a lei, tudo aquilo que atenda às necessidades de interesse público”.³⁶

³³ Cf. FOLLONI, André Parmo, *Teoria...*, op. cit. p. 119.

³⁴ V., a respeito, BLANCHET, Luiz Alberto. *Discricionariedade ou irrelevância jurídica?* Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional n. 2. ABDConst: Curitiba, 2002. p. 72.

³⁵ *Novo Código Tributário Alemão*: com índices sistemático e analítico. Apresentação do Professor Ruy Barbosa Nogueira. Tradução de Alfred J Schmid et al. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 1978. p. 4.

Aliás, que fique claro desde logo: seja um dever vinculado, seja um dever discricionário, sempre um dever. Os integrantes do aparelho estatal (Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, membro do Ministério Público ou do Tribunal de Contas) têm o dever de, ao decidir sob competência discricionária, alcançar da melhor maneira o interesse público.

Veja-se um típico exemplo de competência facultativa: em regra, as competências tributárias são de exercício facultativo.³⁷ Aquela pessoa política que tem a competência decide se irá ou não instituir o tributo. Mas o fará absolutamente livre, de acordo com seus próprios interesses? Evidentemente que não: deverá decidir se, naquele momento, melhor atende o interesse público a existência ou não do tributo. E esse dever não é um dever apenas político, ético, eventualmente religioso *etc.* É um dever jurídico. Cujos descumprimento, por definição, deve ensejar alguma consequência jurídica. Mas esse tormentoso ponto da consequência (controle jurisdicional? controle popular?) não será aqui enfrentado, embora seja consequência lógica (mais precisamente: deontológica). Há de se encontrar alguma consequência jurídica. Na falta de qualquer consequência jurídica, então haveremos de reconhecer: a escolha será juridicamente irrelevante (não se trataria, a decisão, de uma conduta cujo descumprimento implique a imposição de sanção).³⁸

5 Poder e dever na dogmática jurídica

Falar de poder sob ponto de vista filosófico é algo extremamente complicado, e não é nosso objetivo, senão como breve subsídio para as argumentações posteriores. Quem denunciou e enfrentou essa complicação foi Tercio Sampaio Ferraz Junior, em quem buscamos fundamento.³⁹

Poder, segundo o autor, na dogmática jurídica, apresenta três grupos de concepções: poder enquanto substância, enquanto faculdade de

³⁶ Segurança jurídica: fundamentos do Estado de Direito. *Raízes Jurídicas*, Curitiba, v. 1, n. 1, jul./dez. 2005, p. 157 (os grifos foram acrescentados).

³⁷ Dizemos "em regra" em lembrança à lição de Paulo de Barros Carvalho, para quem a competência estadual para a instituição do ICMS é obrigatória, no que sofre contestação de José Roberto Vieira (Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 224-229; e VIEIRA, José Roberto. E, afinal, a Constituição cria tributos! In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Teoria geral da obrigação tributária: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 624).

³⁸ Juridicamente irrelevante, aqui, não significa não-jurídica. A permissão para tomar uma ou outra atitude será uma permissão juridicamente estabelecida. Ocorre, apenas, que a opção por uma conduta em detrimento de outra, nesse caso, não implicará qualquer sanção jurídica.

produzir obediência e enquanto instrumento de exercício de império e soberania.⁴⁰ A primeira é consideração metafísica que escapa aos limites deste ensaio. Mas as demais fazem parte de nossas preocupações. É evidente que o Estado deve ter poder no sentido de produzir obediência e deve ter poder enquanto instrumento de exercício de seu império e de sua soberania. Mas, no Estado Democrático e Republicano de Direito, esse poder é, simplesmente, uma capacidade auxiliar e instrumental no exercício de um dever: o dever de persecução do interesse público

Assim em Eros Roberto Grau: “...o *poder* é expressão de uma capacitação para efetivamente realizar ou impor a realização de um determinado fim. Quando nos referimos a *poder estatal*, visualizamos o poder — político — juridicamente organizado. Assim, se o Estado é uma ordem jurídica, o poder estatal é a capacitação para a realização dos fins dessa ordem”.⁴¹ Fins de atendimento dos interesses do povo em uma República e em uma Democracia, acrescentamos. Continua aquele autor, tocando agora o ponto fundamental: “Entenda-se por *função estatal* a expressão do poder estatal, enquanto preordenado às finalidades de interesse coletivo e objeto de um *dever jurídico*...”.⁴²

Veja-se: o poder na Teoria do Estado Republicano e Democrático, é capacidade conferida para o cumprimento de um dever. É o que Celso Antônio Bandeira de Mello denomina “poder instrumental”: instrumento para o adequado cumprimento da função; isto é: instrumento para o adequado cumprimento do dever.

O poder, então, no direito público de Estados Democráticos e Republicanos, existe, é certo. É elemento importante a complementar a noção de Estado de Direito. Mas existe apenas para possibilitar o estrito cumprimento de um dever. É por isso que Celso Antônio Bandeira de Mello insiste na noção de função, acima lembrada:⁴³

É que a Administração exerce *função*: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos pra supri-las. Logo, tais poderes são *instrumentais* ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do *dever* posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade,

³⁹ Cf. *Estudos...*, op. cit. p. 15-70.

⁴⁰ *Ibidem*. p. 20.

⁴¹ *O direito...*, op. cit. p. 238.

⁴² *Ibidem*. p. 239.

⁴³ *Curso...*, op. cit. p. 62.

‘deveres-poderes’, no *interesse alheio*.

Fala, portanto, em dever-poder, invertendo a expressão “poder-dever” de Renato Alessi, inversão qualificada por José Souto Maior Borges como “excelente”.⁴⁴ Também na definição de Marçal Justen Filho o poder é instrumental: “A função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos *destinados a promover* a satisfação de interesses sociais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais...”.⁴⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello chega a afirmar: “...pode-se perceber que o eixo metodológico do Direito Público *não gira em torno da idéia de poder, mas gira em torno da idéia de dever*”.⁴⁶

Mas será, então, essa insistente referência ao “poder” absolutamente necessária? Cremos que é supérflua, talvez equivocada e certamente perigosa. Supérflua, talvez equivocada, se pensarmos em termos de lógica deontica; perigosa em sentido ideológico. Ideologicamente perigosa porque a insistente referência ao poder no direito público pode, perfeitamente, servir de instrumento para a argumentação daqueles que ideologicamente crêem adequado um Estado autoritário e despótico. Mas queremos, aqui, insistir na desnecessidade ou no erro de sua menção no plano deontológico.

6 Dever e poder na lógica deontica

A Lógica Deontica é a lógica do dever-ser, lógica própria das normas, porque a deontologia é o estudo do dever-ser, assim como a ontologia é o estudo do ser. A Lógica Jurídica é a lógica do direito. A utilização das expressões “Lógica Deontica” e “Lógica Jurídica” pela doutrina envolve uma certa ambigüidade. Para Georges Kalinowski, *e. g.*, a expressão “Lógica Deontica” deve ser reservada à lógica da Ciência do Direito, enquanto “Lógica das Normas” deve ser utilizada em referência à lógica do direito positivo.⁴⁷

Tocam-se, sem, entretanto, confundirem-se completamente, a Lógica Deontica e a Lógica Jurídica. Em um certo sentido, a Lógica Deontica é um gênero (lógica das normas, quaisquer normas) do qual a Lógica Jurídica é uma espécie (lógica das normas jurídicas). Em outro

⁴⁴ Cf. *Curso...*, op. cit. p. 335.

⁴⁵ *Curso...*, op. cit. p. 29.

⁴⁶ *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2. ed. 6. tir. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 14.

⁴⁷ *Logica de las normas y logica deontica: posibilidad y relaciones*. Trad. Roque Carrión Wam. Valencia: Universidad de Carabobo, 1978. p. 15.

sentido, a Lógica Jurídica é um gênero (lógica do direito, em qualquer de suas manifestações) do qual a Lógica Deontica é uma espécie (lógica das normas jurídicas). No primeiro sentido, a Lógica Deontica é uma noção mais ampla, é a lógica de qualquer norma (norma jurídica, norma social, norma ética, norma religiosa *etc.*), enquanto que a Lógica Jurídica é uma noção mais restrita (lógica das normas jurídicas). No segundo sentido, a Lógica Jurídica é uma noção mais ampla (lógica do direito, envolvendo a lógica das normas jurídicas e a lógica das argumentações jurídicas), enquanto que a Lógica Deontica é uma noção mais restrita (apenas a lógica das normas). Para o estudo da lógica própria das normas jurídicas talvez fosse conveniente adotar-se a expressão Lógica Deontico-Jurídica, para evitar a ambigüidade.

Ensina a Lógica Deontico-Jurídica que há apenas três modalidades de qualificação jurídica de condutas humanas: ou a conduta é proibida (V), ou é permitida (P), ou é obrigatória (O). Não há uma quarta possibilidade. Na lição de Lourival Vilanova, quem melhor tratou do assunto entre nós: “O conectivo dever-ser triparte-se em obrigatório (fazer/não-fazer), permitido (fazer/não-fazer) e proibido (fazer/não-fazer) em função do universo da conduta humana juridicamente regulada. A relação intersubjetiva — entre sujeitos da ação ou omissão — divide-se exaustivamente nessas três possibilidades”.⁴⁸

Há, também, o que se denomina “interdefinibilidade” ou “intercambialidade” dos modais deonticos: um é definível a partir do outro.⁴⁹ Se uma pessoa tem uma obrigação (O) de observar determinada conduta, então ela tem a proibição (V) de não fazê-lo. Se alguém é obrigado a pagar uma certa quantia em dinheiro, então esse alguém está proibido de não pagar. A obrigação se define pela proibição. São interdefiníveis, porque contrário também ocorre: se alguém está proibido (V) de fazer algo, então está obrigado (O) a não fazer. Se alguém está proibido de dirigir, então está obrigado a não dirigir. Com o modo “permitido” (P), essa relação, que igualmente existe, é mais complexa. Se alguém tem a permissão (P) de adotar determinada conduta, então todo os demais têm a

⁴⁸ Lógica jurídica. In: *Escritos jurídicos e filosóficos*. v. 2. São Paulo: Axis Mundi: IBET, 2003. p. 188.

⁴⁹ Cf. VILANOVA, Lourival, *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 155; CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 135; COELHO, Fabio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 56; e BARBOSA, Claudia Maria. *Lógica & direito: linguagem jurídica sob diferentes paradigmas lógicos*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 59.

proibição (V) de impedir e a obrigação (O) de se abster de impedir aquela conduta. Assim, se alguém tem a permissão para votar, todos os demais estão proibidos de impedir o voto e estão, ao mesmo tempo, obrigados a não impedir o voto. Nesse sentido, Hans Kelsen, o “...iniciador da lógica jurídica...” segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior:⁵⁰ “Com a afirmação de que um indivíduo tem o direito de se conduzir de determinada maneira, especialmente de exercer uma determinada atividade, pode-se querer dizer não só que a tal indivíduo essa atividade não é juridicamente proibida mas também que os outros são obrigados a não impedir essa atividade...”⁵¹

O que nos importa, aqui, para o momento, é a consideração deontológica generalizada segundo a qual o dever pressupõe o poder, relevante para a crítica das expressões “poder-dever” e “dever-poder”. Afinal, “poder” e “dever” são, como lembra Claudia Maria Barbosa, verbos chave para a Lógica Deontica.⁵²

Se alguém deve fazer algo, então também pode fazer esse algo. Georges Kalinowski assim enuncia essa regra: “Si x debe hacer A , entonces x puede (en el sentido de la permisión unilateral de hacer) hacer A ’ es una tesis de la lógica de las normas”.⁵³ Então: se um comportamento é obrigatório, então é, também, necessariamente permitido. Se há o dever há o poder, necessariamente.

Paulo de Barros Carvalho demonstra a desnecessidade de referência ao poder quando há dever:

...sob o ponto de vista lógico, todo dever implica um poder: (Op É Pp), que se pode interpretar: se uma conduta ‘p’ é obrigatória, então está permitido cumpri-la. Seja como for, retendo-se a conduta obrigatória, sua permissibilidade estará necessariamente implícita, sendo redundante a construção [dever-poder] ... Como em toda obrigação está embutida a permissão, bastaria registrar a conduta obrigatória, (‘Op’), sendo despicienda a referência à permissão (‘Pp’).⁵⁴

Deontologicamente, todo aquele que tem um dever tem um poder. Não há dever sem poder, embora a recíproca não seja verdadeira (há comportamentos permitidos mas não obrigatórios). É, portanto, supérfluo falar em poder quando se está a falar em dever, pois todo aquele que

⁵⁰ Prólogo: por que ler Kelsen, hoje. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 13.

⁵¹ *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 150.

⁵² *Lógica...*, op. cit. p. 51.

⁵³ *Lógica...*, op. cit. p. 34.

⁵⁴ *Direito...* op. cit. p. 227.

tem o dever tem, por necessidade deontológica, também o poder.

Sob esse primeiro ponto de vista, como se percebe, não é necessário mencionar que aquele que tem um dever tem, também, um poder. Isso é consequência lógica (deontológica); é logicamente (deontologicamente) decorrente dos próprios conceitos de “poder” e de “dever”.

Então, sob o ponto de vista deontológico, seria redundante a expressão “dever-poder”, e incorreta a expressão “poder-dever”.

Tratando da primeira: como todo dever pressupõe o poder, como todo aquele que deve cumprir determinada conduta também pode cumpri-la, então falar em “dever-poder” é redundante. O segundo termo da expressão é supérfluo. Basta a referência ao dever, pois ela já inclui o poder.

Tratando da segunda, uma primeira observação: o poder nem sempre pressupõe o dever, porque nem sempre aquele que pode cumprir determinada prestação também tem o dever de cumpri-la. Segunda observação: então, a expressão “poder-dever” só se justifica quando há o poder e há, também, o dever. Mas, nesse caso, voltamos à consideração anterior. E, percebe-se, novamente há a redundância. Basta a referência ao dever. Ela já inclui o poder.

Mas todas essas considerações fazem com que se perceba, com evidência, o erro que envolve falar em um quarto modal, a faculdade, como uma permissão bilateral. Sobre a faculdade, assim manifesta-se Lourival Vilanova, referindo-se a Kalinowski:⁵⁵

Há três modais e somente três. O modal da permissão constitui-se ora da obrigação de fazer ou omitir, ora da permissão de fazer e omitir, isto é, da *permissão unilateral* e da *permissão bilateral* (...). a permissão bilateral às vezes é tomada como quarto modo, o facultativo. Todavia, se o facultativo se compõe de duas permissões alternativas, não é um modal irreduzível à permissão.

Ocorre que a *permissão só será verdadeiramente permissão (e não obrigação ou proibição) se for bilateral*. Só terá a permissão, em rigor, de realizar uma determinada conduta, aquele que também tenha a permissão de não realizá-la. Porque, se não o tiver, então a realização daquela conduta será peremptoriamente obrigatória, nunca meramente permitida. Imagine-se o exemplo: no Brasil, em regra, uma pessoa de trinta anos pode

⁵⁵ *As estruturas...*, op. cit. p. 79.

votar, mas não pode deixar de votar. Então o voto é obrigatório, e não meramente permitido. A qualificação normativa da conduta “votar” é “obrigatório”, não “permitido”. No direito brasileiro, dirigir alcoolizado é proibido. Temos uma proibição. Temos, também, uma permissão: é permitido deixar de dirigir alcoolizado. Mas essa permissão é unilateral: não há a permissão para dirigir alcoolizado. Então a direção sob efeito do álcool é proibida, e não permitida. Do que se depreende com clareza: a qualificação normativa da conduta “dirigir alcoolizado” é “proibido” e não “permitido”.

Só há sentido em falar-se de permissão como algo diferente de obrigação se essa permissão é bilateral. A permissão unilateral de realizar uma conduta confunde-se, portanto, com a obrigação de realizar aquela conduta, e com a proibição de deixar de realizá-la. *Permissão unilateral é obrigação (ou proibição)*. A permissão, como modal deôntico diverso dos modais obrigação e proibição, só existirá se a permissão for bilateral, porque se unilateral for, obrigatória ou proibida será a conduta. E, nesse caso, não haverá sentido em diferenciar-se a permissão da obrigação ou da proibição.

A permissão unilateral é uma obrigação (permissão unilateral de fazer) ou uma proibição (permissão unilateral de não fazer). Assim, a considerar-se apenas (i) a permissão unilateral, (ii) a obrigação e (iii) a proibição, teríamos, em rigor, dois modais deônticos: (i) obrigatório (o mesmo que permissão unilateral de fazer) e (ii) proibido (o mesmo que permissão unilateral de não fazer).

Não há, aqui, interdefinibilidade ou definição pela negativa. A permissão unilateral de fazer não é definível pela obrigação de fazer: *é a própria obrigação de fazer*, do que se define a proibição de não fazer. Do mesmo modo, a permissão unilateral de não fazer não é definível pela proibição de fazer: *é a própria proibição de fazer*, do que se define a obrigação de não fazer.

Vejamos Lourival Vilanova, nessa passagem em que se refere a Kalinowski e a Eduardo Garcia Maynez:⁵⁶

Não tem sentido para uma mesma conduta exigi-la e proibi-la, proibi-la e permiti-la (no sentido da *permissão bilateral* de fazer ou omitir; não no sentido de *permissão unilateral de fazer o obrigatório* e de omitir o proibido (...)). Há sentido, sim, em permitir fazer o obrigatório ou omitir o proibido: *é o direito do*

⁵⁶ *As estruturas...*, op. cit. p. 155.

obrigado ao cumprimento do seu dever e, por outro, o fato de que a omissão da conduta juridicamente proibida está juridicamente permitida (...). Mas, em ambos os casos, temos tão-só a permissão unilateral de fazer o que é obrigatório ou de omitir o que é proibido.

A permissão unilateral de fazer o que é obrigatório é uma obrigação. A permissão unilateral de omitir o que é proibido é uma obrigação também.

Nesse raciocínio, fica difícil sustentar-se a permissão unilateral como um terceiro modal, salvo sob o ponto de vista deontológico, correto, segundo o qual não faz sentido obrigar uma conduta sem, também, permiti-la. No plano da Lógica Deontico-Jurídica, a lógica da qualificação jurídica das condutas como permitidas, proibidas ou obrigatórias, a permissão unilateral sempre qualifica uma conduta como obrigatória ou como proibida, nunca como meramente permitida. O modal permitido (em permissão unilateral) é, para o direito, ou o modal obrigatório ou o modal proibido, e não um terceiro modal deles diferente.

A única possibilidade de compreender a permissão como um terceiro modal deontico, diferente do obrigatório e do proibido, é compreendê-la sempre como permissão bilateral. Apenas esta é, no rigor dos termos, uma permissão, e não uma obrigação ou uma proibição. Assim, permissão e faculdade são o mesmo: a permissão bilateral. Porque a unilateral não é permissão: é obrigação ou proibição (ou *fundada* em uma obrigação ou em uma proibição para Lourival Vilanova).⁵⁷ Melhor dizendo: a permissão unilateral não qualifica juridicamente uma conduta como permitida, mas como obrigatória ou proibida. Apenas a permissão bilateral qualifica uma conduta como permitida e não obrigatória ou proibida. A conduta unilateralmente permitida será obrigatória ou, inversamente, proibida, mas nunca meramente permitida. Há que se levar em conta a conduta, porque “...dada a tripartição deontica do universo da conduta juridicamente regulada, a conduta alojar-se-ia num dos três segmentos. A tripartição é mutuamente excludente e conjuntamente exhaustiva”, ensina Lourival Vilanova.⁵⁸ Então, a conduta unilateralmente permitida será idêntica à conduta obrigatória ou proibida, exatamente a mesma conduta.⁵⁹

Parece trafegar por estrada semelhante José Roberto Vieira:⁶⁰

São questionáveis, perante a Lógica Jurídica, essas expressões, *poderes-deveres*

⁵⁷ Cf. *As estruturas...*, op. cit. p. 228.

⁵⁸ *As estruturas...*, op. cit. p. 215.

ou *deveres-poderes*, uma vez que, nas normas jurídicas, ocorre a tripartição do universo da conduta nos chamados modais deônticos, *obrigatório*, *permitido* e *proibido*, na lição de LOURIVAL VILANOVA (...). Em verdade, cremos que, na versão tradicional (poderes-deveres), concede-se destaque ao primeiro membro do binômio, e estamos em presença do modal *permitido*; enquanto na versão mais recente (deveres-poderes), o friso posto nos *deveres* revela o modal *obrigatório*.

Se correto esse modo de pensar, então não é meramente supérfluo falar-se em dever-poder. É equivocado também. O tradicional dever-poder seria um dever-dever. Seria o dever de realizar uma conduta aliado à permissão de realizá-la, mas sendo esta uma permissão unilateral, apenas de adotar a conduta e não aquela outra de não a adotar. Como a permissão unilateral é deontologicamente identificável à obrigação, teríamos um dever de realizar a conduta aliado à permissão de realizá-la, mas sem a permissão de não a realizar. Dever de realizar a conduta aliado à permissão unilateral de realizar a conduta. Logo, dever de realizar a conduta aliado ao dever de realizar a conduta!

Um verdadeiro dever-poder seria, apenas, a prescrição de uma conduta obrigatória mas, ao mesmo tempo, facultada (com a permissão de realizá-la ou de não realizá-la). Mas essa conduta é deontologicamente impossível.

Damos, então, um passo adiante. Falar em dever-poder não é apenas supérfluo. Porque, se ao mencionar dever-poder, quer-se mencionar uma conduta obrigatória com permissão unilateral, então teremos, em rigor, uma conduta obrigatória com obrigação (permissão unilateral). Teremos um dever-dever. Ou, simplesmente, um dever. Se, ao contrário, ao mencionar dever-poder, quer-se mencionar uma conduta obrigatória com permissão bilateral, então teremos uma conduta obrigatória e, ao mesmo tempo, facultada, o que é uma impossibilidade deontológica. Sobra, apenas, o dever. Em qualquer caso, sempre o dever.

7 Dever e poder no direito público positivo

Mas no direito público positivo, isto é, nas normas jurídicas de

⁵⁹ Parece dizer algo parecido, com relação à permissão da norma moral, Lourival Vilanova: "A norma moral, como norma, explicita-se como dever-de-omitir (proibição) ou como dever-de-fazer (obrigação): o permissivo moral (parece-nos) está implícito como permissão tão-só de omitir e como permissão tão-só de fazer, não sendo por isso uma modalidade independente ao lado da proibição e da obrigação" (*Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 115).

⁶⁰ República..., op. cit. p. 153, nota de rodapé n. 35 e Legalidade tributária ou lei da selva..., op. cit. p. 10, nota de rodapé n. 23.

direito público, é bastante comum que se encontre menção literal ao “poder” do agente estatal. Afora os poucos casos em que o agente realmente pode decidir como quer, e aí sua decisão é discricionária (pode-se entendê-la como juridicamente irrelevante, sob o ponto de vista sancionatório, porque juridicamente permitida), nos demais casos o agente tem, precisamente em razão de sua condição de agente público que exerce função, um dever. Deve agir da forma que melhor alcance o interesse público. Trata-se de um dever e não de um mero poder.

Vejam os alguns exemplos, brevemente, pinçados de forma aleatória dentre os preceitos mais importantes da Constituição Federal:

Art. 5.º, XXXIV, a - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas ... o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Art. 5.º, LXVIII - conceder-se-á “habeas-corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

Art. 5.º, LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificativa adequada;

§ 1º - Os Ministros de Estado poderão comparecer ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, ou a qualquer de suas Comissões, por sua iniciativa e mediante entendimentos com a Mesa respectiva, para expor assunto de relevância de seu Ministério.

§ 2º - As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informações a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no caput deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não-atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas.

No nível lingüístico do direito positivo (linguagem prescritiva) fala-se em poder do agente público (poder de editar leis, poder de prender, poder de julgar, poder de contratar, poder de demitir, poder de interditar, poder de deferir, poder de indeferir *etc.*).

As construções são equivocadas, como se percebe. O agente público não tem esses poderes. Tem, sim, deveres (dever de editar leis, dever de prender, dever de julgar, dever de contratar, dever de demitir, dever de

interditar, dever de deferir, dever de indeferir *etc.*). Todas elas são competências que devem ser exercidas no estrito cumprimento do interesse público. E, se é equivocada, então merece ser corrigida em metalinguagem doutrinária (linguagem descritiva).

8 Dever e poder na ciência do direito público

A Dogmática Jurídica é uma ciência que fala das normas. É uma linguagem que fala de outra linguagem: uma linguagem descritiva que explica uma linguagem prescritiva. Trata-se, por isso mesmo, de uma linguagem de sobre-nível, de uma metalinguagem.

Se na linguagem jurídico-positiva se admitem equívocos, porque, afinal de contas, os integrantes do Poder Legislativo não são bacharéis em Direito, na metalinguagem doutrinária eles não são admitidos. Se a lei prescreve que algo “pode” ser feito, mas uma interpretação sistemática e fático-axiológica leva à conclusão de que aquele algo “deve” ser feito, então a Ciência Jurídica tem por obrigação utilizar-se da construção correta.

Então, se no direito público positivo, normalmente, há a referência, demonstradamente equivocada, ao poder, deve a metalinguagem doutrinária substituí-la. Há as clássicas sugestões de Renato Alessi (poder-dever, porque não se trata apenas de um poder, mas de um dever) e de Celso Antônio Bandeira de Mello (dever-poder, porque a tônica está no dever, e não no poder, que é instrumental).

Mas, como vimos, a visão tradicional da Lógica Jurídica ensina que todo dever encerra um poder. É dizer: todo o dever pressupõe poderes instrumentais para possibilitar o seu cumprimento. Essa não é uma exclusividade do direito administrativo e, nem mesmo, do direito público. É algo inerente ao jurídico, ao deontico. A expressão é, no plano deontológico, e como visto, redundante, de acordo com o entendimento tradicional da Lógica Deontica — ou equivocado, de acordo com a concepção aqui introduzida. Bastaria a referência ao dever. Assim, a metalinguagem doutrinária bem pode, e deve, descrever da seguinte forma os dispositivos acima transcritos:

Art. 5.º, XXXIV, a - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas ... o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso **no cumprimento dos deveres públicos;**

Art. 5.º, LXVIII - conceder-se-á “habeas-corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso **no cumprimento dos deveres públicos;**

Art. 5.º, LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso **no cumprimento dos deveres públicos** for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, **deverão, sempre que o interesse público assim o exigir**, convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada;

§ 1º - Os Ministros de Estado **deverão, sempre que o interesse público assim o exigir**, comparecer ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, ou a qualquer de suas Comissões, por sua iniciativa e mediante entendimentos com a Mesa respectiva, para expor assunto de relevância de seu Ministério.

§ 2º - As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal **deverão, sempre que o interesse público assim o exigir**, encaminhar pedidos escritos de informações a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no caput deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não-atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas.

9 Pelo fim do poder na ciência do direito público

Já é hora de a doutrina de direito público abandonar, de uma vez por todas, a referência ao poder do agente público. O agente público tem *deveres*. Se tem, também, poderes para cumpri-lo, nenhuma novidade: todos os que têm deveres os têm. Nenhum apanágio privativo do direito público. Qualquer cidadão ao qual se imputam deveres deve ter, também e em decorrência deontológica, no plano jurídico-normativo, poderes para cumpri-los (no sentido da permissão unilateral que, como visto, nada mais é do que uma obrigação, um dever).

A utilização de expressões como “poder” e “autoridade” bem que deveriam, e devem, ser substituídas, ao menos no plano científico. Há “dever”. Há “competência”. Há “agente público com dever de exercício das competências normativamente atribuídas”, e não “autoridade”. Há “discricionariedade” e não “liberdade”.

“Poder” e “autoridade” são expressões que remetem ao Estado enquanto força, violência, dominação e autoridade, e ao cidadão enquanto súdito, dominado e submisso, próprias de tempos passados; aliás, devidamente ultrapassados. Sintetiza-o Romeu Felipe Bacellar Filho: “A expressão poder, estigmatizada durante o período ditatorial, hoje, melhor entendida como dever, nasce da lei, que nasce da vontade cidadã, por meio de seus representantes”.⁶¹

A & C. R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 26, p. 59-84, out./dez. 2006

Esse ensaio revela-se, também, um manifesto científico.

Referências

- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: RT, 1985.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2. ed. 6. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARBOSA, Claudia Maria. *Lógica & direito: linguagem jurídica sob diferentes paradigmas lógicos*. Curitiba: Juruá, 2005.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Eleições 2006: alguns critérios de escolha de candidatos. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 25 de julho de 2006.
- BLANCHET, Luiz Alberto. Discrecionalidade ou irrelevância jurídica? *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* n. 2, ABDConst: Curitiba, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da Democracia*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: UNB, 2002.
- BORGES, José Souto Maior. *Ciência feliz: sobre o mundo jurídico e outros mundos*. Recife: Fundação de Cultura Cidade do Recife, 1994.
- BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário: instituições de direito comunitário comparado: União Européia e MERCOSUL*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Prólogo: por que ler Kelsen, hoje. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Max Limonad, 1997.

⁶¹ Eleições 2006: alguns critérios de escolha de candidatos. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 25 de julho de 2006, p. 8.

- FOLLONI, André Parmo. *Teoria do ato administrativo*. Curitiba: Juruá, 2006.
- FOLLONI, André Parmo. *Tributação sobre o comércio exterior*. São Paulo: Dialética, 2005.
- FREITAS, Juares. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GALLO, Franco. Etica e giustizia nella nuova riforma tributaria italiana. In: TÔRRES, Heleno Taveira. *Teoria geral da obrigação tributária: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KALINOWSKI, Georges. *Logica de las normas y logica deontica: posibilidad y relaciones*. Trad. Roque Carrión Wam. Valencia: Universidad de Carabobo, 1978.
- KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. O princípio da moralidade no direito tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *O princípio da moralidade no direito tributário*. São Paulo: RT, 1998.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6. ed. São Paulo: RT, 2002.
- MELO, Ligia Maria Silva de. Segurança jurídica: fundamentos do Estado de Direito. *Raízes Jurídicas*, Curitiba, v. 1, n. 1, jul./dez. 2005.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa (Apres.). *Novo Código Tributário Alemão: com índices sistemático e analítico*. Tradução de Alfred J Schmid et al. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 1978.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- VIEIRA, José Roberto. E, afinal, a Constituição cria tributos! In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Teoria geral da obrigação tributária: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- VIEIRA, José Roberto. Legalidade tributária e medida provisória: mel e veneno. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004.
- VIEIRA, José Roberto. Legalidade tributária ou lei da selva: sonho ou pesadelo. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Porto Alegre, v. 37, 2002.
- VIEIRA, José Roberto. República e Democracia: óbvios ululantes e não ululantes. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Porto Alegre, v. 36, 2001.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2001.

VILANOVA, Lourival. Lógica jurídica. In: *Escritos jurídicos e filosóficos*. v. 2. São Paulo: Axis Mundi: IBET, 2003.

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

FOLLONI, André Parmo. Pelo fim do poder no direito público. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 26, p. 59-84, out./dez. 2006.

|