



Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XXI Seminário de Iniciação Científica

A CONEXÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

João Victor Magalhães Mousquer², Renata Maciel³.

¹ Projeto de Iniciação Científica

² aluno do Curso de Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUI

³ Egressa do Curso de Graduação em Direito da UNIJUI

Introdução:

O presente trabalho objetiva Demonstrar que os direitos fundamentais não podem ser jogados para a sociedade pelo Estado e nem esse para aquela. Por, também, fazer parte de um ordenamento jurídico, devem seguir regras e preceitos que garantam sua efetividade. Ainda, demonstrar que o próprio Estado entra em conflito consigo e com terceiros, quando carente de legislação específica para a Administração Pública, principalmente quando essa depara-se com questionamentos do direitos fundamentais.

Metodologia:

O trabalho foi desenvolvido através de documentação indireta, especialmente bibliográfica, elaborada a partir da leitura de obras existentes sobre a temática.

Resultado e discussão:

Conforme e diante da constante demanda versando sobre direitos fundamentais, a sociedade depara-se com um novo paradigma. Se antes pleiteava-se esse direito, hoje busca-se a sua afirmação. Afirmação essa que passa por várias vertentes sociais e, porque não, estatais, destas últimas, a falta de uma legislação para com sua funcionalidade, ou seja, uma falta de codificação do Direito Administrativo permite que os princípios desse, por vezes, choquem-se com a norma do direito fundamental.

Não há como deixar ao lado a questão da democracia quando comentamos sobre direitos fundamentais no plano internacional, pelo simples fato de que o acatamento ou não acatamento destes pelas diversas nações busca fundamento justamente em preceitos ou valores democráticos, ainda que direitos fundamentais não sejam, forçosamente, itens componentes só e exclusivamente de regimes democráticos. Democracia é um exercício de direitos e deveres, logo, o Estado



Modalidade do trabalho: Ensaio teórico

Evento: XXI Seminário de Iniciação Científica

Administrador deve ter um direito e um dever explícito e hoje, temos um Direito Administrativo rente aos princípios e não a positivação.

Assim, diagnostica-se que seria de extremo valor uma positivação do Direito Administrativo, até para, além de melhor assegurar os direitos fundamentais, permitir que conflitos sejam solucionados pelo melhor direito ao coletivo e/ou ao cidadão, e não por suposições teóricas que abre oportunidade de não ser seguida e, conseqüentemente, deixar de reconhecer possível direito fundamental.

Os direitos fundamentais – direitos humanos – embora existam já a longa data – visto serem, também, direitos naturais, foi somente com a recepção progressiva de textos ou documentos (denominados genericamente de Cartas ou Declarações de direitos) que eles passaram a ser formalmente reconhecidos, ganhando dimensão jurídica.

Com relação à realidade do continente americano o instrumento de maior importância no sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), que entrou em vigor em 1978 e somente os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) têm o direito de aderir.

Porém há um viés duplo na criação e fixação de direitos fundamentais numa sociedade. O primeiro é o viés do Estado para com seus cidadãos. O outro reside no relacionamento entre os próprios cidadãos, uns em face dos outros, sendo que nesta segunda situação a questão da tolerância ganha contornos de relevo e vitalidade na dinâmica social destes direitos.

O Estado Soberano deverá ter normas e/ou princípios que, como se sabe, regulamentam e limitam o próprio poder e agir deste Estado. A realidade da República Federativa do Brasil é de se posicionar como um Estado Soberano, democrático, laico. Para tal, temos em nosso ordenamento jurídico uma Constituição Federal. Além desta, que é o alicerce do ordenamento, há inúmeras Leis Infraconstitucionais. Porém, em nosso Direito Administrativo – que é o direito que regulamenta o agir da Administração Pública para com outros entes estatais e, principalmente, para com os particulares, seja na formalização de negócios ou na posição de Estado, como prestação de serviço, não há uma positivação geral. Essa matéria possui Leis esparsas que regulamentam apenas determinada atividade, preservando os limites constitucionais, mas sem nunca ter tido uma derivação de uma Lei específica do Direito Administrativo.

Desta feita, havendo conflitos, em muito se buscará a resolução nos princípios administrativos. Ocorre que há constantes conflitos entre o princípio e a regra normatizada, e, na visão de ALEXY, um dos pontos mais importantes da sua teoria para resolver tal conflito é a observação da distinção entre princípios e regras para analisar a estrutura das normas de direitos fundamentais. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito desses direitos e a chave para a solução de





Modalidade do trabalho: Ensaio teórico

Evento: XXI Seminário de Iniciação Científica

problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem essa distinção, não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições e as colisões entre esses direitos, nem uma teoria suficiente sobre o papale dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Por isso, Alexy afirma que essa distinção é uma das “colunas-mestras” do edifício da teoria dos direitos fundamentais.

Sem os Princípios Administrativos não haveria Direito Administrativo. Pela falta de codificação, os princípios assumem a figura de regentes do Direito específico e por tal, seu estudo jamais será em demasia, visto que a doutrina possui o poder de aperfeiçoar os princípios.

A análise de resolução entre o conflito da norma com os princípios, pode ser sanada com o sopesamento. Ocorre que a teoria de Alexy sofre objeções e a mais frequente diz respeito à ideia de que o sopesamento seria uma técnica inconsciente do ponto de vista metodológico, pois a noção de ponderação é vaga e pouco clara sobre o conteúdo da técnica. Além disso, inexistiria um padrão de medida homogêneo e externo aos bens em conflito capaz de pesar de forma consciente a importância de cada um deles. Tal inconsistência metodológica relacionada com falta de parâmetros racionais para o sopesamento corresponde, em linhas gerais, à crítica formulada por Habermas.

Porém o próprio criador o próprio Alexy justifica a utilização da teoria. Alexy apresenta inicialmente duas teses contrárias à ideia de que não seria possível chegar a uma conclusão de forma racional em nenhum caso de sopesamento: um radial e outra moderada. A primeira sustenta que o sopesamento possibilita uma conclusão racional em todos os casos. Esse não é o ponto de vista do Alexy, visto que a teoria dos princípios sempre considerou o sopesamento um procedimento que não conduz a um resultado único e inequívoco em todo e qualquer caso. Desse modo, as atenções do autor recaem sobre a tese moderada: “embora o sopesamento nem sempre determine um resultado de forma racional, isso é em alguns casos possível, e o conjunto desses casos é interessante o suficiente para justificar o sopesamento como método”. (p. 594). (GORSONI, 2012. p. 3)

Um Estado democrático é um Estado múltiplo, que possui deveres e obrigações. Goza de prerrogativas, mas não de privilégios. Um Estado limitado pelo simples fato de ser Estado e, só o é, porque seus cidadãos assim permitiram. A democracia sempre foi vista como o jogo de composição dos conflitos, residindo aí, como muitos doutrinadores asseveram, a energia de sua própria existência e até mesmo sua razão de ser, muito embora traga também o germe potencial de sua destruição. Mas o que garante o jogo democrático na sociedade é a certeza de cada um dos seus componentes manifestou ou manifestados de que sua vontade, de suas ideias, que seus anseios e de que suas pretensões serão ouvidas e, havendo razoabilidade – princípio – serão acatadas, muito embora isso possa se dar muito mais em torno de interesses do que de ideias.

Quando pensa-se em efetividade dos direitos fundamentais, deve-se pensar na vontade do homem no sentido de ser sujeito de direitos. Cria-se aí, o dilema acerca da própria fundamentalidade dos





Modalidade do trabalho: Ensaio teórico

Evento: XXI Seminário de Iniciação Científica

direitos fundamentais, já que são postos de lado por interesses outros que, como vimos, podem ser perfeitamente defensáveis, como conforto e bem estar material.

Conclusões:

Os desafios atuais dos direitos humanos são de uma tonalidade diferente da do passado. Nessas haviam situações lacunosas e omissas por parte do Estado. Hoje, talvez, os desafios são voltados, possivelmente, à efetividade e também a eficácia dos direitos fundamentais. A efetividade representando a aplicação concreta dos dispositivos e das previsões a esse respeito e a eficácia reclamando um resultado, um efeito, uma resposta prática, real, palpável, incidindo sobre o objeto de sua aplicação. Efetividade essa que não mais depende somente do Estado. Passa pelas relações entre os partícipes deste, ou seja, seus cidadãos. Talvez, o núcleo dessa relação seja a tolerância.

Palavras-chave:

Direito administrativo; princípios; teoria do sopesamento.

Referências bibliográficas:

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

GORSONI, Paula. Entre o Princípio e a Regra. Direito Constitucional. Pós-graduação em Direito Público. 2012. p.4

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo : Malheiros, 2001