

" "

A INTER-RELAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS JURÍDICOS, LEGITIMIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS: reflexões a partir da visão de Robert Alexy*

Maria da Graça Mello Ferracioli **
Maria Fernanda Gulgemin Girardi ***

Sumário

1. Introdução; 2. Desenvolvimento; 2.1 Regras e Princípios; 2.2 Critérios Tradicionais para a Distinção entre Regras e Princípios; 2.3 Os Princípios como Mandato de Otimização; 2.4 Colisão de Princípios e conflitos de Regras; 2.5 O conceito de ponderação; 2.6 Legitimidade; 3. Conclusão; Referências.

Resumo

O artigo científico aqui apresentado debruça-se sobre os direitos fundamentais e o princípio da legitimidade em suas inter-relações, segundo o postulado de Robert Alexy. Constitui objetivo do estudo propor algumas reflexões sobre os princípios e sua importância para a efetiva implementação dos direitos fundamentais, concebendo-os como fundamento de legitimidade e

** Mestre em Instituições Político-Jurídicas/UFSC e Doutoranda do CPCJ/UNIVALI. Professora do Curso de Direito da UNIVALI. Membro da Seção Pedagógica do CEJURPS/UNIVALI. E-mail: gracaFerracioli@univali.br

*** Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI e Doutoranda do CPCJ/UNIVALI. Professora do Curso de Direito da UNIVALI. E-mail: mfernanda@univali.br

justificativa máxima para sujeição do homem ao aparato político-jurídico estatal. Com relação à metodologia, utilizou-se o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas do referente, das categorias básicas e dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica. A eficácia social, por parte do Estado, é uma das exigências da sociedade hodierna. Assim, para que o bom desempenho das funções estatais venha a se tornar realidade, é imprescindível a existência de uma via normativa forte (que é a do Direito Positivo), hábil a congregar e combinar princípios, direitos fundamentais e legitimidade, viabilizando níveis maiores de eficácia da ação de um Estado que se intitula Democrático de Direito.

Palavras-Chave

Princípios; Legitimidade e Direitos Fundamentais.

Abstract

This article deals with the issue of fundamental rights and the principle of legitimacy in its interrelations, as postulated by Robert Alexy. The objective is to propose some reflections on the principles, and their importance for the effective implementation of fundamental rights, conceived as the basis of legitimacy and the maximum justification for the subjection of man to the political and legal apparatus of the state. In relation to the methodology, this work uses the inductive method, operationalized by the techniques of referent, basic categories and operational concepts, and bibliographic research. The social effectiveness of the State is one of the requirements of modern society. Thus, if the functions of the state are to perform well, the existence of a strong regulatory foundation is essential (that of Positive Law) which is capable of gathering and combining principles, fundamental rights and legitimacy, enabling a higher degree of effectiveness of the actions of a State which calls itself a Legal Democracy.

Key Words

Principles; Legitimacy and Fundamental Rights

1. Introdução

No mundo contemporâneo, os valores que passaram a nortear a conduta do aparelho político-jurídico estatal estão, inevitavelmente, relacionados aos fundamentos principiológicos.

A idéia dos princípios fundamentais como base de toda a ação estatal é definitiva naquele que se denominou Estado Constitucional de Direito¹, não havendo, pois, a possibilidade em se falar de Direito², sem que haja referência aos direitos fundamentais.

Tal realidade se deve, principalmente, ao fato de que há a necessidade de que o exercício do Poder Político³ seja justificado por critérios de legitimidade, no qual a aceitação deste poder se vincule à idéia da ação estatal voltada para o interesse de toda a coletividade ou, dito de outra forma, ao bem comum.

Chegar a este estágio, cuja referência aos direitos fundamentais torna-se condição sine qua nom para a ação do Estado, e relacioná-lo diretamente à legitimidade, é consequência de uma reflexão que tem acompanhado a evolução das teorias política e jurídicas no decorrer da própria história da civilização, onde o homem, na busca de sua essência - a felicidade - volta-se para a convivência comum, submetendo-se a uma Autoridade⁴, tendo nela a referência para suas ações e limitações, seus direitos e deveres, enfim, a garantia das suas liberdades.

Torna-se, assim, relevante compreender tanto o instituto da legitimidade⁵, quanto o papel dos princípios do direito⁶ na consolidação desta legitimidade, para que, efetivamente, se encontrem respostas adequadas à aceitação da Autoridade estatal e à submissão do homem a ela.

Neste sentido, o presente estudo objetiva, partindo da obra de Alexy⁷, propor algumas reflexões sobre os princípios e sua importância para a efetiva implementação dos direitos fundamentais, trazendo-os como fundamento de legitimidade para a ação do Estado e, conseqüentemente, como a justificativa máxima para sujeição do homem ao aparato político-jurídico estatal.

Na elaboração deste artigo foi utilizado o Método Indutivo, operacionalizado pelas Técnicas do Referente⁸, da Categoria⁹, do Conceito Operacional¹⁰ e da Pesquisa Bibliográfica.

2. Desenvolvimento

2.1 Regras e Princípios

A preocupação em encontrar uma justificativa para o monopólio da força estatal fez com que se buscassem instrumentos que pudessem prover o Estado de mecanismos aptos a fundamentar sua ação, razão pelo qual se faz pertinente a compreensão do que efetivamente significa princípios.

Existe uma possibilidade muito grande de distinções teórico-estruturais para considerar a norma em sua estrutura.

Para a teoria dos direitos fundamentais, uma das mais importante é a distinção entre regras e princípios¹¹, sendo esta a base da fundamentação constitucional e a chave para os problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais (ALEXY, 2002).

Sem esta distinção não pode existir uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão e, tão pouco, uma teoria suficiente acerca do papel que ocupam os direitos fundamentais no sistema jurídico. É, pois, um elemento básico não só da dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, senão, também, dos direitos de proteção, organização, procedimento e prestações em sentido estrito (ALEXY, 2002).

Portanto, há a necessidade de uma distinção precisa entre regras e princípios e sua utilização sistemática.

2.2 Critérios tradicionais para a distinção entre regras e princípios

Existe uma significativa variedade de critérios para que se possa realizar a distinção entre regras e princípios, sendo que uma delimitação definitiva incorre no risco de minimizar as dificuldades teóricas de se trabalhar esta questão. Isto porque, além de alguns critérios que a princípio se mostram simples de serem assimilados, a distinção entre regras e princípios adentra para o campo dos valores, tornando-se, a partir daí, tarefa extremamente árdua elaborar esta distinção, uma vez que definir, caracterizar, valorar valores envolve critérios obscuros e terminologia na maioria das vezes vacilante.

Em geral, não se contrapõe regra e princípio¹², senão norma e princípio ou norma e máxima, de forma que as regras e os

princípios serão resumidos sob o conceito de norma. Tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem respeito ao que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda de expressões deônticas básicas do mandado: a permissão ou a proibição.

Os princípios, igualmente as regras, são razões para juízos concretos do dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente, sendo, pois, a distinção entre regras e princípios uma distinção entre dois tipos de normas.

Como observado, são numerosos os critérios propostos para a distinção entre princípios e regras, sendo que o da generalidade¹³ é o mais freqüentemente utilizado. Segundo este critério, os princípios são normas com um grau de generalidade relativamente alto, e as regras normas com nível relativamente baixo de generalidade.

Para Alexy (2002, p. 85), um exemplo de norma com nível relativamente alto de generalidade é aquela norma que diz que “cada um goza de liberdade religiosa”. Em troca, uma norma segundo a qual “todo preso tem direito a converter outros presos”, tem um grau relativamente baixo de generalidade.

Também, as regras e os princípios são diferenciados segundo sejam fundamentos de regras ou regras em si mesmas, ou segundo se trate de normas de argumentação ou de comportamento.

A partir deste tipo de critério, são possíveis três teses totalmente diferentes sobre a distinção entre regras e princípios:

A primeira tese reza que todo intento de dividir as normas em duas classes, a de regras e a de princípios é vã devido a pluralidade realmente existente; a segunda tese é sustentada por aqueles que consideram que as normas jurídicas podem dividir-se de uma maneira relevante na classe de regras e na classe de princípios, porém, assinala-se que esta é uma distinção só de grau (partidários desta tese são os autores que pensam que o grau de generalidade é o critério decisivo); e a terceira tese, por sua vez, afirma que as normas podem dividir-se em regras e princípios e que entre regras e princípios existe não só uma diferença gradual, senão, também, qualitativa.

2.3 Os princípios como Mandato de Otimização ● ● ● ● ● ● ● ● ● ●

Apesar de apresentar as teses acima como formas de se fazer a diferenciação entre as regras e princípios, Alexy afirma que o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Desta maneira, os princípios são mandatos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida do seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, senão, também, das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.

Por sua vez, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há que se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos.

Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e no do juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau, de forma a concluir-se, assim, que toda norma é ou uma regra ou um princípio.

2.4 Colisão de Princípios e conflitos de regras ● ● ● ● ● ● ● ● ● ●

Uma outra maneira de observar a distinção entre regras e princípios apresenta-se nas colisões de princípios e nos conflitos de regras.

Esclarecendo esta questão, Alexy, (2002, p. 88) afirma que um conflito de regras só pode ser solucionado ou bem introduzindo em uma das regras uma cláusula de exceção que elimina o conflito ou declarando inválida, pelo menos, uma das regras. Como exemplo de introdução de uma regra de exceção, tem-se que a proibição de deixar a sala somente quando o sino tocar, seja abandonada no caso da ocorrência de um incêndio.

Se uma solução deste tipo não é possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isto, eliminada do ordenamento jurídico. Qual das duas normas terá que ser declarada inválida é problema que pode ser solucionado através de regras tais como “lei posterior derroga lei anterior” ou “lei especial derroga lei geral”, porém, também é possível proceder de acordo

um controle racional. Como os valores e princípios não regulam por si mesmos, sua aplicação, a ponderação, cairia sujeita ao arbítrio de quem a realiza. Portanto, ali onde começaria a ponderação, cessaria o controle através das normas e do método e se abriria campo para o subjetivismo e decisionismos judiciais. Todavia, estas objeções só valem na medida em que com elas infira-se que a ponderação não é um procedimento que, em cada caso, conduza exatamente a um resultado. Porém, não vale na medida em que a elas se infira que a ponderação não é um processo racional ou irracional.

Assim, uma ponderação é racional se o enunciado de preferência a que conduz pode ser fundamentado racionalmente. Desta maneira, o problema da racionalidade da ponderação conduz à questão da possibilidade da fundamentação racional dos enunciados que estabelecem preferências condicionadas entre valores e princípios opostos. Desta forma, a lei de ponderação diz no que consiste a relação entre princípios opostos e coloca claramente que o peso dos princípios não é determinante em si mesmo e que, nestes casos, se poderá falar tão somente de pesos relativos.

Por sua vez, a lei de colisão mostra que as ponderações conduzem a dogmáticas diferenciadas dos distintos direitos fundamentais: em caso de colisão, há que estabelecer uma relação de preferência condicionada. A ela corresponde uma regra de um relativo grau de concretude.

Assim, para Alexy, através das ponderações da jurisprudência e das propostas de ponderações da ciência dos direitos fundamentais a que se tem prestado consentimento, surge, com o transcurso do tempo, uma rede de regras concretas adscritas às distintas disposições de direito fundamental e que representam uma base importante e um objeto central da dogmática, de forma que o modelo de ponderação, baseado na teoria dos princípios, pode dar uma resposta adequada ao vincular a estrutura formal da ponderação com a teoria da argumentação jurídica, que inclui uma teoria da argumentação prática geral.

Esta prática, fatalmente, contribui em muito para, nas lides do cotidiano, tornar os direitos fundamentais uma realidade, uma vez que, tendo como sustentáculo da legitimidade os princípios fundamentais, se poderia, efetivamente, condicionar a ação do Estado, aquelas que tivessem como destino os reais interesses da sociedade.

Portanto, se tem como fonte de ponderação o valor (este aplicado no sentido de atender ao princípio da proporcionalidade) o cumprimento dos princípios seria uma condição *sine qua nom* para as prerrogativas estatais, condicionando a ação dele. A isto corresponderia o processo de legitimação que, na percepção de Habermas, está estritamente ligado ao conceito de poder político. Isto porque “esse meio de poder estatal se constitui em formas de Direito, e ordenamentos políticos nutrem-se do pleito de legitimidade jurídica. É que o Direito não somente exige aceitação; não apenas solicita dos seus endereçados reconhecimento de fato mas, também, pleiteia merecer reconhecimento (HABERMAS, 2003, p. 31).

Neste sentido, e levando-se em conta o enfoque este trabalho, chega-se então a idéia dos princípios fundamentais, basicamente relacionados aos direitos humanos¹⁵, como fundamento de legitimação do Estado Constitucional Democrático.

2.6 Legitimidade¹⁶

O Estado como instituição jurídico-política funda-se na idéia do monopólio do uso da força, ou seja, apesar de existirem várias formas e fontes de poder, somente ele, o Estado, pode valer-se da força física, material, para impor condutas.

Nesta perspectiva, para Bobbio, o conceito de Estado fica reduzido ao de política e o conceito de política ao do poder, mais, particularmente, o de poder político, único capaz de baseado no uso da força física, obrigar os indivíduos a fazerem ou deixarem de fazer alguma coisa.

Tal prerrogativa foi alcançada no decorrer da história, a partir da percepção, pelos homens, da necessidade de organização política da sociedade, onde, no cotidiano da convivência social, determinados comportamentos deveriam ser obrigatórios e outros reprimidos, a fim de atingir objetivos, tais como, assegurar direitos, evitar conflitos, garantir e manter a paz social.

Entretanto, delimitar o âmbito do exercício do Poder Político, diferenciá-lo das demais formas de poder existentes, e justificá-lo perante a sociedade, tem sido uma tarefa não muito fácil para os teóricos da política, que tentam, através dos tempos, justificar sua existência e sua exclusividade pelo Estado.

Surge, assim, o que Bobbio trabalha como o problema da justificação do poder, ou fundamento do poder, ou seja, a busca

por uma resposta que diga em que situação e por que razão o homem deve se curvar a determinada ordem dada pelo Estado, a ponto de se submeter inclusive ao uso da força física.

A esta pergunta, os teóricos da política buscaram respostas, estando estas ligadas à idéia de legitimidade¹⁷, isto é, o homem deve se submeter ao Poder Político quando este for considerado legítimo. Para Leal (1997, p. 122), o adjetivo *legitimus* significa um mandato ou uma legislatura, cujo núcleo justificador tem como pressupostos os princípios de justiça que transcende a arbitrariedade e as vontades populares, o que equivale dizer que aquela se relaciona com o interesse e bem comum.

Mas, efetivamente, qual o critério correto para dizer se determinada ação praticada pelo Estado é ou não legítima?

Vários foram os critérios¹⁸ apresentados até hoje para justificar o exercício do poder, sendo importante ressaltar a fala de Santo Agostinho, quando este pergunta: “Sem a justiça, o que seriam de fato os reinos senão bandos de ladrões? E o que são bandos de ladrões senão pequenos reinos?” (BOBBIO, 1997, p. 88).

Emerge, então, questão crucial para a delimitação da Autoridade estatal, intimamente ligada às idéias de justiça¹⁹, de ética²⁰, o que, na visão de Bobbio, seria o mesmo que “um fundamento jurídico”, dando lugar à formulação de princípios de legitimidade, isto é, “vários modos com os quais se procurou dar, a quem detém o poder, uma razão para comandar, e a quem suporta o poder, uma razão para obedecer”(1997, p. 88).

Esclarece Bobbio (1997, p. 90), ainda, que o “debate sobre os critérios de legitimidade não tem apenas um valor doutrinal: ao problema da legitimidade está estreitamente ligado o problema da obrigação política, a base do princípio de que a obediência é devida apenas ao comando do poder legítimo” e é isto [...] “que torna legítimo o direito de resistência contra o poder injusto ou opressivo”.

Percebe-se, então, que para alcançar o consenso da sociedade em torno da possibilidade do uso da força, ou seja, do exercício do Poder Político, a ação do Estado deve estar fundada numa justificativa ética, o que nos dias atuais está relacionado ao “processo de positivação do direito”, devidamente construído a partir de certos “procedimentos, instituídos para produzir decisões vinculatórias, tais como as eleições, o procedimento legislativo e o procedimento judiciário”, todos eles envolvendo direta ou

indiretamente participação dos sujeitos, atores ativos ou passivos do processo. Ressalte-se, ainda, que todo este jogo alicerça-se num fundamento ético - a busca do bem comum (BOBBIO, 1997, p. 93).

Importante observar que apesar do toque de “representatividade” que permeia o jogo da justificação do poder consolidado a partir do surgimento do Estado Democrático de Direito, em tese, mesmo levando-se em conta os mecanismos colocados à disposição do cidadão com o intuito de controlar o exercício do poder político, nesta perspectiva, legitimidade passou a ser confundida com legalidade, uma vez que a justificação do poder político se encontra dentro do sistema normativo²¹, que nem sempre consegue dar repostas corretas e/ou suficiente às demandas sociais.

Isto ocorre, em razão das peculiares que envolvem o processo de produção normativa, onde a norma vinculatória das ações dos sujeitos a ser aplicada pelo Estado é criada a partir daquele elemento que Ferraz Jr. (2002, p. 163), chama de “caráter ideológico da própria calibração jurídica”, isto é, a justificação se dá a partir de elementos externos ao próprio sistema, tais como os fundamentos ideológicos, que irão direcionar a construção do Direito.

Assim, se o sistema normativo é carregado ou constituído de forte carga ideológica, a questão da legitimidade tomada como elemento justificativo para o exercício do poder político gera inúmeras controvérsias.

Ora, se ideologia é uma visão do mundo, fundada em determinados valores tidos como universais por determinada classe social, que a partir dela busca a defesa de seus interesses, como fica a justificação do poder – sua legitimidade – se esta se manifesta a partir de fundamentos ideológicos?

Ferraz Jr. (2002, p. 172), alerta para esta questão ao falar da condução a “conclusões pouco satisfatórias sobre a legitimidade tomada como um problema de justificação última do discurso normativo”, uma vez que todo o jogo decisório sobre as condições de elaboração e aplicação do sistema “exige critérios que não estão dentro do sistema, mas, de algum modo, for a dele”.

Esta questão é relevante para que se possa ter clareza sobre as regras de justificação do poder. Luhmann(1980) ao apresentar os procedimentos como elemento justificador para os fundamentos do poder, de alguma forma reduz a legitimidade a estes processos decisórios, sem que haja uma discussão mais clara sobre as condições de validade destes procedimentos.

Um que se poderia chamar a atenção, por exemplo, estaria ligado à regra da maioria: passa a ser válido o direito – e, em consequência, o poder político, que é fundado na regra (norma jurídica)²², decorrente do processo decisório que envolva a vontade da maioria do grupo social.

Entretanto, este critério da maioria também pode ser levado à discussão, uma vez que a construção desta maioria pode ser a resultante de inúmeros fatores, em especial, a construção do imaginário popular a partir de elementos ideológicos, que na atualidade são extremamente favorecidos pela disseminação dos meios de comunicação de massa.

Este é o tipo de questionamento feito por Arendt, quando este questiona o que significa exatamente a vontade da maioria nas sociedades contemporâneas senão apenas a tradução do interesse da classe dominante.

Assim, se a legitimidade tem como função dar uma justificativa ética ao exercício do poder, qual a segurança que o cidadão possui de que a norma²³, o direito, o sistema normativo colocado à sua disposição, não está contaminado por interesses completamente antagônicos aos seus.

Fatalmente há que se reconstituir toda a estrutura fundante do poder, e aí entram os princípios fundamentais que, decorrentes “da lenta evolução política e doutrinária, tornam-se sustentáculos da legitimação estatal, de forma que o Poder Político venha a ser exercido sempre no intuito de atender, efetivamente, às necessidades e demandas da sociedade em geral.

Esta relação se faz necessária, em razão de que, apesar dos procedimentos construídos pela teoria política no decorrer dos tempos, para fundamentar a ação do Estado, como, por exemplo, a participação popular via sufrágio universal, o perigo de práticas “tirânicas” (evocadas tanto por parte dos próprios agentes estatais quanto pela maioria da massa social), que venha a ofender ou desvirtuar a vontade maior da comunidade política, ainda é uma constante, sendo premente o condicionamento da Autoridade a valores ditos essenciais, que perpassam, necessariamente, pelos direitos humanos, alicerçados que estão nos princípios fundamentais.

É esta a essência da legitimidade. O ajustamento da conduta estatal a valores considerados fundamentais, amparados por

princípios jurídicos que, acima de tudo, buscam a garantia da dignidade da pessoa humana.

3. Conclusão

Desta forma, valorando valores, estabelecendo princípios fundamentais, assegurando direitos humanos, o aparelho jurídico estatal atinge, assim, a razão primeira de sua existência - a garantia da paz social.

Como observa Melo (2000, p. 772), pelos valores que congregam, “a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos [...] sendo em razão disso, o seu descumprimento [...] a mais grave forma de ilegalidade e inconstitucionalidade”, de forma que o Estado Constitucional de Direito perderia, em muito, sua própria essência, uma vez que esta se encontra condicionada à aquiescência da vontade da maioria do corpo social.

Importante destacar que esta relação entre princípios, direitos fundamentais/direitos humanos, legitimidade e ação estatal demanda uma reflexão no sentido de que a sociedade contemporânea está a exigir do Estado eficácia social, de forma que, as funções a ele atribuídas possam se tornar reais, mediante a necessária existência, conforme assinala Peces-Barba (1995) de uma via normativa forte que é a do Direito Positivo.

Isto porque, esta função não se pode exercer com conselhos, nem com boas intenções; é necessário colocar a serviço da Autoridade o sistema normativo apoiado no aparato coativo do Estado, para imediata ação do direito ante aqueles que não consideram entre seus objetivos o respeito aos direitos constituídos. A dimensão jurídica é, assim, elemento inseparável para a existência dos direitos e sua efetiva concretização.

Nesta perspectiva, dentro da dimensão jurídica, necessariamente se encontram os princípios fundamentais, que, por sua significância histórica, se transformam em alicerces sólidos dos direitos essenciais à plenitude da dignidade da pessoa humana. Somente eles, como resultado que são da valorização ética do homem, podem, legitimamente, direcionar a ação estatal, tornando o Estado Democrático de Direito, uma realidade a ser usufruída por todos.

Notas

* Artigo produzido a partir das atividades acadêmicas desenvolvidas no Seminário Complementar Fundamental “Razão e Direito”, ministrado pelo Prof. Doutor Moacyr Motta da Silva, no Programa de Doutorado em Ciência Jurídica, do CPCJ - UNIVALI, no segundo semestre de 2004.

- 1 Estado Constitucional de Direito é aquele “[...] em que a liberdade, os direitos são respeitados e estabelecidos em uma Constituição legítima”. (FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria Geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001. p. 89).
- 2 “Complexo de princípios e normas comprometidos com os valores sociais, que o Estado torna incondicionais e coercitivos para regular a convivência social”. (MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis: OAB/SC Ed., 2000. p. 30).
- 3 Segundo SUNDFELD (1997, p. 24) o Poder Político é o poder do Estado, que tem como peculiaridade “de um lado basear-se no uso da força física e, de outro, o reservar-se, com exclusividade, o uso dela”.
- 4 Diz-se daquele que detém o poder político, na organização estatal”. (MELO, Osvaldo Ferreira. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis : OAB/SC Ed., 2000).
- 5 Legitimidade [...] Nas ciências políticas e sociais toma sentido mais amplo para referir-se a tudo aquilo que resulte em benefício geral e tenha o respaldo da Sociedade. Neste sentido a qualidade do ato e da própria lei deverá identificar-se com as aspirações sociais e com os princípios éticos (Legitimação ética). (MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis: OAB/SC Ed. 2000. p. 60).
- 6 Princípios do direito são aqueles criados pela sociedade que vem com o nome de princípios gerais do direito. Estão na consciência da humanidade como um sentido universal e necessário. Portanto, os princípios gerais do Direito não são criados pelo legislador. O legislador neste caso é a consciência da sociedade daquilo do que é direito Conceito formulado a partir de anotações da aula expositiva do Prof. Dr. Moacyr Motta, ministrada no CPCJ Univali em 28.06.04.
7. ALEXI, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 81 a 170 e p. 381 a 415.
- 8 “REFERENTE é a explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” In: PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica - idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*, p. 62.
- 9 “Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia” In: PASOLD, César Luiz. *Prática da pesquisa jurídica - idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*, p. 31.

- 10 **“Conceito operacional (=cop) é uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos”** (grifo no original). In: PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica** - idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito, p. 56.
- 11 O vocábulo princípio deriva do latim *principium, principii, primum, capera*, trazendo a idéia de começo, origem, envolvendo vários sentidos, podendo, ainda, designar, regra, critério, preceito, proposição que possa ser utilizado como fundamento para determinado corpo normativo. Para Cretella Júnior, a expressão princípios de uma ciência, no sentido técnico, consiste em proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subseqüentes. (CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 44). Na visão de Sundfeld, os “princípios são idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.142).
- 12 Na visão simplificada de DERANI, o princípio é um “mandado de otimização”, no sentido de que seu conteúdo deve ser realizado o mais amplamente possível, enquanto as regras regulam determinada situação fática, delimitadas pelo princípio da legalidade. (DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p.44).
- 13 Segundo ALEXI (2002), o conceito de generalidade de uma norma tem que ser distinguido estritamente do conceito de universalidade de uma norma. Apesar de seu diferente grau de generalidade, tanto “ cada um goza de liberdade religiosa” como “ todo presidiário tem direito a converter para sua religião os outros presidiários” expressam normas universais. isto é assim porque estas normas se referem a todos os indivíduos de uma classe aberta (pessoas, presidiários) O oposto de norma universal e a norma individual. O conceito oposto de generalidade é especialidade. Uma norma é sempre é ou bem universal ou bem individual, e, em troca, a generalidade e seu oposto a especialidade, é um assunto de grau. As expressões universal/individual, generalidade/especialidade são utilizadas de muitas outras maneiras., sendo que a elas se agregam outros termos tais como abstrato/concreto.
- 14 Princípio da proporcionalidade faz parte daqueles princípios imprescindíveis ao Estado de Direito, que têm como finalidade solucionar problemas decorrentes do conflito entre direitos constitucionalmente protegidos, ou seja, na colisão entre dois direitos ditos fundamentais, delimitar como o juiz ou administrador, deverá conduzir-se. Na visão de Guerra Filho, o Princípio da Proporcionalidade “é um mandamento de otimização do respeito máximo a todo Direito fundamental, em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p.11/12).

- 15 “Conjunto de direitos reconhecidos como fundamentais para assegurar a dignidade da pessoa humana. Nos Estados contemporâneos sob regime democrático esses direitos são explicitados nas Constituições, como resultado de lenta evolução política e doutrinária, podendo-se dizer que os mesmos contém a posituação de tudo aquilo que, enquanto prerrogativas do ser humano, foram-lhe atribuídas historicamente pelo *Direito Natural*”. In: MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis: OAB/SC ED., 2000, p.31.
- 16 Item formulado a partir do artigo intitulado “A ideologia como fundamento da legitimidade dos discursos normativos” produzido pela doutoranda Maria da Graça Melo Ferracioli, acessível a partir de contato com email gracaferracioli@univali.br.
- 17 A palavra legitimidade em sua essência pressupõe relação direta entre o consenso da maioria da sociedade e as ações daqueles encarregados, em determinado momento, de exercer o Poder Político. Isto é, há legitimidade quando através de instrumentos políticos específicos, como as eleições, por exemplo, consegue-se captar a opinião da maioria da massa social, que se expressa, pela aquiescência naquele momento, daquele Poder. Portanto, pode ser considerada como uma categoria aberta no sentido de que a mesma se concretiza a partir de uma realidade dada, vivida, desejada.
- 18 “Entre os critérios de legitimidade, de uma perspectiva histórica, encontramos os seguintes: origem petnica, origem divina, ordálio e consentimento popular” In: CASTRO, Celso Antônio Pinheiro de, FALCÃO, Leonor Peçanha. *Ciência Política: uma introdução*. São Paulo: Atlas, 2004, p.46-47.
- 19 A palavra Justiça admite conotações várias, cada uma correspondendo ao ideal de Justiça levantado pelo seu interlocutor. Justiça é dar a cada um o que é seu; é atender as expectativas do homem em relação ao seu semelhante; é sentimento que revela dignidade, afeição. Na visão de Melo, Justiça é” 3. Valor fundamental do Direito e por isso objetivo permanente de toda ação político-jurídica; 4. Virtude da norma jurídica ao estabelecer equilíbrio no conflito de interesses”. In: MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000, p. 56.
- 20 “[...] Valor fundamental da conduta humana”. In: MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000. p. 39.
- 21 Conjunto ordenando de normas, princípios, conceitos e regras de procedimento, que conduz a uma decisão judicial”. (MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis: OAB-SC Ed., 2000. p.88).
- 22 Norma Jurídica é aquela norma “cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada”. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. “Normas Jurídicas são decisões. Através delas, garantimos que certas decisões serão tomadas. Elas estabelecem assim controles, isto é, pré-decisões, cuja função é determinar outras decisões”. In: FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Teoria da Norma*

Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

- 23 Norma Jurídica é aquela norma “cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada”. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. “Normas Jurídicas são decisões. Através delas, garantimos que certas decisões serão tomadas. Elas estabelecem assim controles, isto é, pré-decisões, cuja função é determinar outras decisões”. In: FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

Referências

ALEXI, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. LEXI, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARENDT, Hanna. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. Para uma teoria Geral da política. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

FALCÃO, Leonor Peçanha. *Ciência Política: uma introdução*. São Paulo: Atlas, 2004.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2002.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria Geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p.89.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Legitimidade. In MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (orgs) *Direito e Legitimidade*. São Paulo, Landy, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MELO, Celso Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000.

MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz(Org.) *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy Livraria Editora, 2003.

PECES-BARBA, Gregório. *Curso de Derechos Fundamentales: teoria general*. Madrid: universidade Carlos III de Madrid, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do Direito Público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores,1997.

Recebido em: 05/05

Avaliado em: 06/05

Aprovado para publicação em: 07/05