Segurança jurídica dos gestores públicos brasileiros nas decisões administrativas

Rogério Junqueira Homem de Campos

Mestre em Direito e Economia pela Universidade Gama Filho. Professor de Introdução ao Estudo do Direito da Faculdade Metodista Granbery. Professor de Prática Jurídica das Faculdades Doctum. Advogado. Procurador do Município de Juiz de Fora.

Resumo: A segurança jurídica é questão de interesse teórico e de efeitos práticos que permanece atual. O pensamento jurídico busca incessantemente a fórmula para que as pessoas possam prever qual será o resultado do julgamento de cada um de seus atos, para agir de acordo com esta previsão. Mas a falta de segurança jurídica permanece sendo sentida. No Brasil, os gestores públicos também são vítimas deste problema, vendo-se em situações juridicamente inseguras, em que não têm garantia de estarem seguindo corretamente as normas jurídicas envolvidas; situações por isto arriscadas, no sentido de ficarem sujeitos a sanções. Contudo, o pensamento jus-filosófico acompanha a evolução social. Nasceu da necessidade de controle social e sempre almejou satisfazer às necessidades dos homens tendo por foco o ideal de justiça, de cujos pressupostos faz parte a segurança jurídica. Assim, a busca pela segurança jurídica passou por momentos importantes e bem definidos. Chegou-se a pensar que repousaria na existência de lei para todos os casos. Superada esta visão, hoje a busca da segurança jurídica tem por foco a existência de método objetivo de raciocínio interpretativo, que visa permitir o máximo grau de segurança jurídica possível em cada caso. Com isto, tem-se a possibilidade de um certo controle ou de minimização de riscos. Os gestores públicos podem, na maior medida possível, prever o resultado do eventual julgamento de cada um de seus atos e de agir em conformidade com tal previsão, estando o direito, os advogados, os procuradores, aptos ao auxílio e à orientação.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Decisões. Gestores públicos. Proporcionalidade.

Sumário: **1** Introdução – **2** A segurança jurídica das decisões dos gestores públicos e a "lei" – **3** Principais problemas da segurança jurídica da "lei" – **4** A segurança jurídica das decisões dos gestores públicos e os princípios – **5** Problemas da segurança jurídica com os princípios – **6** A segurança jurídica das decisões dos gestores públicos e o procedimento – **7** Conclusões – Referências

1 Introdução

Ouviu-se do Prefeito de Juiz de Fora, MG, em discurso feito aos Procuradores Municipais em solenidade comemorativa ao Dia do Advogado, em onze de agosto de dois mil e dez, experimentar preocupações em razão da falta de segurança jurídica em algumas das decisões inerentes ao

cargo que ocupa. Contextualizou sua preocupação confessando incerteza quanto às futuras análises e conclusões sobre o acerto ou não de alguns de seus atos de gestão. Exemplificou com situações na área da saúde, em que qualquer decisão que for tomada sujeitará o gestor, seja quem for, a julgamento, com certa presunção de ter agido de forma errada (ante a visão geral nutrida em relação aos políticos e abastecida em grande parte pela imprensa sensacionalista e/ou politicamente tendenciosa), podendo gerar a ele, além de anos de incertezas (em razão da lentidão das decisões), de despesas e de preocupações com defesas processuais, em médio e longo prazo, até mesmo decisões que venham considerar suas posições gerenciais como lesivas ao erário público, com repercussão em seu patrimônio pessoal através de imposição de ressarcimento pecuniário ao ente público tido como prejudicado. Afirma ver-se diante de situações em que não se apresenta qualquer caminho decisório juridicamente seguro, que possa ser seguido sem a possibilidade de vir a ser processado e condenado.

A inquietação procede. O problema é juridicamente relevante. Pertence à Teoria Geral do Direito, tanto que desafia análise zetética do fenômeno jurídico, classificada por Tercio Sampaio Ferraz Júnior como zetética analítica aplicada.[1] Ou seja, não obstante a análise da questão tenha sede teórica, tanto investigativa quanto crítica, traz consigo, como se vê, inegáveis efeitos práticos, com grandes consequências na vida das pessoas, sejam servidores públicos ou não.

No diapasão, tem-se neste estudo, de natureza metodológica categórico-dedutiva, a expressão "segurança jurídica" como a possibilidade de as pessoas preverem o resultado do julgamento de cada um de seus atos, e de agirem cientes e em conformidade com tal previsão.[2] E isto se aplica também aos gestores públicos municipais, em relação a cada uma de suas decisões administrativas.

A questão da segurança jurídica é antiga na Teoria do Direito. Aparece, ao lado da busca pela rápida atenção às necessidades da sociedade, como um dos objetivos centrais e essenciais do Direito, aqui denominados postulados. Com efeito, tudo o que se pensou no Direito até hoje, tudo o que se pensa agora e tudo o que se pensará no futuro, teve, tem e terá por objetivo final atender a tais postulados, alcançar tais objetivos.

---

[1] FERRAZ JR. *Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão, dominação*, p. 21-22.

[2] "... certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as conseqüências jurídicas da própria conduta,..." (BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 113).

Assim, já é possível perceber que solução real e definitiva para a questão não há. Quem eventualmente se vanglorie de ter conseguido o caminho para atender totalmente à segurança jurídica, estará laborando em campo hipotético, divorciado da realidade, posto que, de fato, em alguma medida, a insegurança sempre existirá.

Mas a insegurança jurídica já foi maior. O desenrolar contemporâneo do pensamento jurídico trouxe correção de foco da segurança jurídica e traçou caminho para que esta seja alcançada na maior medida possível, situação que permite uma resposta ao Prefeito de Juiz de Fora e a qualquer outro gestor público que nutra inquietação semelhante, permitindo-lhes tomar decisões que estejam em máxima conformidade com o ordenamento jurídico e que, por conseguinte, mantenham minimizados os riscos e as inseguranças que suas inevitáveis decisões carregam consigo.

Por isto, visando clarear os contornos da segurança jurídica das decisões de gestão dos administradores públicos brasileiros, e para que estes tenham a maior segurança jurídica possível dentro da realidade jurídica e institucional brasileira atual, instiga fazer uma síntese, ainda que acanhada (o tema é inesgotável), do desenrolar do pensamento jurídico (Teoria do Direito) acerca do tema, assim como de seus efeitos no contexto enfocado do Direito Brasileiro.

2 A segurança jurídica das decisões dos gestores públicos e a "lei"

Na interminável busca por segurança jurídica, o pensamento jurídico pode conduzir ao entendimento de que, com foco no princípio da legalidade, os gestores públicos só podem fazer o que a lei expressamente obriga ou permite.[3]

Esta linha de raciocínio, embrionária no pensamento juspositivista tradicional ou legalista, pretende que as decisões gerenciais estejam totalmente respaldadas por leis (normas regras),[4] de maneira que os gestores tenham total tranquilidade de que seus atos, praticados em conformidade

[3] "O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita" (CARVALHO FILHO. *Manual de direito administrativo*, p. 16).

[4] "Do ponto de vista da vinculação ao texto constitucional, da segurança jurídica e da previsibilidade, um modelo puro de regras é, sem dúvida, a alternativa mais atraente. Os defensores do modelo puro de regras são aqueles que consideram que as normas de direito fundamental, por mais que sejam carentes de complementação, são sempre aplicáveis sem o recurso a ponderações e são, neste sentido, normas *livres de sopesamentos*" (ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 123).

com os mandamentos, não os sujeitarão à possibilidade de lhes serem aplicadas sanções.

Com efeito, a simples existência das leis e a obediência aos respectivos mandamentos apresentam-se suficientes para proporcionar a tão almejada segurança jurídica aos gestores públicos.[5]

Esta, em apertada síntese, é a visão sustentada pelo denominado *positivismo jurídico* tradicional ou clássico, que tem Hans Kelsen como sua figura central.

3 Principais problemas da segurança jurídica da "lei"

Parece nítido, contudo, que a visão positivista clássica, muito embora com bom grau de coerência, não é capaz de, no campo prático, efetivamente, em todas as situações fático-jurídicas, gerar a pretendida segurança jurídica. A narrada inquietação do Prefeito do Município de Juiz de Fora já aponta, em nível empírico, tal realidade.

De fato, há situações em que as leis (regras) não são suficientes para orientar com segurança as ações humanas. Há, inclusive, quem defenda que "há sempre uma margem, ora maior, ora menor, de apreciação no ato interpretativo-aplicativo, mesmo na ordem jurídica mais pormenorizada".[6] Este contexto, inevitavelmente, tem como corolário a insegurança jurídica.

Os próprios positivistas reconhecem que, não obstante existam situações em que a norma coincide com o texto legal, ou seja, o texto apresenta um único sentido a ser seguido, estando nele a norma jurídica (denominados por outros como casos fáceis, resolvidos com a aplicação das normas pelo método da subsunção), também existem hipóteses em que os textos legais são imprecisos, contendo mais de um sentido possível e não podendo, assim, expressar efetivamente uma norma jurídica.[7] São os também chamados

[5] "Os séculos XIX e XX foram particularmente pródigos na apresentação de teorias fundadas na previsibilidade necessária da aplicação da força como nota elementar da normatividade jurídica, ainda que nem sempre a base aduzida seja igual" (SGARBI. *Teoria do direito*: primeiras lições, p. 141).

[6] *In "*Hans Kelsen: ensaios introdutórios (2001-2005), v. 01", Adrian Sgarbi, p. 97.

[7] "... há algo na regra que nos vincula a fazer certas coisas e nos guia e justifica a fazê-las, mas isto é uma ilusão, ainda que se trate de uma ilusão útil. ... É só porque adotamos esta ficção que podemos falar solenemente do governo das leis, não dos homens." ... "Não restam dúvidas de que os tribunais proferem seus julgamentos de forma a dar a impressão de que as suas decisões são a consequência necessária de regras predeterminadas, cujo sentido é fixo e claro. Em casos muito simples, tal pode ser assim; mas na larga maioria dos casos que preocupam os tribunais, nem as leis, nem os precedentes em que as regras estão alegadamente contidas, admitem apenas um resultado. Nos casos mais importantes, há sempre uma escolha. O juiz tem de escolher entre sentidos alternativos a dar às palavras de uma lei ou entre interpretações conflitantes do que um precedente significa." ... "Para ser ainda mais incisivo, os cépticos recordam-nos que não só as regras são incertas, mas a interpretação delas pelo tribunal pode ser não só revestida de autoridade, como também definitiva. Tendo em conta tudo isso, não será a concepção do direito como essencialmente uma questão de regras um enorme exagero, se não mesmo um erro? Tais pensamentos levam-nos à negação paradoxal que já citamos: 'As leis são fontes de direito, não parte do próprio direito'" (HART, *O conceito de direito*, p. 16-17).

casos difíceis, situações de não direito[8] para os positivistas. A norma, em tais momentos, será, na verdade, um dos sentidos possíveis de se extrair do texto da lei.

E, para eles, positivistas jurídicos, este sentido, que será a norma jurídica, é o que for escolhido *a posteriori* em relação à pratica do ato pelo agente (quando da eventual análise de questão envolvendo o ato),[9] discricionariamente, em decisão não jurídica (política, com ares de legislativa), entre aquele rol dos sentidos possíveis do texto legal, pela autoridade juridicamente competente para tal escolha. Logo, em tais casos, a norma jurídica será o resultado desta escolha, chamada interpretação autêntica.[10]

É possível perceber, então, que a simples existência das leis e a obediência aos respectivos mandamentos já não são suficientes para proporcionar segurança jurídica aos gestores públicos. A imprecisão do texto legal os direciona para situações em que não conseguirão simplesmente cumprir as normas jurídicas e atender ao princípio da legalidade estrita. Ficarão à mercê da confirmação judicial ou administrativa (ex. Tribunal de Contas), *a posteriori*, de que cada uma de suas escolhas de gestão foi a que correspondeu à norma jurídica. No mesmo passo, estarão também sujeitos a decisões contrárias, no sentido de que certa ação gerencial não atendeu à norma jurídica e lesou o erário, submetendo o gestor a condenação reparatória.

Assim, sedimenta-se que a definição da norma jurídica pela autoridade competente, impõe, inevitavelmente, insegurança jurídica aos gestores públicos, confirmando a hipótese fática apresentada pelo Prefeito do Município de Juiz de Fora.

Vê-se, em razão disto, que o positivismo jurídico, em que pese almejar a solução do problema da segurança jurídica, não a alcança nos casos difíceis ou nos casos em que a norma jurídica não corresponde ao único sentido possível de um texto legal.

Um olhar mais profundo permite perceber que muitos são os casos em que o texto não corresponde à norma ou vice-versa.[11] A identificação

---

[8] "Nos casos difíceis, quando as regras jurídicas disponíveis são insuficientes, a alternativa oferecida pelos positivistas passa pela atribuição ao intérprete do poder discricionário para numa situação de não-direito construir uma norma aplicável ao caso concreto, momento no qual o juiz cria direito novo em face da legislação existente" (MAIA. Prefácio: O direito constitucional do limiar do século XXI: princípios jurídicos e pós-positivismo. *In*: MORAES. *Readequação constitucional do Estado Moderno*).

[9] Por via judicial ou administrativa, conforme a via prevista para a respectiva solução e conforme a autoridade competente para tanto.

[10] *In* "Hans Kelsen: ensaios introdutórios (2001-2005), v. 01", Adrian Sgarbi.

[11] Aparição cotidiana de casos duvidosos demonstra que em um modelo de regras, o juiz só pode estar ligado juridicamente por regras, tem então que decidir sem vinculação jurídica. "Com isto, se põe em destaque

dessas hipóteses, contudo, já se apresenta aos gestores públicos como um trilho inicial de raciocínio lógico, na medida em que confere certo nível de objetividade no vislumbre das situações de insegurança jurídica. A partir daí, pode-se buscar soluções para a insegurança jurídica.

Mais precisamente, existem situações de incertezas quanto à existência, ao sentido ou à aplicabilidade de cada texto legal, situações que corresponderão aos casos difíceis, sujeitos a interpretação, que afastam a segurança jurídica da lei.

Destacam-se neste rol de situações os casos não contemplados no ordenamento jurídico com regulação legal específica. São as denominadas lacunas[12] ou, por outros, lacunas de abertura.[13] Nestas situações, os gestores públicos não contam com textos jurídicos que regulem especificamente certas decisões, ficando a definição da norma jurídica afastada da lei e remetida ao intérprete, ou seja, o efetivo acerto jurídico ou não do ato de gestão só será objeto de definição quando da decisão posterior da autoridade competente. Não há, por óbvio, segurança jurídica.

Há ainda hipóteses contempladas em duplicidade pelo ordenamento jurídico, isto é, casos em que existe mais de um texto legal tratando de modo contrário ou contraditório de um mesmo assunto, ao mesmo tempo, para os mesmos destinatários e no mesmo lugar. São as denominadas antinomias jurídicas.[14] Existem critérios predefinidos para a solução de algumas antinomias, tornando-as meramente aparentes. Mas existem antinomias não solucionáveis por esses critérios, são as denominadas antinomias reais,[15] cujas soluções também não encontram certeza em texto legal, sendo remetidas ao intérprete.

Já Antônio Cavalcanti Maia (*in* "Prefácio: O direito constitucional do limiar do século XXI: princípios jurídicos e pós-positivismo". *In:* Guilherme Pena de Moraes, *Readequação constitucional do Estado Moderno*), citando Manuel Atienza (apoiado em Neil MacCormick), lista quatro possíveis tipos de problemas jurídicos que ensejam casos difíceis:

---

o primeiro inconveniente do modelo de regras: exceto no caso de uma legislação ótima e de um perfeito manejo das regras e formas de interpretação jurídica, não pode garantir nenhuma determinação e segurança permanentes do direito. A determinação e a segurança jurídica são, neste modelo, um assunto de tudo ou nada. Ou o julgador está estritamente vinculado ou absolutamente não está. Mas os modelos de regras puros apresentam lacunas" (ALEXY. *El concepto y la validez de derecho*, p. 166, tradução própria).

[12] BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 115.

[13] ALEXY. *El concepto y la validez de derecho*, p. 166.

[14] "Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, ... nem a justiça..." (BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 113).

[15] BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 92.

> Em primeiro lugar, *problemas de relevância*, quando nos deparamos com dúvidas acerca de qual norma aplicar ao caso; segundo, *problemas de interpretação*, oriundos do fato de que surgem dúvidas de como entender uma norma (ou normas) aplicável ao caso; em terceiro lugar, *problemas de prova*, quando há um questionamento acerca da ocorrência ou não de um determinado fato; por fim, *problemas de qualificação*, que se verificam quando um dado fato não discutido ingressa ou não no espectro de aplicação de um conceito contido na hipótese de incidência ou conseqüência jurídica da norma.

Em todos esses contextos, então, o texto legal é incapaz de definir qual seja a norma jurídica e, portanto, a legalidade estrita é incapaz de gerar segurança jurídica aos gestores públicos, na medida em que, como a norma jurídica só será definida no instante da interpretação para o eventual "julgamento", não lhes é oportunizada a previsão precisa de qual seja a norma jurídica cujo mandamento devem obedecer para agirem com acerto jurídico.

4 A segurança jurídica das decisões dos gestores públicos e os princípios

A mera existência de lei não gerou de fato a segurança jurídica teoricamente pretendida. E, além disto, ficou sem atenção também ao outro objetivo do direito, qual seja, a necessidade de atenção às necessidades da sociedade. A inexistência de leis precisas para todas as situações, ao lado do envelhecimento do material normativo frente à célere evolução da sociedade, fez com que a malha de normas jurídicas, além de incompleta e imprecisa, ficasse obsoleta e injusta, sem atender às necessidades decorrentes de tal evolução. Houve inversão de papéis. As normas jurídicas já não atendiam à sua finalidade de servir à sociedade, ao contrário, exigiam que as pessoas as obedecessem (seguissem) cegamente, ou seja, exigiam que as pessoas as servissem.

Diante do problema, entre outros, o pensamento jurídico precisou mudar de foco. O pensamento positivista passou a ter uma correção de rumo com o denominado pensamento pós-positivista.[16]

[16] "A utilização do termo 'pós-positivista' para designar a configuração contemporânea do pensamento jurídico implica, necessariamente, uma ruptura com a forma básica de compreensão do direito, hegemônica ao logo de boa parte do século XX, conhecida como positivismo jurídico" (MAIA. Prefácio: O direito constitucional do limiar do século XXI: princípios jurídicos e pós-positivismo. *In*: MORAES. *Readequação constitucional do Estado Moderno*).

A busca pela rápida atenção às necessidades da sociedade trouxe para dentro dos ordenamentos jurídicos a figura dos princípios jurídicos,[17] [18] utilizáveis tanto na fase pré-legislativa quanto na fase de aplicação das normas. Com eles, aquelas situações de incertezas (casos difíceis),[19] tidas até então como situações de não direito, passaram a contar com soluções jurídicas.[20]

A partir daí, as autoridades juridicamente constituídas, no momento da escolha da opção a ser tida como norma jurídica, deixaram de poder agir com total discricionariedade. A insuficiente legalidade dá lugar à juridicidade. Sua escolha, dantes política, passou a ser jurídica, posto que fundada em princípios jurídicos, elementos pertencentes ao ordenamento jurídico.[21] Logo, sua escolha passou a ter limites jurídicos, passou a ter que ser justificada, fundamentada, argumentada, com fulcro em princípios jurídicos; e a norma jurídica passou a vir desta ponderação.[22]

Para Canaris, é através do emprego da dialética de cunho valorativo, criativo e evolutivo na interpretação (e não da subsunção) que o problema busca seu próprio sistema, aperfeiçoando o antigo existente.[23]

Decorreu disto que as necessidades da sociedade passaram a ser de alguma forma atendidas rapidamente pelo direito, eis que não eram mais necessárias novas leis para que o direito regulasse até mesmo os mais

---

[17] Para Canaris, princípios estão próximos aos valores, mas se distinguem destes porque fazem parte da ordem jurídica positiva. Princípios são elementos do sistema positivo, enquanto os valores não. Mas ele ressalta que os princípios não são normas (e aí diverge do entendimento de Robert Alexy), mas apenas apontam para a norma (CANARIS. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*).

[18] "Como desdobramento de suas novas funções na era pós-positivista, os princípios assumem um lugar de proa no deslinde dos casos difíceis. Segundo Dworkin, nos *hard cases* os juízes devem estabelecer suas decisões com base nos princípios. Normalmente, estes casos destoam dos demais em razão do elevado grau de incerteza quanto ao seu desenlace conclusivo, seja porque se constata a ausência de uma norma preexistente no ordenamento jurídico que regule aquela situação ou porque, acaso existente, pode parecer inadequada para produzir um resultado satisfatório" (MAIA. Prefácio: O direito constitucional do limiar do século XXI: princípios jurídicos e pós-positivismo. *In*: MORAES. *Readequação constitucional do Estado Moderno*).

[19] Dworkin limita o uso dos princípios aos casos de textura aberta ou de lacuna da lei, em que haveria discricionariedade do julgador (DWORKIN. *Los derechos en serio*, p. 146).

[20] "De uma parte, uma teoria dos princípios com uma ordem fraca permite estruturar racionalmente em boa medida a decisão jurídica no âmbito das lacunas de abertura do sistema jurídico. Esta já é razão suficiente para incorporar os princípios no sistema jurídico" (ALEXY. *El concepto y la validez de derecho*, p. 172, tradução própria).

[21] "Todavia, de acordo com Dworkin, toda e qualquer controvérsia — inclusive os casos difíceis — pode ser resolvida com base no direito existente, desde claro que esteja composto por princípios e regras" (MAIA. Prefácio: O direito constitucional do limiar do século XXI: princípios jurídicos e pós-positivismo. *In*: MORAES. *Readequação constitucional do Estado Moderno*).

[22] Para Larenz, os princípios de direito justo, definidos como pensamentos diretores e causas de justificação, estão situados entre uma ideia de direito (algo devido, que busca justiça e paz social) e as regras ou conceitos de direito positivo. Exige ele da solução jurídica uma razoabilidade de fundamento, a partir da qual se verifica inclinação pela valoração da conduta ética e, em consequência, o compromisso das decisões jurídicas com o "justo" (*Derecho justo*: fundamentos e ética jurídica).

[23] CANARIS. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*.

novos problemas da sociedade. Neste sentido, então, já houve avanço, ou seja, a adoção dos princípios jurídicos permitiu ao direito aproximar-se de alcançar um de seus mencionados postulados essenciais: a rápida atenção às necessidades da sociedade.

5 Problemas da segurança jurídica com os princípios

O mesmo não aconteceu, contudo, com o outro postulado: a segurança jurídica.[24]

Os gestores públicos, nos casos difíceis, continuaram sem conseguir agir conforme uma previsão de qual norma jurídica viria a ser considerada como aquela a ser seguida.

Isto porque a utilização dos princípios não foi e nem pode ser engessada por regras legais, sob pena de transformarem-se princípios em leis tais quais as defendidas pelos positivistas, com os mesmos problemas já narrados.

Além disso, a mera utilização de princípios conduz inevitavelmente a indesejável subjetivismo, ou seja, cada autoridade utilizaria os princípios jurídicos de uma forma, com grande contribuição de convicções pessoais não jurídicas,[25] gerando, ainda, a impossibilidade de previsão de qual seria a forma da escolha e, assim, de qual seria a escolha. Cada autoridade poderá utilizar os princípios da maneira que melhor lhe aprouver, decidindo, então, ainda que de forma justificada e fundamentada, da maneira que entender melhor.[26] E a isto ficam submetidos inclusive os gestores públicos. A solução jurídica de cada caso difícil permanece, portanto, indeterminada até que efetivamente ocorra, pelas mãos da autoridade competente. É o que Alexy denomina "lacuna de indeterminação".[27] Ou seja, permanece não atendida a segurança jurídica.

---

[24] "Um sistema de princípios puro devido à sua indeterminação e debilidade, contrariaria exigências irrenunciáveis de segurança jurídica" (*in* "El Concepto Y La Validez del Derecho", Robert Alexy, p. 168, tradução própria).

[25] Robert Alexy apresenta como um dos problemas da mera utilização de princípios a denominada a situação de os legisladores e os tribunais poderem tudo, desde que escorados em princípios (ALEXY. *El concepto y la validez de derecho*, p. 169).

[26] "Merece também que fique aqui consignado o alerta: o principal "obstáculo" posto no horizonte dessa nova configuração teórica e de sua implementação em nossa cultura jurídica reside no alargamento dos poderes dos juízes. Como este alargamento da discricionariedade judicial não se transformará em arbítrio? De que forma entender a tradicional estrutura da divisão dos poderes tendo agora como referência, dentro do paradigma neoconstitucionalista, Cortes Constitucionais que funcionam de fato como legisladores intersticiais? Estaremos condenados ao subjetivismo ou ao decisionismo judicial? Serão, como sugere Calsamiglia, os tribunais constitucionais os déspotas esclarecidos do século XXI?" (MAIA. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo).

[27] ALEXY. *El concepto y la validez de derecho*, p. 170.

6 A segurança jurídica das decisões dos gestores públicos e o procedimento

Neste contexto, o pensamento jurídico viu-se instigado a, mantendo a solução alcançada para a rápida atenção jurídica das necessidades da sociedade, buscar também satisfazer ao postulado da segurança jurídica.

Como o caminho de buscar a segurança jurídica na mera existência de leis já falhara, e como também já não fora suficiente para tal fim a inclusão de princípios no ordenamento jurídico, o pensamento jurídico pós-positivista desenvolveu-se[28] no sentido de perceber a necessidade de um método, critério ou procedimento a ser utilizado pelas autoridades juridicamente estabelecidas para fundamentarem e justificarem suas decisões,[29] quais sejam, as decisões nos casos difíceis.

Ronald Dworkin sustenta que a ponderação deva chamar-se razoabilidade, e deva ocorrer com critérios de validade e de utilidade.[30]

Robert Alexy trouxe o princípio da proporcionalidade[31] (ou postulado da proporcionalidade para Humberto Ávila),[32] juízo da razoabilidade, segundo o qual a autoridade ou o intérprete, após identificar todas as regras e princípios em questão, e após identificar o conteúdo de cada um, estabelecendo condições concretas de precedência, deve ponderar[33]/ sopesar tudo com critérios ou subprincípios fáticos e jurídicos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, buscando a melhor solução possível, através de um raciocínio racional e prático, que leve em conta objetivamente (através de tipos e métodos de interpretação e de

[28] "Ao sustentar que 'a teoria não só descreve, mas também forma parte do direito', Calsamiglia salienta que o pensamento jurídico tem a função de reduzir a incerteza do direito". (MAIA. Prefácio: O direito constitucional do limiar do século XXI: princípios jurídicos e pós-positivismo. *In*: MORAES. *Readequação constitucional do Estado Moderno*).

[29] ... "depois de eliminadas as lacunas de abertura, no nível das regras, restam as lacunas de indeterminação, no nível dos princípios. ... Nem os princípios e nem as regras regulam por si mesmo a sua aplicação. Se se pretende obter um modelo completo, há que se agregar aos elementos passivos um ativo, o procedimento de aplicação das regras e princípios. Em um sistema orientado pelo conceito de razão prática, este terceiro nível pode ser só de um procedimento que assegure a racionalidade": *modelo de regras, princípios e procedimento* (ALEXY. *El concepto y la validez de derecho*, p. 173, tradução própria).

[30] DWORKIN. *Los derechos en serio*.

[31] O princípio da proporcionalidade, "é derivado do Princípio do Estado de Direito e, por conseguinte, está configurado como princípio constitucional" (SANTOS. O princípio da proporcionalidade. *In*: PEIXINHO *et al*. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*, p. 365).

[32] ÁVILA. *Teoria dos princípios*, p. 94, 112.

[33] Citação de ALEXY: Princípios e ponderação são dois lados de um mesmo fenômeno... quem empreende ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre as quais se faz uma ponderação são dotadas da estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípio acaba chegando ao processo de ponderação (PEREIRA; SILVA. A estrutura normativa das normas constitucionais: notas sobre a distinção entre princípios e regras. *In*: PEIXINHO *et al*. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*, p. 3).

argumentação)[34] [35] todos os fatos e todos os elementos jurídicos disponíveis e pertinentes a cada caso. Assim, cada princípio jurídico é sempre aplicado na maior medida possível.

O princípio da proporcionalidade, nestes moldes, é hoje o método mais apto a permitir que se busque objetivamente a justificação e a fundamentação que conduza à melhor solução para cada situação.[36]

O que se busca, desta sorte, é objetivação de raciocínio principiológico que permita ao máximo a previsão de qual será o sentido possível do texto a ser escolhido como a norma. Se todas as autoridades justificarem e fundamentarem suas escolhas através desse método, poder-se-á prever, em bom grau, a conclusão de cada caso, e poder-se-á, então, agir em conformidade com tal previsão, conseguindo-se, na máxima medida possível, segurança jurídica.

Reconhece Alexy não ser este método o ideal para garantir a segurança jurídica total aos casos difíceis.[37] Reconhece que permanece um inafastável nível de imprevisibilidade dos resultados, natural ao direito. Mas afirma ser, dentro das condições reais, o mais perto que se pode chegar da segurança jurídica perfeita.[38]

---

[34] "Ninguém duvida que a prática do Direito consista, fundamentalmente, em argumentar, e todos costumamos convir em que a qualidade que melhor define o que se entende por um 'bom jurista' talvez seja a sua capacidade de construir argumentos e maneja-los com habilidade". Na produção legislativa, na aplicação legislativa e na dogmática jurídica (ATIENZA. *As razões do direito*, p. 17).

[35] Citando Tercio Ferraz Júnior: argumentação opõe-se a demonstração. Em consequência, no plano do raciocínio demonstrativo, toda prova seria redução à evidência, sendo que o evidente não teria necessidade de prova. Em contraposição, a teoria da argumentação desenvolveu-se a partir da ideia de que nem toda prova requer técnicas capazes de provocar ou acrescer a adesão dos espíritos às teses que se apresentam ao seu descortínio. A demonstração, neste sentido, liga-se aos raciocínios lógico-formais, como os matemáticos, enquanto a argumentação, não pressupondo a construção de sistemas axiomatizáveis, como seus axiomas e regras de transformação, refere-se antes aos raciocínios persuasivos, cuja validade é restrita a auditórios particulares, não pretendendo adquirir a universalidade da demonstração (MAIA, A. C.; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias et al. (Org.). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 63-64).

[36] "A proposta de Alexy é justamente a de completar a teoria de Dworkin formulando uma teoria procedimental para a obtenção da resposta correta, substitutiva da idéia de Hércules. No entanto, na obra de Alexy, a noção de única resposta correta possui apenas uma função regulativa. Quando os participantes do processo argumentativo fundamentam as suas afirmações, pressupõem que sua proposta seja a única correta. Obtém-se, então, ao menos uma correção relativa e não mera persuasão do auditório" (MAIA; SOUZA NETO. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. *In*: PEIXINHO *et al*. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*, p. 89-90).

[37] Os quatro postulados de racionalidade prática, na realidade, só podem ser atendidos aproximadamente. "Isto exclui a criação de uma certeza absoluta em todos os casos"... "sua realização suficiente não garante nenhum acerto absoluto, mas só relativo" (ALEXY, Robert. *El concepto y la validez de derecho*, p. 176, tradução própria).

[38] "Em especial nos casos difíceis, o trabalho doutrinário procura lançar pontes entre a teoria e a prática, municiando os operadores do direito com instrumentos capazes de conduzi-los a respostas pertinentes para os problemas jurídicos, bem fundadas e ao mesmo tempo verificáveis e, na medida do possível, objetivamente controláveis. E essa controlabilidade é garantida pela argumentação jurídica, daí o papel crucial das teorias-padrão da argumentação jurídica de Alexy e MacCormick, nessa nova configuração teórica" (MAIA. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo).

Por isto é possível afirmar que a segurança jurídica deixou de estar na simples existência de lei, passando a residir na existência e na adoção uniforme de método objetivo de interpretação jurídica.

Percebe-se, também, que o método da proporcionalidade talvez não seja perfeito, bem como que a inquietação do pensamento jurídico tende a conduzir ao surgimento de novas vias de raciocínio capazes de proporcionar aproximação ainda maior da segurança jurídica ideal. Mas, nos rumos atuais, vislumbra-se que este papel é melhor desempenhado pela proporcionalidade.

Com esta razão, o que se tem hoje acerca da segurança jurídica nos casos difíceis para os gestores públicos, é que devem eles se antecipar e raciocinar proporcionalmente, no sentido metodológico da expressão, antes de tomar cada decisão de gestão. Assim agindo poderão ter as maiores condições possíveis de prever qual será, na eventualidade da apreciação pela autoridade competente, a definição da norma jurídica que regula cada hipótese; e poderá agir em conformidade com esta previsão, controlando e diminuindo seus riscos jurídicos.

7 Conclusões

Visto isto, ratifica-se que o problema da segurança jurídica sempre existiu e sempre açoitou os gestores públicos responsáveis e legitimamente preocupados, diante da necessidade de tomarem decisões administrativas não amparadas por critérios previstos em textos legais induvidosos.

Confirma-se que este postulado do pensamento jurídico já foi mais mal resolvido e que o entendimento reinante sobre o tema permite um bom grau de atenção à segurança jurídica, ou melhor, o máximo grau de atenção possível.

Afirma-se, então, que não há de fato segurança jurídica total, ao menos por enquanto, e por isto permanece legítima e atual a angústia do Prefeito do Município de Juiz de Fora. Lado outro, afirma-se que já há evolução e relevante amadurecimento do pensamento jurídico sobre a matéria, de modo que já se consegue, em cada caso, desenvolver um exercício de raciocínio que garanta a maior segurança jurídica possível.

Já tem a seu favor, nesta toada, os gestores públicos, a possibilidade de desenvolver não só análises pessoais, como também de buscar assessoramento jurídico preventivo e orientativo caso a caso, sempre à luz da proporcionalidade, que mantenham minimizados os riscos e as inseguranças inerentes a algumas de suas inevitáveis decisões.

Em se tratando de decisões de gestores públicos, tais análises e orientações deverão naturalmente levar em conta a moldura de institutos e elementos de Direito Administrativo, como os requisitos de validade e os elementos dos atos administrativos: competência, finalidade, forma, motivo ou causa (e motivação) e objeto.

Abstract: Juridical certainty is a matter of current theoretical interest and of practical effects. The legal thought is incessantly searching for a formula to allow people to predict the result of their every single act so as to act accordingly to this prediction. In Brazil, public administrators have also been victims of this problem and find themselves in uncertain legal situations when there is no guarantee that the legal norms involved are being followed, which is risky since they would be subject to sanctions. However, the legal philosophy thought follows society's evolution. It arouse from the need to have social control and has always being aimed to satisfy the needs of man, but having its focus on the ideal of justice, whose presuppositions encompass juridical certainty. Thus, the search for juridical certainty has gone through important and well defined moments. At one time it was thought juridical certainty would lie in the existence of a law for all cases. With this view being overcome, today the search for juridical certainty focuses on the existence of an objective method of interpretative thought which aims to allow the maximum possible degree of juridical certainty in each case. Thus, there is the possibility of a certain control or of risk minimization. Public managers may, whenever possible, predict the result of the occasional judgment of each of their acts and of acting in accordance with that prediction, being the legal profession, the lawyers, and the prosecutors able to help and guide.

Key words: Juridical certeinty. Decisions. Public administrators. Proportionality.

Referências

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. *RDA*, 217, 67. Palestra.

ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro. Palestra 10 dez. 98.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez de derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo: Landy, 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Ed. UnB, 1999.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*: uma contribuição ao estudo do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1997.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. *Monografia no curso de direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LARENZ, Karl. *Derecho justo*: fundamentos e ética jurídica. Madrid: Civitas, 1993.

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

MAIA, A. C. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Originalmente publicado na *Revista de Direito do Estado*, v. 5, 2007. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=905>.

MAIA, A. C. Prefácio: O direito constitucional do limiar do século XXI: princípios jurídicos e pós-positivismo. *In*: MORAES, Guilherme Pena de. *Readequação constitucional do Estado Moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MAIA, A. C.; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias *et al*. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PEIXINHO, Manoel Messias *et al*. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. A estrutura normativa das normas constitucionais: notas sobre a distinção entre princípios e regras. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias *et al*. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANTOS, Daniela Saraiva Lacerda. O princípio da proporcionalidade. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias *et al*. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen*: ensaios introdutórios (2001-2005). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.

SGARBI, Adrian. *Teoria do direito*: primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

CAMPOS, Rogério Junqueira Homem de. Segurança jurídica dos gestores públicos brasileiros nas decisões administrativas. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 137-151, jan./dez. 2011.