

# PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO PARÂMETRO DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: COMO GARANTIR LEGITIMIDADE?

*THE CONTROL OF THE PUBLIC ADMINISTRATION  
BASED IN THE RELEVANT CONSTITUCIONAL LEGAL  
PRINCIPLES: HOW TO ENSURE LEGITIMACY?*

**Daniela Copetti Cravo<sup>1</sup>**

Aprovado em: 11.4.2016

Recebido em: 15.3.2016

**Resumo:** O constitucionalismo contemporâneo pode ser identificado como o momento de tentativa de reconexão entre direito e moral, nomeadamente após as péssimas experiências positivistas de uma cientificidade do direito calcada na neutralidade, na pureza e na objetividade. A dificuldade nessa busca por superação recai, justamente, nos meios para tanto, ou seja, como possibilitar que a ciência jurídica seja permeável a valores morais. Nesse paradigma, entre outros destaques, enfatiza-se o papel dos princípios, já que é a partir desses que se permite a realização de uma leitura moral da Constituição.

**Abstract:** The contemporary constitutionalism can be identified as a model where legal reasoning combines a intersection between law and morality. Public Law studies, mainly of Constitutional Law, have significantly advanced concerning the interpretation and application of constitutional norms, as the foundation for the application of the constitutional order. This constitutional approach gained strength while the Positivist presumptions of a scientific model of rules, fixed on the premisses of neutrality, purity (non-valuation) and objectivity, failed to solve hard cases and to offer a safe way for legal decision-making model. Today's permanent relevance of the distinction between principles and rules, overcame the positive difficulty

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutoranda em Direito pela UFRGS.

E isso tem grande impacto na atuação da administração pública: passa-se a falar em juridicidade, na observância da Lei e do Direito, e não mais na estrita legalidade. Paralelamente, o controle da administração também passa a ser influenciado pelo papel assumido pelos princípios, nomeadamente os constitucionais, deixando de lado aquele controle clássico, de natureza estritamente legal. No entanto, justamente pela natureza e essência dos princípios, esse controle enfrenta algumas dificuldades, em que o ônus argumentativo esperado é ainda mais complexo. Destarte, o objetivo desse trabalho é responder a esses problemas, inerentes ao controle da administração pública com parâmetro em princípios constitucionais, por meio do método indutivo, que utiliza como base um caso judicial específico, qual seja, o do fechamento de uma indústria de cigarros pela Receita Federal.

**Palavras-chave:** Controle da Administração Pública; Parâmetros; Princípios Constitucionais

of the past precisely in the means to achieve the reconnection, i.e., how to make the juridical science permeable to moral values.

In this scenario, among other highlights, this paper emphasizes the role of the legal principles, since these are a relevant tool towards a moral interpretation and application of the constitution. The role of the principles also impacts on the performance of the Public Administration, which shall observe the model of norms as well as the application of the new constitutional order that recognizes the role of the legal principles.

That being said, this paper recognizes that the accountability of the public administration also takes a new level in administrative decision-making due legal reasonig, leaving aside the positivist model of rules and restrict observation of legal norms. However, precisely because of the nature and essence of the principles, which has grown in jurisprudence and case study law, we think that the administration's public role in legal control faces a clear lack of conceptual distinctions to manipulate the normative spices, which requires a rigid argumentative burden.

Thus, this case study law aims to respond to some of these problems, inherent's on the control of the public administration in Brazil based in the relevant constitutional

legal principles. This paper is, thus, supported on an inductive method, which uses as a specific case law, namely the closure of a tobacco industry by the Federal Tax Authority.

**Keywords:** Control of the Public Administration; Parameters; Constitutional Principles

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Princípios constitucionais como parâmetro de controle. 2.1 Constitucionalismo contemporâneo. 2.2 Consagração dos princípios (e seus reflexos na administração pública) 3 Problema da operacionalização do controle. 3.1 Operacionalização do controle (caso indústria cigarros). 3.2 Como garantir legitimidade? 3.2.1 Hierarquia material normas constitucionais. 3.2.2 Argumentos não institucionais. 4 Considerações finais. Referências

## 1 INTRODUÇÃO

Recente caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo indústria de cigarros<sup>2</sup> é um caso paradigmático, servido, pois, como um bom exemplo para análise do controle que é exercido pelo poder judiciário em face da administração pública, tendo como parâmetro substancial – senão único – princípios jurídicos. Ou seja, faz-se uma acareação entre a conduta praticada pela administração e a conduta que foi mediadamente visada pelo princípio, a fim de se constatar, no âmbito judiciário e não no de autotutela administrativa, se essas duas condutas estão em consonância, a fim de confirmar a legalidade e legitimidade do ato.

No mencionado caso, uma indústria de cigarros localizada no Estado do Rio de Janeiro teve suas atividades interrompidas em definitivo por ato administrativo de efeito concreto implementado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Esse ato foi embasado em um antigo Decreto-Lei da década de 70, que – posteriormente a essa data de edição – sofreu certas reformas, essas já sob o manto da Constituição Federal de 1988.

---

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 550.769. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em 22 de maio de 2013.

O fulcro central do julgado diz respeito à grave ingerência estatal sobre atividade econômica e profissional lato senso presente no caso, bem como à vagueza da norma que serviu de substrato à prática do ato, que foi contestado judicialmente. Assim, as questões que se colocam seriam as seguintes: pode-se contestar a validade desse ato com base em princípios, já que administração pública, ao cassar o registro especial da indústria de cigarros, teria ferido princípios fundamentais e sensíveis da República e dos indivíduos, tais como a livre iniciativa e o livre exercício do trabalho, ofício ou profissão?

E, assim sendo possível, como garantir que um controle da administração pública, que tem como parâmetro princípios, seja legítimo? Quais são os cuidados que devem ser observados pela administração, quando estiver revendo seus atos, ou pelo judiciário – especialmente esse – para que não haja uma arbitrariedade, considerando a certa insegurança, decorrente de sua inerente abstração, que pode ser trazida pelos princípios jurídicos? E, nesse sentido, há *standards* a serem seguidos nesse controle embasado em princípios, a fim de não se vulnerar o sobreprincípio do Estado Democrático de Direito, permitindo o *accountability* da plateia?

Exatamente por não ser algo fácil de se delimitar e sistematizar, buscou o presente trabalho embasar-se no referido caso julgado pela Corte Suprema, a qual possui papel fundamental na institucionalização final da interpretação da Constituição e na sustentação do Estado Democrático de Direito, apesar de que não se pode esquecer que a interpretação da Carta Magna cabe a todos, em uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição<sup>3</sup>.

Coube ao Supremo Tribunal Federal definir os mecanismos de calibração aplicáveis ao controle da administração cujo parâmetro são princípios, a fim de verificar no caso concreto se a supressão às liberdades constitucionais, positivadas por meio de princípios, poderiam ser legitimadas efetivamente pelo valor invocado pela administração como embasador do ato praticado, qual seja, a arrecadação tributária extrafiscal, destinada ao combate do fumo, numa tentativa de concretização do princípio da promoção à saúde e do princípio da livre concorrência, ambos com sede constitucional.

Esse pode ser considerado um *hard case* justamente porque o ato administrativo foi, por um lado, contestado com base no princípio da livre

---

3 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

iniciativa, do exercício livre do trabalho, ofício e profissão e da proporcionalidade e, por outro, defendido no princípio da promoção da saúde e da livre concorrência (artigo 196 e artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal).

Assim, o objetivo desse trabalho é responder a esses problemas inerentes ao controle da administração com parâmetro em princípios constitucionais, por meio do método indutivo, que utiliza como base um caso judicial específico. Para tanto, propõe-se a divisão desse trabalho em duas partes: a primeira, que busca solidificar uma concepção mais constitucionalista, em sua faceta contemporânea, nomeadamente na reconexão da ordem constitucional com valores por meio de princípios; e abordar a força normativa desses últimos e o seu papel como parâmetro de controle da administração pública. A segunda parte, por sua vez, foca, a partir de um caso paradigmático, nas possíveis armadilhas geradas pelo parâmetro de controle da administração pública com base em princípios, visando a identificar e sistematizar quais seriam os cuidados necessários para se evitar a ocorrência de possíveis incoerências e arbitrariedades não só pela administração pública, quando na execução de seus atos ou do seu autocontrole, mas especialmente pelo judiciário, quando exerce jurisdicionalmente o papel de controlador.

## 2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO PARÂMETRO DE CONTROLE

### 2.1 Constitucionalismo Contemporâneo

A nova fase constitucionalista é apresentada por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento<sup>4</sup> como a reconexão entre direito e moral, que emerge a partir das péssimas experiências positivistas de uma cientificidade do direito calcada na neutralidade, pureza e objetividade. Para tanto, elenca-se os seguintes baluartes:

- a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da

---

4 SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

argumentação etc.; c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; d) reaproximação entre o Direito e a Moral; e e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Essa última faceta, que diz respeito à saliência do Poder Judiciário, é bem enfatizada por Michael Mandel<sup>5</sup>:

Representative institutions have been demoted from the sovereign entities with legally unlimited power of the nineteenth century and much of the twentieth to institutions hemmed in by legally enforceable constitutional limitations, most characteristically found in "rigid" Charters and Bills of Rights. These are enforced by judicial or quasi-judicial bodies of every imaginable shape and size, national and international tribunals that do not only enforce the law but actually determine it. Montesquieu's fundamental distinction between legislatures making and judges applying the law has become not only obsolete but actually unintelligible. <sup>2</sup>The result has been a "legalization of politics" which increasingly moves the locus of political activity out of the parliaments and into the courts<sup>6</sup>.

No Brasil, a temática do neoconstitucionalismo tem como um dos autores de maior expoência o Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, em decorrência da grande difusão e aplicação de seu trabalho intitulado de Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito<sup>7</sup>. Esse se tornou uma inevitável referência

---

5 MANDEL, Michael. A Brief History of the New Constitutionalism, or "How We Changed Everything so That Everything Would Remain the Same. *Israel Law Review*, n.º 32.2, 1998, p. 250-300.

6 Tradução livre autora: "Instituições representativas (legislativo) foram rebaixadas do rol das entidades soberanas com poder legalmente ilimitado do século XIX e grande parte do século XX, tornando-se instituições cercadas por limitações constitucionais aplicáveis, mais caracteristicamente encontradas em "rígidas" Cartas e Declarações de Direitos. Essas são implementadas por entidades judiciais ou quase-judiciais de todas formas e tamanhos, nacionais ou tribunais internacionais, que não dão o cumprimento da lei, mas na verdade a determinam. A distinção fundamental de Montesquieu entre legislativo fazendo a lei e juízes aplicando-a, tornou-se não só obsoleta, mas, sim, ininteligível. O resultado tem sido uma "judicialização da política" que cada vez mais move o locus da atividade política para fora dos parlamentos e para dentro dos tribunais.

7 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – O

para o tema, sendo utilizado e citado na maioria dos trabalhos que lhe são posteriores.

Luís Roberto Barroso<sup>8</sup>, em tal artigo, apresenta o neoconstitucionalismo, ou novo direito constitucional, como o fenômeno desenvolvido no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, que trouxe as seguintes mudanças ao plano teórico do direito: (i) o reconhecimento da força normativa da Constituição, (ii) a expansão da jurisdição constitucional, (iii) a nova interpretação constitucional e (iv) a judicialização das questões sociais.

Muito embora o trabalho de Luís Roberto Barroso<sup>9</sup> seja muito bem aceito por grandes juristas e por tribunais pátrios, não se pode deixar de mencionar as substancias críticas tecidas a esse. Nesse sentido, cita-se os argumentos apresentados por Dimitri Dimoulis<sup>10</sup>, que afirma que nenhum dos elementos citados por Luís Roberto Barroso<sup>11</sup> são suficientes para definir o que seria neoconstitucionalismo.

Primeiro, com relação ao reconhecimento da força normativa da Constituição, Dimitri Dimoulis<sup>12</sup> assinala o seguinte:

Essas considerações indicam que se a reivindicação—afirmação da força normativa suprema da Constituição está presente nos discursos constitucionais e na prática institucional desde o início do constitucionalismo no século XVII, não é possível denominar essa tendência de “neoconstitucionalismo”, pois não se verifica nenhuma inovação.

Segundo, Dimitri Dimoulis<sup>13</sup> observa, no que toca à expansão da jurisdição constitucional e tutela dos direitos fundamentais, que:

Do ponto de vista histórico—cronológico, não há rupturas na realização do controle de constitucionalidade nos Estados constitucionais modernos. Verifica—se tão somente a tendência quantitativa de fortalecimento do controle judicial concentrado em detrimento do controle difuso

---

Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 58/2007, p. 129 - 173, Jan - Mar / 2007.

8 *Idem*.

9 *Idem*.

10 DIMOULIS, Dimitri. Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” (e sua crítica). *Artigo Direito GV*, 2008.

11 BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, *loc. cit.*

12 DIMOULIS, Dimitri. *op. Cit.*, p.8.

13 DIMOULIS, Dimitri. *op. cit.*, *loc. cit.*

e diminuindo o espaço reservado ao legislador. Podemos assim concluir que nem o controle judicial concentrado nem a maior tutela dos direitos fundamentais (e muito menos a conexão causal desses dois elementos) podem ser vistos como traços peculiares do neoconstitucionalismo.

Terceiro, e por fim, Dimitri Dimoulis<sup>14</sup> arrebatada a questão da “nova” interpretação constitucional com base em princípios, cláusulas gerais e ponderação:

Na primeira edição da “Teoria pura do direito” em 1934, Kelsen utilizava os seguintes termos: “A interpretação da lei não leva necessariamente a uma única decisão como a única correta, porém pode levar a várias, todas de igual valor (...), mesmo se uma só entre elas se tornará direito positivo através da decisão judicial (...). A criação de uma norma individual mediante execução da lei é, na medida em que preenche o quadro da norma geral, uma função de vontade (Willensfunktion)”. Seria Kelsen também um neoconstitucionalista por ter afirmado o papel criativo do juiz e criticado a “ilusão da segurança jurídica”?

Críticas também são feitas por Lenio Streck<sup>15</sup>, para quem, no Brasil, as premissas teórico-interpretativas do neoconstitucionalismo foram deveras mal empregadas, o que resultou em um direito da loteria do protagonismo judicial, decorrente dos seguintes fatos:

É necessário reconhecer que as características desse neoconstitucionalismo acabaram por provocar condições patológicas, que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Observe-se que, escandalosamente, sob a bandeira “neoconstitucionalista”, defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado por uma vulgata da ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo<sup>16</sup>.

Exatamente pela existência de contrassensos, os quais recebem guarida no manto do termo “neoconstitucionalismo”, que esse trabalho adere à terminologia de Lênio Streck, qual seja, Constitucionalismo Contemporâneo<sup>17</sup>.

14 DIMOULIS, Dimitri. *op. cit.*, *loc. cit.*

15 STRECK, Lenio. Contra o Neoconstitucionalismo. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27.

16 *Ibidem*, p. 12.

17 *Ibidem*, p. 9-27.



A esse respeito, pontua Dimitri Dimoulis<sup>18</sup>:

O rótulo “neoconstitucionalismo” gera controvérsias. Há adeptos incondicionais dessa corrente, críticos que reconhecem certas vantagens cognitivas ao neoconstitucionalismo e autores que consideram a proposta neoconstitucionalista como “desastrosamente errada”.

Mas, no que se caracteriza esse tal constitucionalismo contemporâneo? Segundo Lenio Streck<sup>19</sup>, esse pode ser associado, no plano mundial, a novas perspectivas decorrentes do pós-guerra, ou melhor, do pós-*auschewitz*, e, no âmbito latino-americano, ao constitucionalismo decorrente da redemocratização de países dessa regionalidade. Utiliza-se esse termo, portanto, no que toca à abordagem de um direito democraticamente produzido, consubstanciado em uma constituição normativa.

Em adição a esse posicionamento, Dimitri Dimoulis<sup>20</sup> coloca que o mais importante, deixando de lado a confusão entre os termos “constitucionalismo” e “neoconstitucionalismo”, é considerar, como bem reverbera a doutrina estrangeira, a relevância da Constituição e de seus princípios e direitos fundamentais na aplicação do direito. Nesse sentido, não haveria muita novidade, mas tão somente uma insistência da doutrina na necessidade de realizar as reivindicações do movimento constitucionalista.

Não obstante, não se pode esquecer a íntima ligação do constitucionalismo contemporâneo com os princípios, nomeadamente o papel desenvolvido por esses na leitura moral da Constituição<sup>21</sup>. Vejamos a sua força normativa, no sentido de servirem como parâmetro de controle da administração pública<sup>22</sup>.

## 2.2 Consagração dos Princípios (e seus Reflexos na Administração Pública)

Como é cediço, a norma jurídica não se confunde com o texto legal, sendo, na verdade, o resultado da interpretação desse, consoante leciona

---

18 DIMOULIS, Dimitri. *op. cit.*, *loc. cit.*

19 STRECK, Lenio. *op. cit.*, *loc. cit.*

20 DIMOULIS, Dimitri. *op. cit.*, *loc. cit.*

21 SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, *loc. cit.*

22 *Idem.*

Friedrich Muller<sup>23</sup>. Para que essa transformação de textos em normas jurídicas atenda às necessidades de clareza e previsibilidade exigidas pela Ciência, necessário se faz, segundo Humberto Ávila<sup>24</sup>, que as categorias jurídicas sejam mensuradas e utilizadas apropriadamente.

Nessa senda, problema há, ainda conforme leciona Humberto Ávila<sup>25</sup>, quando categorias diferentes são explicadas como uma única espécie, como vêm ocorrendo com os princípios, que passam a significar tudo e, por isso mesmo, terminam por não significar nada<sup>26</sup>.

Ressalva-se que não se trata de uma distinção meramente terminológica, mas sim de uma exigência de clareza conceitual:

quando existem várias espécies de exames no plano concreto, é aconselhável que elas também sejam qualificadas de modo distinto. A dogmática constitucional deve buscar clareza também porque ela proporciona maiores meios de controle da atividade estatal<sup>27</sup>.

Com base nisso, como se pode definir princípios jurídicos, bem como de que forma esses podem servir de parâmetro para controle da administração? Decisiva contribuição à definição dos princípios foi dada por Ronald Dworkin<sup>28</sup>, que teve como pontapé inicial um ataque ao positivismo jurídico, especialmente por meio de um exame das concepções de Hart<sup>29</sup>.

Afirma Ronald Dworkin<sup>30</sup>:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então, ou a regra jurídica é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

23 MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito I*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

24 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005, p. 17.

25 *Idem*.

26 ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular*. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 175.

27 ÁVILA, Humberto. *op. cit.*, p. 17.

28 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

29 *Ibidem*, p. 27 e p. 35.

30 *Ibidem*, p. 39.

Já com relação aos princípios<sup>31</sup>:

Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.

(...) Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou de importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.

Essa caracterização dos princípios é complementada por Robert Alexy<sup>32</sup>, no seguinte sentido:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Assim, com base na concepção de Robert Alexy<sup>33</sup>, pode-se dizer que a ponderação de princípios só ocorre no caso concreto. Nesse sentido, esses, diferentemente das regras, não contêm um mandamento definitivo, mas apenas um mandamento *prima facie*.

Analisando criticamente as concepções acima, tidas como dominantes na ciência jurídica, Humberto Ávila<sup>34</sup> propõe uma sistematização da diferenciação por meio dos seguintes critérios: (i) a natureza do comportamento prescrito, (ii) a natureza da justificação, e (iii) a medida de contribuição para a decisão.

A esse respeito, Humberto Ávila<sup>35</sup> elucida que, no que toca à natureza do comportamento prescrito, os princípios são finalísticos, estando associados imediatamente a um estado ideal de coisas e mediadamente a condutas. Já as regras prescrevem imediatamente condutas.

31 *Ibidem*, p. 40 e p. 42.

32 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 90.

33 *Idem*.

34 ÁVILA, Humberto. *op. Cit.*, p. 95-101.

35 *Ibidem*, p. 95-101.

Com relação à natureza da justificação, no caso das regras, “o aplicador deve argumentar de modo a fundamentar uma avaliação de correspondência da construção factual à descrição normativa e à finalidade que lhe dá suporte”<sup>36</sup>. Já no dos princípios, “o elemento descritivo cede lugar ao elemento finalístico, devendo o aplicador, em razão disso, argumentar de modo a fundamentar uma avaliação de correlação entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido”<sup>37</sup>.

Por fim, no que diz respeito à medida da contribuição para a decisão, pode-se concluir que as regras contribuem de forma exclusiva nessa. Já os princípios, de maneira não integral para a adoção da solução adequada para o caso.

Portanto, valendo-se dessa grande distinção, tem-se que os princípios são a expressão do fenômeno da ressurgência dos valores, isto é, da superação do legalismo estrito e da consagração dessa tão importante espécie normativa. E isso tem grande impacto na atuação da administração pública: passa-se a falar em juridicidade, na observância da Lei e do Direito e não mais na estrita legalidade.

Juarez Freitas coloca que “o Estado Constitucional, numa de suas mais expressivas dimensões, pode ser traduzido como o Estado das Escolhas administrativas legítimas”<sup>38</sup>. Na mesma linha, coloca Gustavo Binimbojm<sup>39</sup>: “discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para convolar-se em um resíduo de legitimidade”.

E, evidentemente, essas escolhas legítimas não estão calcadas apenas em regras, mas também nos princípios constitucionais:

Abolida, assim, a escravatura a modelos calcados apenas em regras, toma a dianteira o compromisso com a vitalidade do sistema constitucional, em cujo seio, avultam princípios, objetivos e direitos fundamentais dotados de aplicabilidade direta e imediata, sem menosprezo às regras<sup>40</sup>.

---

36 *Ibidem*, p. 97.

37 *Ibidem*, p. 98.

38 FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 9.

39 BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.114.

40 FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo:

Também se fala, nesse contexto, em bloco de legalidade, segundo Alexandre Aragão<sup>41</sup>:

Com efeito, evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à “lei e ao Direito”, o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2º, Parágrafo único, 1). A esta formulação dá-se o nome de Princípio da juridicidade ou da legalidade em sentido amplo. A ação da Administração se rege por fins teleológicos inescusáveis e por princípios indestrutíveis que regem sua conduta com tanto ou mais vigor que as disposições legais.

Esse novo paradigma reflete necessariamente no modelo de controle da administração pública, em que, no lugar de controle estritos, passa-se a vivenciar um controle de natureza constitucionalista e principialista. Ocorre que, justamente pela natureza e essência dos princípios, esse controle enfrenta algumas dificuldades, em que o ônus argumentativo esperado é mais complexo.

### 3 PROBLEMA DA OPERACIONALIZAÇÃO DO CONTROLE

#### 3.1 Operacionalização do Controle (Caso Indústria Cigarros)

Tendo em vista as características próprias dos princípios, responsáveis por distingui-los das regras, há um certo impasse na operacionalização do controle com parâmetro em princípios, especialmente quando diante do controle do exercício<sup>42</sup> da administração pública. Para melhor ilustrarmos essa questão, escolhe-se o paradigmático caso da Indústria de Cigarros,

---

Malheiros Editores, 2009, p. 30.

41 ARAGÃO, Alexandre. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica de Direito Público Contemporâneo. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 1-22.

42 MAFFINI, Rafael. Discricionariedade Administrativa – Controle de Exercício e Controle de Atribuição. R. *Proc.-Geral Mun.* Juiz de Fora – RPGMJF, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./dez. 2012, p. 257-271.

estampado no Recurso Extraordinário de n.º 550.769/RJ<sup>43</sup>, julgado em maio de 2013, tendo como Relator o Ministro Joaquim Barbosa.

No caso, o Supremo Tribunal Federal reputou constitucional a rigorosa exigência de regularidade fiscal para manutenção do registro especial de fabricação e comercialização de cigarros, prevista no DL n.º 1.593/1977, art. 2º, inciso II. A exigência, nos termos do Acórdão, por maioria, estaria em conformidade com princípios constitucionais, quais sejam, o da livre iniciativa e o da promoção à saúde.

Interessante ponto nesse julgamento diz respeito à possível configuração da atuação da administração como sanção política, o que torna o julgado ainda mais interessante. Segundo Alessandro Cardoso e Rafael Costa, é entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal a não legitimidade das sanções políticas<sup>44</sup>, que são aquelas restrições desproporcionais ao exercício de atividades profissionais ou econômicas aplicadas com a finalidade de coagir o pagamento de tributos.

No caso, a Secretaria da Receita Federal concedeu à parte American Virginia Indústria Comércio Importação e Exportação de Tabacos o prazo de dez dias para regularização da situação fiscal da empresa, isto é, para o recolhimento de todos seus débitos, mesmo aqueles com exigibilidade suspensa.

Em face de tal exigência, a American Virginia Indústria Comércio Importação e Exportação de Tabacos ajuizou medida cautelar preparatória perante a Justiça Federal da 2ª Região, a fim de assegurar o direito de exercício da atividade econômica, tendo, posteriormente e ao fim, o caso chegado ao STF. Segundo a parte demandante, o previsto no artigo 2º, inciso II, do Decreto-lei 1.593/1977 seria nada menos que uma sanção política não recepcionada pela Constituição, especialmente considerando o previsto nos artigos 5º, XIII e LIV, e 170 desta, já que o Estado estaria adotando medidas vedatórias à sua liberdade de iniciativa econômica, no intuito de atingir seus objetivos arrecadatórios.

---

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 550.769. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em 22 de maio de 2013.

44 CARDOSO, Alessandro Mendes; COSTA, Rafael Santiago. Cancelamento do Registro Especial das Empresas Fabricantes de Cigarros: Análise Crítica do Entendimento Firmado no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 550.769. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 231, p. 7-24, 2014.

Desse pequeno relato dos fatos, percebe-se que o cerne do caso diz respeito à correta interpretação do artigo 2º, inciso II, do Decreto-Lei 1.593/1977, com base nos princípios constitucionais, para saber, ao fim, se a conduta da administração seria legítima ou não. Esse dispositivo normativo prevê o seguinte:

Art. 2 O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade concedente, se, após a sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

II - não-cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal; (Redação dada pela Lei nº 9.822, de 1999)

Da leitura do texto, como bem anota o Ministro Joaquim Barbosa, percebe-se que inexistente um mecanismo de calibração interno da gravidade da hipótese que leva ao fechamento do estabelecimento industrial. A sua redação, segundo o Ministro, é até menos proporcional e razoável do que a anterior<sup>45</sup>:

A redação do mesmo dispositivo, anterior à Lei 9.822/1999, ainda que ambígua, referia-se à “inidoneidade manifesta ou [ao] descumprimento reiterado de obrigação tributária principal”, índices mais proporcionais e razoáveis ao exame do empreendimento como estrutura voltada ao contumaz e infundado inadimplemento tributário.

Surge, assim, uma obrigação mais gravosa ao intérprete da lei, no sentido de extrair do texto a correta norma, com base nos fins e no estado de coisas propostos, os quais devem estar alinhados com o sistema constitucional. Assim, deve ser feita uma avaliação da correlação entre os efeitos da conduta implementada com base no Decreto-Lei e a realização do estado de coisas exigido pelos princípios constitucionais.

O Relator com base nisso entendeu que a norma que permite que a administração cancele o registro especial existe para situações extremas e de grave desequilíbrio concorrencial. Portanto, a administração, ao cancelar o registro, teria atuado de acordo com o princípio da defesa da concorrência, o que torna, nesse caso, válida a sua atuação. Em voto vista, o Ministro

---

45 BRASIL.*op. cit.*, *loc. cit.*

Ricardo Lewandowski seguiu o posicionamento do Relator, afirmando que a atuação da administração foi devida, eis que o descumprimento das obrigações tributárias pela indústria de cigarros afrontava o princípio constitucional da livre concorrência.

Em voto divergente, o Ministro Gilmar Mendes sustentou que a promoção à saúde, tendo em vista que cigarros são altamente nocivos à saúde humana, não pode ser tida como finalidade apta a amparar a previsão do art. 2º, II, do Decreto-Lei 1.593/1977. Ponderou ademais que<sup>46</sup>:

Na prática, a aplicação da medida representa uma verdadeira pena de morte da pessoa jurídica, máxime nos casos em que o objeto social da pessoa jurídica confunde-se com a atividade que justifica a exigência do regime especial, ou seja, a fabricação de cigarro. Nessas hipóteses, ter-se-ia algo semelhante à decretação da extinção da pessoa jurídica, por meio de ato administrativo.

Concluiu o Ministro Gilmar Mendes que prováveis efeitos anticoncorrenciais do descumprimento da legislação tributária não podem justificar a medida prevista no Decreto-Lei. Na verdade, entendeu o Ministro que a atuação da administração violou o princípio constitucional da proporcionalidade, da livre iniciativa e do devido processo legal.

O Ministro Marco Aurélio, em consonância com o expressado pelo Ministro Gilmar Mendes, destacou que não se trata da proteção à saúde, porque, caso se tratasse, isto é, se houvesse uma atividade proibida, não se estaria nem mesmo a discutir o alcance da norma regedora da espécie. E, de forma decisiva, entendeu que a medida adotada pela administração foi sim desproporcional.

No entanto, por maioria, o STF entendeu que a conduta da administração, com base no Decreto-Lei, estaria de acordo com o princípio da livre concorrência. O ponto crucial que pode ser extraído desse acórdão é a grande insegurança jurídica que existe por traz de um controle da administração calcado em princípios. Percebe-se que tanto os Ministros que consideram legítimo o fechamento da indústria, quanto os Ministros que não o consideram proporcional, invocaram princípios para defender tais posicionamentos, o que nos revela a grande fragilidade desse parâmetro de controle. Como, então, se poderia garantir legitimidade?

---

46 BRASIL. *op. cit.*, *loc. cit.*



## 3.2 Como Garantir Legitimidade?

Como se pode perceber da análise de um caso prático de controle da administração desempenhado pelo poder judiciário tendo como parâmetro princípios, esse controle, se não estiver fundado em argumentos claros e logicamente estruturados, pode ser bastante subjetivo, e, por conseguinte, até mesmo não legítimo. Como garantir uma maior legitimidade a esse controle embasado em princípios constitucionais?

Nesse ponto, importante lembrar que se os princípios, por um lado, são importantes porque permitem um diálogo moral, bem como uma fácil adaptação às mudanças sociais sem necessidade de alterações formais tão frequentes em seu texto<sup>47</sup>, por outro, quando aplicados sem uma técnica adequada, ocasionam insegurança jurídica, com uma redução da previsibilidade do Direito, especialmente no que toca à sua clareza, prejudicando o desenvolvimento de uma sociedade plenamente livre e democrática.

Eis que surge, então, a necessidade de buscar sistematizar racional e logicamente como se deve dar o controle da administração com base em princípios. Evidente, entretanto, que essa sistematização deve partir de uma visão bastante realista sobre as capacidades institucionais. Assim evidenciam Cláudio Souza Neto e Daniel Sarmento<sup>48</sup>:

Nesta perspectiva, uma boa teoria não é aquela que parte da idealização da figura do intérprete, mas a que se baseia numa visão mais realista sobre as suas capacidades institucionais. Por exemplo, uma teoria hermenêutica construída a partir de uma imagem romantizada do juiz pode produzir maus resultados quando manejada por magistrados de carne e osso que não correspondam àquela idealização, em razão do risco elevado de que errem na sua aplicação. Pode ser preferível adotar uma teoria alternativa, que talvez não permita ao juiz excepcional mostrar todo o seu talento e sabedoria para chegar a um resultado ótimo, mas que minimize as chances de erros graves pelos juízes menos capazes. No cômputo geral, pode-se ganhar com isso. E o mesmo vale para os legisladores, dirigentes de agências reguladoras e todos os demais intérpretes da Constituição.

---

47 SOUZA NETO, *op. cit.*, *loc. cit.*

48 *Ibidem*, p. 329.

Ato contínuo, não se pode cair no erro do ceticismo de reconhecer as fraquezas institucionais, nomeadamente a falibilidade judicial, a fim de esvaziar totalmente a capacidade dos juizes de determinar direitos institucionais das partes e decidir casos difíceis, por meio de teorias sobre a intenção legislativa (interpretação teleológica) e sobre princípios jurídicos. Pelo contrário, reconhece-se, com apoio em Ronald Dworkin<sup>49</sup>, que juizes são o grupo específico com maior capacidade de argumentação moral para realizar o papel de julgar casos difíceis.

Malgrado, a exemplo do poderia ocorrer até mesmo com Hércules<sup>50</sup>, um juiz filosófico, de capacidade, sabedoria, paciência, e sagacidade sobre-humanas, registra-se aqui o lembrete de Ronald Dworkin<sup>51</sup>: qualquer juiz pode muito bem errar nos juízos políticos que emite e, por isso mesmo, deve decidir os casos difíceis com humildade.

Com base nisso e apresentadas as devidas ponderações, quais os ensinamentos que podemos colher (e aqui sistematizar) da teoria da argumentação, os quais podem ser considerados adequados e úteis na difícil tarefa de controlar a administração pública por meio dos princípios constitucionais? Ou como bem expressa Alexandre Aragão, qual a metodologia adequada, à luz da Teoria da Argumentação, para limitar a subjetividade do julgador e do administrador público, tendo como marco uma constituição pluralista<sup>52</sup>?

Evidente que a resposta a tais indagações está longe de ser simples e acessível. No entanto, pretende-se, por meio de diversas colações, fazer um aparato geral do que poderia ser observado quando da utilização de princípios.

### 3.2.1 Hierarquia Material Normas Constitucionais

Primeiramente, o interprete deve primar pela supremacia dos direitos fundamentais quando esses estiverem em confronto com valores gerais de interesse público, não expressamente previstos e excepcionados em regras. Trata-se do reconhecimento da existência de uma hierarquia material

---

49 DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, São Paulo: Martins Fontes, 2007.p. 203.

50 *Ibidem*, p. 165.

51 *Ibidem*, p. 203.

52 ARAGÃO, Alexandre. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica de Direito Público Contemporâneo. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 1-22.

entre as normas constitucionais, consoante explicam Cláudio Souza Neto e Daniel Sarmiento<sup>53</sup>:

A inexistência de hierarquia formal entre as normas constitucionais não impede, porém, que se reconheça entre essas normas uma *hierarquia material*. Há normas mais importantes do que outras. O direito à vida e o princípio da dignidade humana possuem, por exemplo, um peso abstrato maior do que o princípio da eficiência administrativa e o direito de propriedade. Essa hierarquia material deve ser especialmente considerada em casos de conflitos normativos, em que se recorre à ponderação de interesses.

Veja-se que a hierarquia formal, que permitiria o controle de constitucionalidade entre normas constitucionais originárias, como bem desenvolveu Otto Bachof<sup>54</sup>, não é reconhecida no nosso sistema. Sobre o tema, teve o STF a oportunidade de assim se manifestar:

Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. (STF - ADI: 815 DF, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 28/03/1996, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 10-05-1996)

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI. Inadmissibilidade. Art. 14, § 4º, da CF. Norma constitucional originária. Objeto nomológico insuscetível de controle de constitucionalidade. Princípio da unidade hierárquico-normativa e caráter rígido da Constituição brasileira. Doutrina. Precedentes. Carência da ação. Inépcia reconhecida. Indeferimento da petição inicial. Agravo improvido. Não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário. (STF - ADI-AgR 4097 DF, Relator Min. Cezar Peluso, data de julgamento: 08/10/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 07-11-2008)

Desta feita, segundo a leitura feita pelos autores<sup>55</sup>, será dado maior peso a certos princípios de forma abstrata. No entanto, lembra-se que a

53 SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, p. 329.

54 BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.

55 *Idem*

prevalência de um sobre o outro somente se estabelece na situação concreta, já que os princípios, na análise de Robert Alexy<sup>56</sup>, constituem um dever de otimização.

Nessa linha de raciocínio, o maior peso atribuído abstratamente a um princípio preponderará a depender dos elementos concretos, da intensidade e do modo de como é afetado. A título de exemplo, cita-se:

A prevalência abstrata do direito à vida sobre o direito ao lazer não legitima o Estado, por exemplo, a proibir terminantemente a prática de esportes arriscados, como o paraquedismo ou o montanhismo<sup>57</sup>.

Esse patamar superior, que é apenas *prima facie*, é bem observado em nossa Constituição, quando estabelece, por exemplo, princípios sensíveis, os quais são acompanhados de instrumento necessário de tutela, a intervenção federal, e princípios fundamentais, aos quais atribui a característica de cláusula pétrea.

Essa prioridade abstrata, a título de exemplo, é frequentemente levantada e trazida à baila quando da declaração de inconstitucionalidade de leis tributárias com a utilização de modulação de efeitos. O argumento que se coloca é que os direitos fundamentais deveriam ter prioridade abstrata em face da fazenda pública.

### 3.2.2 Argumentos Não Institucionais

Além disso, em segundo lugar, tem-se o problema da invocação de argumentos não institucionais para legitimar a conduta da administração. Sobre isso, Alexandre Aragão introduz:

É ainda comum a invocação do ‘interesse público’ como meio de justificar qualquer medida restritiva das liberdades públicas, como uma tentativa de fazer prevalecer um argumento não institucional sobre um feixe harmônico de argumentos institucionais, calcados diretamente em regra jurídica positiva e objetiva, que já pondera, de maneira previamente determinada pelo Constituinte ou pelo Legislador, o valor ‘interesse público’ com o da ‘liberdade’<sup>58</sup>.

56 ALEXY, Robert. *op. cit., loc. cit.*

57 SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, p. 329.

58 ARAGÃO, Alexandre. *op. cit.*, p. 17.

Na decisão acima, viu-se que a conduta da administração foi justificada com base em argumentos no sentido de promoção à saúde ou até mesmo de arrecadação fiscal. A invocação de argumentos não institucionais é possível, no sentido de não violar o sobreprincípio do Estado Democrático de Direito? E o que seriam argumentos institucionais e não institucionais?

Humberto Ávila<sup>59</sup> leciona que, caso os argumentos sejam identificáveis segundo um critério formal e objetivo, o argumento será institucional, referenciando o papel específico do juiz em um Estado Democrático de Direito e possibilitando o controle intersubjetivo da argumentação, isto é, oferecendo ao auditório um fundamento que possa ser objetivamente reconhecido.

Por terem uma maior capacidade de objetivação, esses argumentos, em uma escala de hierarquização, estariam acima dos não institucionais, os práticos, que incluem questões políticas, sociais e econômicas. Para Humberto Ávila<sup>60</sup>, seria nesse último onde os argumentos consequencialistas estariam localizados, já que esses fazem apelo a qualquer outro elemento que não ao próprio ordenamento jurídico.

Destarte, primeiro deve-se buscar interpretar as normas com base em elementos institucionais, utilizando-se dos não institucionais apenas subsidiariamente. Trata-se de um consequencialismo fraco. Sob outra linha, pode-se defender que o consequencialismo seja aplicado apenas quando visar a promover o fim último da norma, estando assim vinculado a um consequencialismo moderado, como defende Diego Werneck Arguelhes<sup>61</sup>. Ainda, cita-se a alternativa proposta por Neil Maccormick<sup>62</sup> de que os requisitos de objetividade da decisão que leva em consideração consequências devem estar delimitados e determinados no próprio ramo específico do Direito ao qual a decisão está relacionada.

Como se pode observar da leitura do Acórdão do caso<sup>63</sup> analisado no presente trabalho, não é possível identificar um cuidado pelos Ministros quando invocaram argumentos não institucionais a fim de justificar a mais drástica

---

59 ÁVILA, Humberto. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n.19, p. 157, 2001.

60 *Idem*.

61 ARGUELHES, Diego. *Argumentação Consequencialista e Estado de Direito: Subsídios para uma compatibilização*. XIV Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2005.

62 MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

63 BRASIL. *op. cit.*, *loc. cit.*

conduta possível da administração em face de um agente econômico privado, que é a cassação de seu registro especial e o seu consequente fechamento.

Assim, não é que os argumentos não institucionais não possam ser levados em consideração. Esses podem ser sim considerados, desde que cotejados com outros métodos de interpretação que lhes sejam superiores, tais como a interpretação teleológica e sistemática. Nesse sentido, cita-se a celebre expressão de Eros Grau<sup>64</sup> de que não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constitucionalismo contemporâneo pode ser identificado como o momento de tentativa de reconexão entre direito e moral, nomeadamente após as péssimas experiências positivistas de uma cientificidade do direito calcada na neutralidade, na pureza e na objetividade. A dificuldade nessa busca por superação recai, justamente, nos meios para tanto, ou seja, como possibilitar que a ciência jurídica seja permeável a valores morais.

Nesse paradigma, entre outros destaques, enfatiza-se o papel dos princípios, já que é a partir desses que se permite a realização de uma leitura moral da Constituição. E isso tem grande impacto na atuação da administração pública: passa-se a falar em juridicidade, na observância da Lei e do Direito e não mais na estrita legalidade.

O exercício da atividade administrativa, destarte, passa a ser desempenhado por meio de escolhas legítimas, calcadas no sistema constitucional. Esse, por sua vez, não se resume apenas em regras, mas também em princípios.

Consequentemente, esse novo paradigma reflete no modelo de controle da administração pública, em que no lugar de controles estritos, coloca-se um controle de natureza constitucionalista e principialista. Ocorre, por outro lado, que, justamente pela natureza e essência dos princípios, esse controle enfrenta algumas dificuldades, em que o ônus argumentativo esperado é mais complexo.

Conforme visto a partir do caso concreto, o controle da administração pública calcado em princípios pode gerar uma grande insegurança jurídica. Notou-se posicionamento divergente tanto de Ministros que consideraram

---

64 GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação / Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2009.

a conduta da administração legítima com base no princípio constitucional da livre concorrência, quanto de Ministros que entenderam que a conduta vulnerava o princípio da proporcionalidade e o da livre iniciativa, ambos também com sede constitucional.

Uma tentativa de sistematização de solução para esse problema é o que se buscou desenvolver nesse trabalho, no sentido de mostrar quais são os mecanismos existentes ao interprete jurídico para que se possa garantir uma maior legitimidade ao controle da administração pública. Isso, evidentemente, sem subestimar, por um lado, a grande capacidade de argumentação moral dos juízes para julgar casos difíceis; e sem, por outro, ignorar a possibilidade de erro, no qual até mesmo o juiz Hércules poderia incorrer.

O que se pode concluir é que os princípios, quando utilizados como parâmetro de controle, devem vir acompanhados de argumentos claros e logicamente estruturados, a fim de se afastar - o mais realisticamente possível - a subjetividade. Destarte, afirma-se que o interprete deve primar pela supremacia dos direitos fundamentais quando esses estiverem em confronto com valores gerais de interesse público, não expressamente previstos e excepcionados em regras. Trata-se do reconhecimento da existência de uma hierarquia material entre as normas constitucionais, que deve primar pelos valores mais fundamentais aos cidadãos.

Além disso, deve-se ter muito cuidado com a invocação de argumentos não institucionais para legitimar a conduta da administração, cuidado esse que não se observou quando do julgamento do caso da indústria de cigarros. Ressalva-se, todavia, que não é que os argumentos não institucionais não possam ser levados em consideração. Esses podem ser sim considerados, desde que cotejados com outros métodos de interpretação que lhes sejam superiores, tais como a interpretação teleológica e a sistemática.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo, Malheiros Editores, 2014.

ARAGÃO, Alexandre. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica de Direito Público Contemporâneo. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 1-22.

ARGUELHES, Diego. *Argumentação Conseqüencialista e Estado de Direito: Subsídios para uma compatibilização*. XIV Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2005.

ÁVILA, Humberto. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 19, p. 157, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 58/2007, p. 129 - 173, Jan - Mar / 2007.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 117-169.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 550.769. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em 22 de maio de 2013.

CAMARGO, Manuela Oliveira. *Proporcionalidade e Razoabilidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO – SBDP, 2005.



CARDOSO, Alessandro Mendes; COSTA, Rafael Santiago. Cancelamento do Registro Especial das Empresas Fabricantes de Cigarros: Análise Crítica do Entendimento Firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 550.769. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 231, p. 7-24, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” (e sua crítica). *Artigo Direito GV*, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FREITAS, Juarez. *Discricionabilidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAFFINI, Rafael. Discricionabilidade Administrativa – Controle de Exercício e Controle de Atribuição. *R. Proc.-Geral Mun. Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./dez. 2012, p. 257-271.

MANDEL, Michael. A Brief History of the New Constitutionalism, or “How We Changed Everything so That Everything Would Remain the Same. *Israel Law Review*, n.º 32.2, 1998, p. 250-300.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito I*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio. *Contra o Neoconstitucionalismo*. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27.