

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Leonardo de Araújo Ferraz

CRÍTICA À CONCEPÇÃO CLÁSSICA DOS CONCEITOS JURÍDICOS
(IN)DETERMINADOS À LUZ DO GIRO
LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICO DA FILOSOFIA:
por uma desconstrução do Direito (Administrativo)

Belo Horizonte

2012

Leonardo de Araújo Ferraz

**CRÍTICA À CONCEPÇÃO CLÁSSICA DOS CONCEITOS JURÍDICOS
(IN)DETERMINADOS À LUZ DO GIRO
LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICO DA FILOSOFIA:
por uma desconstrução do Direito (Administrativo)**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título
de Doutor em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz

Belo Horizonte

2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F381c Ferraz, Leonardo de Araújo
Crítica à concepção clássica dos conceitos jurídicos (in)determinados à luz do giro linguístico-pragmático da filosofia: por uma desconstrução do direito (administrativo) / Leonardo de Araújo Ferraz. Belo Horizonte, 2012. 236f.

Orientador: Álvaro Ricardo de Souza Cruz
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito administrativo. 2. Direito - Linguagem. 3. Direito – Filosofia. I. Cruz, Álvaro Ricardo de Souza. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Leonardo de Araújo Ferraz

**CRÍTICA À CONCEPÇÃO CLÁSSICA DOS CONCEITOS JURÍDICOS
(IN)DETERMINADOS À LUZ DO GIRO LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICO DA
FILOSOFIA: por uma desconstrução do (Direito Administrativo)**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Público.

Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz (Orientador) - PUC Minas

Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria - PUC Minas

Prof. Dr. Noel Struchiner -PUC Rio

Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares - PUC Minas

Prof. Dra. Vera Karam de Chueiri - UFPR

Belo Horizonte, 6 de fevereiro de 2012.

HOMENAGENS

Pobre de mim.

Queria eu poder ter lampejos de divindade. Talvez, assim, conseguisse compreender a dimensão da devoção de uma mãe por seu filho.

Neste momento especial e verdadeiramente feliz por essa vitória, obtida com muito suor e esforço, prefiro, no lugar de extravasar, de forma incontida, o sentimento do dever cumprido, compartilhar o silêncio dos que não podem mais falar... o silêncio dos inocentes.

AGRADECIMENTOS

Aos acadêmicos Hildegard Gouvea e, de modo muito especial, Fernando Vilela, pela inestimável colaboração na construção desta tese.

Ao amigo Gustavo Nassif, por compreender e compartilhar as agruras da extenuante empreitada.

Ao orientador e mestre Álvaro Ricardo de Souza Cruz, cujo refinamento intelectual sempre nos desafia a um avanço qualitativo na abordagem dos temas pesquisados e nos instiga a desenvolver uma constante postura crítica dos nossos próprios pressupostos operativos do conhecer.

Ao meu irmão Luciano, pelos cirúrgicos aconselhamentos na concretização das bases trabalhadas nesta tese.

À Alexandra, mais uma vez, pela paciência de suportar os tensos momentos de um tempo que parecia não ter fim.

Aos diletos colegas do Tribunal de Contas de Minas Gerais, parceiros de uma profícua e construtiva empreitada, nas pessoas do Conselheiro Antônio Carlos Doorgal de Andrada, de Alexandra Matos, Cláudia Costa Araújo, Diego Felipe Silva Abreu de Melo e Maria Lúcia Pires Alves, pelo apoio sem condicionantes de qualquer ordem e, principalmente, pela legítima confiança depositada.

Vou
Uma vez mais
Correr atrás
De todo o meu tempo perdido
Quem sabe, está guardado
Num relógio escondido por quem
Nem avalia o tempo que tem
Ou
Alguém o achou
Examinou
Julgou um tempo sem sentido
Quem sabe, foi usado
E está arrependido o ladrão
Que andou vivendo com o meu quinhão
Ou dorme num arquivo
Um pedaço de vida, vida
A vida que eu não gozei
Eu não respirei
Eu não existia
Vivo, vivo
O tempo correu
O tempo era meu
E apenas queria
Haver de volta
Cada minuto que passou sem mim
(BUARQUE, 2011.)

“A filosofia só ocupa um lugar importante na cultura quando as coisas parecem estar desmoronando.” (RORTY, 2005.)

RESUMO

A atual quadra do Direito contemporâneo exige um reelaborar qualitativo de suas premissas, no sentido de conseguir avançar – na moldura de um contexto social democrático e multifacetado, marcado pela contingência e pela inexorável constatação da falibilidade e provisoriedade do conhecimento – para além da sua função de estabilização das expectativas de comportamento, a pressupor, desse modo, uma pretensão de correção dos seus proferimentos, que pode ser traduzida como realização de justiça. Nesse cenário, é fundamental a compreensão de que essa espinhosa empreitada obriga a uma reconfiguração do modo de se conceber a linguagem, que, a partir de uma perspectiva renovada – de constituinte do mundo e de nós mesmos –, desabrocha, enfim, em todas as suas potencialidades e dimensões, com o especial relevo da pragmática. Portanto, tendo como pilar essa visão renovada, é possível a incursão na palpitante temática dos conceitos jurídicos, para demonstrar que não é possível sustentar, aprioristicamente, a existência de critérios racionais que permitam distinguir conceitos determinados e indeterminados, exatamente pelo fato de que é falaciosa qualquer tentativa de se estabelecer a essência ou a natureza de algo, na exata medida em que a apreensão do seu sentido só pode ser adequadamente apropriada de forma contextualizada. Assim, o abalo produzido por essa constatação – que é explicitado na seara do Direito Administrativo – traz, de forma acoplada, a obrigatória demanda da própria desconstrução desse modelo de se operar o Direito, com o diferencial de que o verbo ‘desconstruir’ deve ser entendido agora como um (re)construir permanente, evidentemente sobre outros pressupostos, cujas bases, de forma geral, esta tese busca lançar.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Pretensão de correção. Linguagem. Pragmática. Reconstrução dos conceitos jurídicos.

ABSTRACT

The current situation of contemporary Law demands to redraft qualitatively its premises in order to, along the lines of a democratic and multifaceted social context, marked by contingency and by an inexorable conclusion on the fallibility and temporariness of the knowledge, go beyond its role of stabilizing behavioral expectations, which presupposes a disciplinary claim on the jurisprudence; this can be understood as the realization of justice. In this scenario, it is necessary to comprehend that this hard work requires a reconfiguration of the manner that we understand language, which, in a renewed perspective – of us as an element of the world and of ourselves –, shows all of its potentials and dimensions, with pragmatic's special relevance. Therefore, in this renewed perspective, it is possible to make a foray into this thrilling theme of juridical concepts to demonstrate that it is impossible to sustain, *a priori*, the existence of rational criteria that permit to distinguish precisely determinate and indeterminate concepts: any attempt to establish the nature or the essence of something is fallacious, since the meanings only can be caught appropriately in a contextualized way. Thus, the turmoil produced by this finding, which is evident in the area of Administrative Law, brings together the necessity of deconstructing this model of implementing Law; here, the verb deconstruct must be understood as a permanent (re)construct, clearly on other presuppositions, whose bases, in a wide approach, the present thesis intend to develop.

Key-words: Administrative Law. Disciplinary claim. Language. Pragmatic. Reconstruction of juridical concepts.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 Esquema lingüístico.....	88
FIGURA 2 “Múltiplos” olhares.....	176

LISTA DE TABELA

TABELA 1 – BHTrans - Participação Acionária.....	163
--	-----

LISTA DE SIGLAS

CONTRAN - Conselho Nacional de Trânsito

CR - Constituição da República Federativa do Brasil

EBCT - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

MP - Medida provisória

OAB - Ordem dos Advogados do Brasil

OS - Organização Social

OSCIPs - Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

RESP - Recurso Especial

S.E.M – Sociedade de economia mista

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TCU - Tribunal de Contas da União

TST - Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	25
2 INCURSÕES EM TEORIAS DA DECISÃO MODERNAS E CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA	35
3 CONCEPÇÃO CLÁSSICA DOS CONCEITOS	51
3.1 Teoria dos Conceitos	51
3.1.1 <i>Conceito de conceito</i>	<i>51</i>
3.1.2 <i>Cronologia dos conceitos</i>	<i>52</i>
3.1.3 <i>Estrutura dos conceitos: análise conceitual.....</i>	<i>68</i>
3.2 Excursão teórica: Ferdinand Saussure e a linguagem	70
3.3 Conceitos no Direito	72
3.3.1 <i>Direito e Linguagem.....</i>	<i>72</i>
3.3.2 <i>‘Conceitos jurídicos’</i>	<i>74</i>
3.3.3 <i>Direito e Modernidade</i>	<i>76</i>
3.3.4 <i>Normas jurídicas e subsunção.....</i>	<i>81</i>
3.3.5 <i>Determinação e indeterminação no Direito.....</i>	<i>84</i>
3.3.5.1 <i>Conceitos jurídicos indeterminados ou indeterminação do Direito?.....</i>	<i>87</i>
3.3.5.2 <i>Indeterminação no termo ou no conceito?.....</i>	<i>87</i>
3.3.5.3 <i>Estrutura dos conceitos jurídicos e uma distinção entre conceitos determinados e indeterminados</i>	<i>89</i>
3.3.5.4 <i>Indeterminação e estrutura da norma jurídica</i>	<i>91</i>
3.4 Uma Paragem semântica.....	92
4 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	94
4.1 Direito Administrativo e discricionariedade administrativa.....	94
4.2 Contornos básicos da discricionariedade administrativa	101
4.3 Discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados.....	106
4.3.1 <i>Direito estrangeiro</i>	<i>106</i>
4.3.1.1 <i>Direito Germânico</i>	<i>106</i>
4.3.1.2 <i>Direito francês</i>	<i>109</i>
4.3.1.3 <i>Direito Italiano.....</i>	<i>111</i>
4.3.1.4 <i>Direito Espanhol</i>	<i>114</i>
4.3.1.5 <i>Direito Português</i>	<i>115</i>
4.3.2 <i>O debate na doutrina tradicional brasileira</i>	<i>116</i>
4.3.3 <i>Abordagem jurisprudencial do tema</i>	<i>121</i>
4.4 Visão contemporânea da discricionariedade	128
4.4.1 <i>O posicionamento de Gustavo Binembom.....</i>	<i>128</i>
4.4.2 <i>O posicionamento de Sérgio Guerra.....</i>	<i>134</i>
5 VISÃO JUSFILOSOFICAMENTE ADEQUADA DOS CONCEITOS JURÍDICOS.....	140
5.1 Críticas tradicionais ao modelo semântico	140
5.2 O caminho	144
5.2.1 <i>Da Pragmática</i>	<i>144</i>

5.2.2 <i>O caminho do caminho</i>	146
5.2.3 <i>A pragmática analítica do segundo Wittgenstein e uma abordagem renovada dos conceitos</i>	147
5.2.4 <i>Excursus: o construto de Dworkin</i>	151
5.3 Uma Paragem pragmática	154
5.3.1 <i>A resposta</i>	154
5.3.1.1 <i>Crítica à natureza jurídica das entidades da Administração Indireta</i>	156
5.3.1.1.1 <i>Empresa Pública</i>	156
5.3.1.1.2 <i>Sociedades de Economia mista</i>	169
5.3.1.1.3 <i>A desconstrução do conceito de Autarquia e Fundação Pública à luz da jurisprudência pátria</i>	172
5.3.1.1.4 <i>Síntese conclusiva</i>	176
5.3.1.2 <i>Crítica ao conceito de ‘justa indenização’ no instituto da desapropriação</i>	179
5.3.1.3 <i>Crítica a outros institutos clássicos do Direito Administrativo</i>	180
5.3.2 <i>O desalento</i>	187
5.3.3 <i>A esperança</i>	199
 6 CONCLUSÃO	 209
 REFERÊNCIAS	 215

1 INTRODUÇÃO

Certo dia, Marius, servidor público estadual, ao chegar em casa após mais um dia de trabalho, foi surpreendido pela comunicação da esposa, de que um oficial de justiça havia deixado para ele um mandado de citação em que se lhe imputava a necessidade de ressarcimento ao erário de valores supostamente recebidos irregularmente. Acompanhava o mandado vasta manifestação da Administração, apontando que uma das parcelas que compunha sua remuneração carecia de amparo legal, razão pela qual, em prol do interesse público, o benefício, eivado de vício, seria cancelado e os valores dele decorrentes deveriam ser restituídos aos cofres públicos. Naquele momento, um misto de sensações e sentimentos, além de certa perplexidade, passou pela cabeça do servidor. Ora, essa parcela, que recebia sem mesmo haver requerido, integrava os valores percebidos mês a mês, sem nenhum questionamento e durante longos anos, o que, em sua avaliação, fazia com que a referida parcela integrasse de forma irreversível seu patrimônio, em especial sob o fundamento dos ‘princípios’ da boa-fé e da segurança jurídica. Nesse cenário, qual seria a decisão idônea a refletir a solução adequada para o caso apresentado? Como deveria proceder o juiz encarregado de solucionar a questão?

In casu, como deve ser observado, e aqui desconsiderando, para efeitos didáticos, a corrente jusfilosófica que adota a denominada ‘visão deflacionista da verdade’ como o (neo)pragmatismo¹ de Richard Rorty², não se pode olvidar que o deslinde do hipotético caso

¹ A corrente filosófica denominada ‘pragmatismo’ – na verdade, para Peirce, o pragmatismo deveria ser entendido como um método de reflexão para tornar as ideias mais claras (CHUEIRI, 2010, p. 194) – pode ser, em linhas gerais, estruturada em três grandes fases em uma linha temporal, assim matizadas: “Em um primeiro momento, que vai de meados do século XIX até as duas primeiras décadas do século XX, a fase dos ‘pioneiros’, a época de Charles Peirce, William James e John Dewey. Em segundo lugar, o casamento do pragmatismo com a filosofia analítica vinda da Europa (os refugiados do nazismo, isto é, os membros do Círculo de Viena que aportaram nos Estados Unidos e que praticamente dominaram uma boa parte dos departamentos de filosofia norte-americanos). Essa constatação se materializa em razão da crítica ao denominado ‘mito do dado’, no sentido de que dados sensoriais ou intuições serviriam como fundamento para o conhecimento empírico (SALATIEL, 2010) e uma recorrente preocupação com uma análise da linguagem que levasse em conta suas dimensões constitutivas (sintática, semântica e pragmática), embora ambas as colocações já fossem sinalizadas por Peirce. Deste casamento surgiu uma legião de filósofos dentro da comunidade de língua inglesa, principalmente nos Estados Unidos, e entre eles os nomes célebres de Willard Quine após a Segunda Guerra Mundial e, nos últimos quarenta anos, o nome de Donald Davidson. Em terceiro lugar o ‘boom’ do pragmatismo na década de oitenta e noventa - a volta do pragmatismo como uma corrente apta a enfrentar os mais variados campos de discussão (quase que como nos tempo de Dewey): filosofia da mente, lógica, filosofia da linguagem e epistemologia, filosofia social e política, filosofia da educação, filosofia do direito e filosofia das religiões e temas da mídia, como as discussões de gênero, o ‘politicamente correto’ e assim por diante. Não há dúvida que nesta terceira fase uma série de pensadores brilhantes e bastante diferentes empunharam a bandeira do pragmatismo: Hilary Putnam, Richard Rorty, Susan Haack, Charles Taylor, Richard Bernstein (por que não dizer, também, Thomas Kuhn?) e uma série de outros não menos instigantes e não menos eruditos.” (GHIRALDELLI JÚNIOR, 1999.)

² A título de exemplo, Cruz (2011, p. 73) afirma que “Rorty sustenta que não existem ‘respostas corretas’ em questões filosóficas (e jurídicas)”. Esse irracionalismo rortiano denunciado por Karl Oto Apel é apreendido por Cruz ao afirmar que para o filósofo americano “[...] seria inútil procurar pela verdade, pois tudo é relativo [...]”,

passa pela construção discursiva de uma decisão, com vistas à obtenção de uma ‘resposta correta’³, que não prescinde de uma adequada concepção do Direito contemporâneo. Essa assertiva tem como ‘condição de possibilidade’ uma tratativa que reflita ideais de justiça de proferimentos jurídicos estruturados linguisticamente⁴, para que se possa ‘traduzir’, afinal, o sentido de vício, remuneração, erário, interesse público, boa-fé, segurança jurídica e outros correlatos. Nesse cenário, o sentido ou conceito dessas palavras (termos) apresenta-se ao intérprete como determinado, indeterminado ou essa discussão perde a razão de ser num debate que leva a sério a dimensão constitutiva da linguagem e que realça sua dimensão comunicativa e não apenas designativa?

Nesse cenário, para desenvolver essa espinhosa empreitada, faz-se necessário trabalhar a sistemática dos conceitos a partir de um tratamento especial da linguagem em seus intrincados meandros, a exigir, como ponto de partida, um retorno à tradição filosófica ocidental grega, exatamente aquela que primeiro se especializou em conferir-lhe uma roupagem específica, ainda que lhe emprestando um viés unicamente designativo, assentada, nos dizeres de Oliveira (2006), em uma isomorfia entre linguagem e realidade.

Em outras palavras, nesse paradigma clássico, reserva-se para a linguagem o papel de

inexistindo a possibilidade de universalização desse conceito.

³ Fundamental expor que o alcance do que seja “resposta correta” comporta múltiplos matizes. Para uma análise completa e percuciente do tema é imprescindível a leitura de Cruz (2011), em especial o capítulo VI. Entretanto, como ponto de partida, assume-se aqui o caminho já traçado por Cruz (2007; 2009), no sentido de que a resposta correta deve ser entendida não como algo definitivo, permanente, estanque, mas, sim, como algo que obedece a critérios de racionalidade procedimental, apresenta-se de forma contingente, provisória, falível, inserida numa modelagem maior de ampliação do conhecimento humano, que deve sempre buscar de forma crítica e contínua a refundação de suas premissas. No mesmo sentido, precisa é a afirmação de Kozicki (2004): “a análise da aplicação do direito se reveste da mesma dificuldade que caracteriza as sociedades democráticas: é necessário um tipo de interpretação jurídica que, reconhecendo a abertura e contingência dos conteúdos jurídicos, não se revista de um caráter totalizador ou definitivo, estando sempre aberta a novas possibilidades significativas. Porém, ao mesmo tempo, a interpretação e aplicação do direito pelos tribunais deve, necessariamente, representar padrões relativamente rígidos de conduta e ser o instrumental necessário, porém nem sempre suficiente, para a solução dos conflitos sociais. Nisto reside a dificuldade contida nesta problemática: ainda que não exista uma única resposta certa para a democracia e o direito, é necessário que se busquem respostas tanto no plano político quanto no plano jurídico e que essas respostas representem, ainda que provisoriamente, atos de estabilização. **Ou seja, tanto a prática política democrática quanto a aplicação do direito dentro das sociedades democráticas vão estar sempre significadas pela paradoxal busca, em simultâneo, de abertura e fechamento. O direito pode e deve servir como instrumento de fechamento, mas a sua realidade interna não permite que esse fechamento seja inquestionável ou permanente**”. (KOZICKI, 2004, p. 148, grifo nosso.)

⁴ É importante, desde já, deixar claro que os pressupostos de um direito legítimo em sociedades democráticas devem estar umbilicalmente assentados no binômio justiça/segurança. Controvérsias à parte, Cruz (2009) afirma: “entendemos, na esteira de Jacques Derrida, que o enfoque da questão deve ser mudado de forma a refinar o debate. Não se trata de hierarquizar segurança e justiça, ora dando prevalência a uma em detrimento da outra. Em absoluto, não se trata de uma mera ‘inversão’ nessa gramática sociológica. **Parece-nos que o juízo derridiano de ‘deslocamento’ se afigura mais adequado, eis que não se pode hierarquizar algo que se entende incindível. Ou seja, segurança não se separa de justiça e ambas as pretensões constroem um juízo de correção normativa, elemento absolutamente imprescindível ao Direito, afigurando-se como condição de possibilidade [...] da ciência jurídica**”. (CRUZ, 2009a, grifo nosso)

reprodução, tão fiel quanto possível, da estrutura ontológica⁵ do mundo⁶. Nessa senda explicitamente objetivista, os conceitos passam a ser trabalhados em função dos objetos que representam. Assim, pode-se afirmar que as palavras têm sentido porque há objetos que elas designam (OLIVEIRA, 2006, p. 121), que existem independentemente de nós mesmos. Assim, estabelecer um conceito (de um determinado objeto) pressupõe “identificar e explicar o que faz com que esse objeto seja ele mesmo e não qualquer outro”⁷. (BOUVIER; GAIDO; BRIGIDO, 2007, p. 9, tradução nossa.)

Essa linha inicial de abordagem, que transita entre a visão idealista dos conceitos trabalhada por Platão e a visão realista cunhada por Aristóteles⁸, não abdica, no contexto apresentado, de buscar, em última instância, a essência (imutável) das coisas, o que, depois, somente é “comunicado” pela linguagem⁹. Assim, se Platão não chega ao extremo do Crátilo¹⁰, de identificar a significação da palavra com o som produzido quando do seu proferimento – vertente naturalista –, admite que mesmo a descrição do objeto pela palavra não é arbitrária, visto que os nomes, na verdade, reproduzem a **essência das coisas**, traduzindo a já mencionada feição meramente designativa e secundária da linguagem.

Em síntese, pode-se afirmar que para a filosofia grega o papel da linguagem é designar aquilo que é percebido pelo intelecto sem a sua intervenção, traduzindo a ideia de um pensar não linguístico, de sorte que a linguagem não é um meio ou mecanismo de apreensão ou conhecimento do real, mas tão somente um instrumento para a expressão ou revelação dessa realidade objetiva.

Essa tradição da ontologia clássica é reconfigurada pela e na modernidade com a descoberta do “eu” como ser racional, disparada pelo cogito cartesiano, que altera o centro de

⁵ Nesse ponto, vale esclarecer que, etimologicamente, ontologia deriva do grego *onto* e *logoi*, e trata da essência do ser; em outras palavras, o que faz com que um ser seja.

⁶ Nesse sentido, explica Oliveira (2006, p. 19): “Para os gregos, o pensamento é concebido como uma espécie de visão, ou seja, a visão intelectual, a visão do ser verdadeiro. O olho do espírito era capaz de captar a ordem objetiva, a verdadeira ordem das coisas, e essa ordem percebida era, por sua vez, a medida, a norma de retidão da linguagem. A tarefa da linguagem consiste, pois, na expressão adequada da ordem objetiva das coisas.”

⁷ “Identificar y explicar qué ES lo que hace ese objeto y no cualquier outro.”

⁸ É importante aqui fazer menção ao papel desempenhado por Aristóteles no desenvolvimento da filosofia, na medida em que de um lado consegue recapitular todos os pressupostos da tradição filosófica grega até então existentes e, de outro, desenvolver uma atitude crítica em relação a essa tradição, incluindo aí seu grande mestre Platão e, principalmente, os sofistas.

⁹ Para o estagirita, a “unidade objetiva que fundamenta a unidade de significação das palavras recebe em Aristóteles o nome de essência (ousia) ou aquilo que é (to ti esti). O que garante à palavra uma significação é o mesmo que faz o cão ser cão. Numa palavra, a permanência da essência é pressuposta como fundamento da unidade de sentido: é porque as coisas têm uma essência que as palavras têm sentido. A análise dos fundamentos da linguagem desemboca assim numa ontologia, pois, em última análise, a unidade do que é que legitima a unidade de significação”. (OLIVEIRA, 2006, p. 31.)

¹⁰ Importante a menção ao Crátilo, talvez o mais comentado diálogo de Platão, na exata medida em que, como afirma Oliveira (2006), pode ser considerado o termo *a quo* de uma abordagem crítica da linguagem.

interesse da filosofia na medida em que a “coisa-em-si” passa a ser a “coisa-em-mim”¹¹, que não prescinde da mediação da consciência nos processos cognitivos. Portanto, para essa corrente, surge um componente adicional do conhecer, representado exatamente pelo intelecto humano. Assim, seja com assento na tradição racionalista inaugurada por Descartes ou na (racional) empirista de Locke e Hume¹², os conceitos passam a ser tratados como elemento de foro interno que se aloja na mente e é observado por ela. Entretanto, essa modelagem não altera a função precípua de designação da linguagem, que conta, agora, com uma instância intermediadora prévia, exatamente a mente humana, que, por captar o mundo sensível, passa a ser compreendida como espelho da natureza.

Essa feição designativa da linguagem atravessa incólume diversos séculos da nossa história e ainda encontra guarida e sofisticação na análise intensionalista da linguagem empreendida por Frege, que, posteriormente, influenciou os positivistas lógicos do Círculo de Viena^{13 14}, em especial Rudolf Carnap e o Wittgenstein (2001) do *Tractatus logico-philosophicus*. Os autores, ainda que com diferenças estruturais, concebem a linguagem na perspectiva de uma univocidade lógico-formal sistematizada racionalmente, tendo como premissa básica a retidão, a precisão e o rigor. Para muitos, essa emancipação da linguagem em relação ao mundo, representa a primeira viragem linguística¹⁵. Entretanto, mesmo sob essa ‘renovada’ perspectiva, os conceitos ainda focam na explicitação daquilo que alguma coisa ‘é’; em outras palavras, ainda em sua ‘essência’, mesmo que reconfigurada.

¹¹ Essa mudança radical de enfoque é captada por G. Schonrich citado por Oliveira (2006, p.12) ao afirmar que a questão pode ser entendida a partir do prisma articulado “na pergunta se e de que modo a realidade enquanto tal se deixa apreender em nossas operações interpretantes-significativas ou se não são antes nossas interpretações que determinam o que deve valer como realidade”.

¹² Em verdade, para uma teoria dos conceitos, a abordagem deste trabalho adotará como foco a tradição empirista, na medida em que esta rompe, em suas premissas, com a visão idealista de Platão que, de certa forma, é preservada pelo racionalismo de Descartes. Nesse aspecto, ao “privilegiar” a percepção com sentido cognoscitivo, em detrimento de uma razão apriorística que tudo conhece, o empirismo implode a noção construída pelo discípulo de Sócrates, de um “mundo das ideias”.

¹³ De forma bastante resumida, o Círculo de Viena (Wiener Kreis), influenciado por autores como Russel, Mach, Einstein ou Frege e cujos principais expoentes foram Schlick, Carnap, não obstante sua ausência de uniformidade de pensamento, buscou uma visão cientificista do mundo apartada de qualquer viés metafísico, já que qualquer enunciado metafísico – conhecimento que transcende a experiência dos sentidos, cuja fonte ou fundamento é o pensamento puro ou a intuição pura –, portanto não demonstrável empiricamente, deve ser absolutamente rechaçado. Ademais, o papel da filosofia é tão somente o de proceder a uma análise ou validação lógica das proposições científicas, realçando sua função secundária em relação à ciência.

¹⁴ A doutrina aponta para um estreita relação entre Hans Kelsen e neopositivistas. Valle (2008, p. 5), no prefácio da primeira edição do seu inesgotável *Teoria Pura do Direito*, afirma que o pressuposto para que o Direito adquirisse status de ciência, imune a qualquer elemento estranho às próprias normas jurídicas, deveria aproximar seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão.

¹⁵ Essa particularidade do descolamento da linguagem em relação ao mundo é assim captado por Valle (2008, p.8): “Como afirmado anteriormente, denomina-se *giro linguístico* o paulatino crescimento da autonomia da linguagem em relação à realidade, chegando até mesmo aquela a sobrepor-se a esta.” Mostra-se importante essa afirmação nesse momento, tendo em vista as palavras de Tarek Moussalem citado por Valle (2008): “a linguagem não se confunde com a realidade”. São mundos absolutamente distintos, a ponto de se poder falar – além de um mundo físico – em um mundo cultural, existente tão somente em virtude da linguagem”.

Dessarte, a verdadeira a reviravolta na forma de se conceber os conceitos somente se opera a partir da ruptura radical empreendida pelo Wittgenstein tardio (2005), conforme construção erigida em sua obra *Investigações Filosóficas*, cujo mérito é exatamente esfacular a lógica conceitual de se buscar sempre precisar ou estipular o sentido a partir daquilo que uma coisa, objeto ou mesmo estado de coisas ‘é’, para uma significação contextualizada, a partir de seu uso em diversos ‘jogos de linguagem’. Isso pressupõe uma renovada consideração da linguagem, não mais exclusivamente sob as perspectivas sintática e semântica, para se dar ênfase à sua dimensão pragmática, que foca aspectos comunicacionais e não apenas o representacional próprio dos paradigmas anteriores.

Essa construção, que na verdade sinaliza um novo olhar sobre a linguagem – agora reverenciada em todas as suas potencialidades –, ao ser trasladada para o domínio do Direito, gera consequências devastadoras para as ‘acomodadas’ teorias da decisão modernas, aqui entendidas como aquelas que adotam a concepção positivista ou pós-positivista de ‘primeira ordem’¹⁶: a primeira, é que, se sob o pálio dessas abordagens, os conceitos cindem-se de forma clara em **determinados** – aqueles que aprioristicamente já possuem características suficientes para ‘identificar’ de forma clara, precisa, ‘alguma coisa’ ou um ‘estado de coisas’ – e **indeterminados** – aqueles que possuem uma ‘zona cinzenta’ a exigir, no mínimo, uma atividade de intelecção para atribuição de sentido –, agora pretende-se demonstrar que, ao se considerar a linguagem sobre outras bases, **desaparece essa diferença ontológica**; a outra consequência tem alcance mais extenso e ampliado, na medida em que se escancaram possibilidades para a elaboração de ácidas críticas às próprias teorias da decisão mencionadas e se coloca em xeque até sua idoneidade para lidar com as complexas demandas das sociedades multifacetadas de hoje¹⁷, o que tem como desdobramento a desconstrução dos pressupostos operativos do Direito como um todo e, em especial, para o corte epistemológico

¹⁶ Nesse ponto, apenas para equalizar a discussão, vale dizer que a doutrina positivista pode ser compreendida sob alguns elementos fundantes: o ceticismo ético; o dogma formal da neutralidade e a autonomia plena do Direito em relação à moral. Importa frisar ainda que o positivismo jurídico apresenta diversos matizes e linhas de pensamento. Nesse sentido, por exemplo, não se pode trabalhar sob os mesmos pressupostos com o positivismo exegetico do século XIX e com o normativismo kelseniano. Da mesma forma, o pós-positivismo de primeira ordem, não obstante deixar de compreender o Direito a partir de um conjunto perfeito, harmônico e acabado de regras, insiste em concebê-lo a partir de uma separação forte ou rígida entre regras e princípios, agora alçados ao *status* de norma jurídica.

¹⁷ Em sua crítica à incapacidade do normativismo kelseniano para dar ‘boas respostas’ às demandas dessa sociedade, Chueiri (2010, p. 181, tradução nossa) afirma: “por ‘boas’ eu quero dizer o desenvolvimento da sociedade em termos da sua estrutura democrática radical, o reconhecimento da igualdade como seu princípio norteador tanto quanto a realizações de novos direitos que constantemente emergem como respostas às demandas dessa sociedade”. No original: “By ‘good’ I mean the improvement of society in terms of its radically democratic structure, the recognition of equality as its guiding principle as well as the accomplishment of new rights that are constantly arising in response of its (the society’s) demand.”

deste trabalho científico, do Direito Administrativo¹⁸.

A introdução poderia encerrar-se aqui. Entretanto, o ranço metodológico da modernidade exige, para o protocolo, um discorrer estruturado de como a tese será desenvolvida. Assim, no primeiro capítulo, como justificativa adicional do tema ora proposto, será desenhado um panorama das modernas teorias da decisão, para alertar que a necessária pretensão de correção que deve ser imanente a um Direito que se pretende legítimo não pode prescindir, de forma alguma, da correta compreensão do fenômeno da linguagem e suas nuances e especificidades, traduzida, nesta tese, sob a perspectiva dos conceitos (jurídicos) (in)determinados.

Em seguida, com essa visão macro estabelecida, procurar-se-á focar uma teoria dos conceitos, tratados a partir da abordagem clássica ou tradicional – limitada à dimensão semântica da linguagem –, que começa com uma pequena digressão sobre o conceito do que se entende por conceito, para, em seguida, trabalhar a evolução das compreensões a eles associadas na perspectiva **essencialista** já referida, no decorrer da história, que se inicia com os pré-socráticos e finaliza com a portentosa construção elaborada por Frege, considerado o pai do chamado ‘primeiro giro linguístico’, e por seus seguidores, neles incluído o primeiro Wittgenstein, em razão do seu esmero no tratamento da linguagem, que passa a ser o foco da análise.

Uma vez compreendida essa trajetória, é importante determinar como os conceitos são estruturados nessa formulação clássica, a partir do que se denomina comumente de análise conceitual, que, grosso modo, estabelece que conceituar algo pressupõe sua decomposição em ‘partículas mais elementares’, explicitadas a partir de propriedades ou características. Estabelecida essa dinâmica e já que o foco é a linguagem, torna-se fundamental uma abordagem, ainda que sucinta, da importância do legado de Ferdinand Saussure (2006) para o estudo da linguagem e de seus desdobramentos para este trabalho científico.

Nesse ponto da tese, nivelado o entendimento sobre uma teorização dos conceitos, faz-se necessário transportar essa construção para os domínios do Direito, de sorte que, após uma breve abordagem do caráter indissociável da relação entre Direito e linguagem, procura-se trabalhar, com a autonomia intelectual que uma tese permite, a noção do alcance do que efetivamente seriam conceitos jurídicos sob um enfoque diferenciado, que tem como embasamento a teoria dos sistemas de Luhmann, na toada de que devem ser mais

¹⁸ É importante deixar claro, ainda no dealbar deste trabalho, que a noção de desconstrução aqui trabalhada abriga as contribuições de Jacques Derrida estruturadas na obra *Gramatologia* (2008). Nesse sentido, de acordo com a radicalização empreendida pelo filósofo argelino em relação à linguagem, a desconstrução pressupõe as noções de inversão, entendida como uma redescoberta do texto (escrito), que, ‘revalorizado’, fagocita todos os referenciais reais possíveis, como as estruturas históricas, econômicas, políticas e também da propositura de um deslocamento, sinteticamente entendido como um salto, que, em última análise, representa um novo plano, um novo olhar, uma nova perspectiva sobre o assunto. Essa postura permite o rompimento das amarras de uma visão estritamente silogística, unidirecional, do Direito.

corretamente designados como conceitos no Direito.

Com essas considerações, adentra-se o cerne do trabalho, a partir de uma perspectiva que exige, de início, a reconstrução da formação do Direito na era moderna para que se possa compreender como esse Direito é formalmente estruturado e, assim, delimitar os contornos da ‘fonte’ de indeterminação dos conceitos (jurídicos).

Nesse contexto, procede-se a uma releitura de algumas contribuições da doutrina brasileira e estrangeira considerada relevante sobre o tema, com especial cuidado nas questões da vagueza e da ambiguidade da linguagem e seus desdobramentos, como as noções de imprecisão e incompletude, dentre outras.

Na sequência, em razão de sua relevância, alguns pontos merecerão destaque: o primeiro, a viabilidade de se sustentar a existência de conceitos jurídicos indeterminados tendo como fator de comparação a modelagem kelseniana de escancorar, como aporia do Direito enquanto ciência, sua indeterminação como pressuposto; outro ponto a ser abordado envolve uma interessante controvérsia envolvendo dois importantes doutrinadores pátrios – Eros Roberto Grau (2006) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2004-2008b) – acerca da adequação em trabalhar com a indeterminação no termo, rótulo ou palavra ou se o conceito em si é que é indeterminado. Especificamente aí, apresenta-se um terceiro ponto, ao se abordar a indeterminação no objeto ou no estado de coisas a ser determinado. Nessa altura, é necessário um tratamento específico das posições doutrinárias que lidam com a estrutura dos conceitos indeterminados, o que permite, sob esse enfoque específico, o estabelecimento de alguns critérios que sustentem essa distinção.

Finalmente, tomando como ponto de partida a estrutura da norma jurídica desenhada pelas escolas oitocentistas, cujo formato se materializa no binômio hipótese normativa e consequência jurídica ou estatuição, surge o desafio de responder, com base nesse arcabouço, a um singelo questionamento: onde se localizariam os conceitos jurídicos indeterminados? Na hipótese, na consequência ou em ambos?

Com essa resposta, em face do volume de informações lançadas, é preciso estabelecer um ponto de inflexão. Isso porque a partir da construção desenvolvida impõe-se efetuar uma compilação, ou melhor, um nivelamento ou ajustamento de tudo o que foi desenvolvido até esse ponto, que, repita-se, cinge-se aos contornos semânticos da linguagem.

Uma vez nivelada a compreensão, importante no desenvolvimento proposto, será demonstrada a importância do tema retratado sob a perspectiva da ciência do Direito, e aqui, como corte epistemológico, cuidou-se da escancarada opção, portanto escolha, de se relacionar ou abordar com mais cuidado a sempre interessante questão posta pela dogmática

administrativa, por envolver a relação entre a discricionariedade administrativa, ela somente, e os conceitos jurídicos indeterminados, na exata intenção, sob essa perspectiva, de se responder ao questionamento central: conceitos jurídicos indeterminados pressupõem, ou não, o exercício da discricionariedade administrativa? Para tanto, após o estabelecimento dos contornos de base da discricionariedade administrativa, será apresentada uma reconstrução histórica de sua trajetória, tendo como ponto de partida a própria gênese do Direito Administrativo, com o posterior detalhamento das contribuições das doutrinas germânica, francesa, italiana, espanhola e portuguesa, para, com base nesse arcabouço, proceder ao cotejamento entre discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados.

Como aperitivo adicional nesse assunto específico, é fundamental trazer à baila propostas de autores da nova geração de administrativistas, como Gustavo Binimbojm (2006) e Sérgio Guerra (2008), uma vez que possuem o inquestionável mérito de fugir do lugar comum e tratar o tema da discricionariedade sob outras premissas que não a da vetusta e tradicional escola do Direito Administrativo no Brasil, ainda que não se valham do suporte da filosofia e da linguagem que se pretende adotar como condição de possibilidade de um operar adequado do Direito.

Por fim, o fim. E se todo final também tem um início, é preciso dizer que, mesmo sob o prisma estritamente semântico, a abordagem clássica descrita nos capítulos anteriores já fora objeto de inúmeras críticas, com especial destaque, pela robustez da fundamentação, para aquelas que reforçam a impossibilidade de associar o conceito de algo com sua ‘essência’ em sentido amplo, como propõe Santiago Nino (2010), ou, ainda, as encetadas por Saul Kripke e Hillary Putnam (2003), dentro da chamada ‘semântica K-P’, que com muita propriedade esfacela o edifício fregeano de uma teoria do significado. Nesse ponto, começa-se a desvelar o caminho daquilo que é a proposta deste trabalho, ou seja, que não é possível, já que não há fundamentos racionais para isso, pretender classificar um conceito como determinado ou indeterminado aprioristicamente.

Esse caminho, que, obviamente, tal qual um conceito, não pretende ser um fim em si mesmo, como algo encapsulado, o que demanda construção e reconstrução permanente, começa a ser desenhado pelo toque de Midas empreendido pela pragmática, que redescobre as potencialidades da linguagem, em especial trasladando o foco de seu aspecto representacionista para o aspecto comunicacional, o qual, como bem explicitado por Donald Davidson, exige o abandono de uma teoria da referência que destacava a coisa, estado de coisas ou objeto, dentro daquilo que se convencionava chamar, na teoria dos conceitos, de um *know that*.

Assim, esse elixir pragmático permite que Wittgenstein, frustrado com sua tentativa de esquadrihar o mundo por meio da linguagem, construa, no movimento que se compreende como segunda viragem linguística, os pilares de um novo modelo de filosofia, que se espalha indistintamente por inúmeras vertentes, nem sempre harmônicas, como os pragmatistas analíticos da Escola de Oxford, Putnam (2003), Brandom, além de influxos na fenomenologia de Heidegger (2002), na hermenêutica de Gadamer (2003a), e na robusta filosofia dos frankfurtianos, como Apel (2005) e Habermas. Particularmente no que tange aos conceitos, e aí a resposta, Wittgenstein (2005) tem o grande mérito de concebê-los sob a perspectiva de um *know how*, ou seja, a tratativa passa a ter como centro o fato de que a construção de sentido de um termo ou proposição envolve usos e habilidades, o que exige uma contextualização de acordo com diferentes jogos de linguagem e de regras estabelecidas em uma gramática profunda.

Obviamente, a construção de Wittgenstein (2005) não é completa nem imune a críticas, razão pela qual esse construto por ele desenvolvido ganha como valor agregado as contribuições de um Heidegger humanizado e as complexas teorizações habermasianas desenvolvidas como seu resgate discursivo de pretensões de validade. Entrecortando esse turbilhão de informações de natureza predominantemente filosófica, Dworkin (2007), como excuro, nos brinda com sua forma peculiar de classificar os conceitos, mas não isenta de críticas e questionamentos.

Entretanto, nem tudo são flores, pois o que se tem de novo no *front*, no que diz respeito ao operar do Direito, não consegue ser captado pelos operadores do Direito, em razão de um ‘fechamento operativo’ para tudo que fuja do *status quo* estabelecido, em especial, por ora, para o Direito Administrativo, que majoritariamente sucumbe à exclusividade de uma lei garantidora de certeza e segurança, que torna o horizonte ainda mais sombrio. E o desalento se agudiza quando a dos ‘modernos’ administrativistas não prescinde de releituras de antigas premissas, bem ao talante de uma acrítica cisão entre regras e princípios¹⁹, de uma adesão salvífica ao princípio da proporcionalidade ou de uma objetivação limitadora do próprio conhecimento.

Mas, como diz o adágio popular, depois da tempestade vem a bonança. Assim, em conformidade com a postura da corrente que acredita na possibilidade do resgate das promessas não cumpridas da modernidade, é necessário um projeto de re-discussão e re-debate permanente dessas questões, para além dos feudos acadêmicos, no sentido de não

¹⁹ No mesmo sentido, Chueiri (2010) afirma que dicotomias do tipo sujeito *versus* objeto, razão *versus* senso, mente *versus* corpo tornaram-se de alguma forma suspeitas”. (CHUEIRI, 2010, p. 179, tradução nossa). No original: “Dichotomies such as subject *versus* object, reason *versus* sense, mind *versus* body became somehow suspicious.”

sermos obnubilados por um tempo e por um Direito que não pode esperar pela construção de respostas (corretas).

Alea jacta est!

2 INCURSÕES EM TEORIAS DA DECISÃO²⁰ MODERNAS E CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

Os alvares do século XXI representam um ponto de inflexão no desenvolvimento das ciências sociais, em especial do Direito. É que, parafraseando Cornelius Castoriadis (1997), no seu conjunto de obras denominado *As encruzilhadas do labirinto*, talvez hoje se escancare um impasse no qual o desencanto com as promessas da modernidade, em especial pelo esfacelamento das certezas hauridas do individualismo desse homem racional e metódico, que sempre buscou domesticar e controlar a natureza, a si mesmo e aos outros, exporá as agruras de ‘ser-humano’²¹ e dos influxos dessa vida em sociedade. Como diria Boaventura de Souza Santos (2000, p. 14), “há um desassossego no ar”. Nesse cenário, afinal, podem os pressupostos da modernidade ser refundados criticamente ou devemos ficar reféns de uma “razão indolente” como vaticina o autor luso, que, de uma forma ou de outra, escancara o “fim da história”, como preconizam diversos autores da chamada ‘pós-modernidade’?

Ora, no plano jurídico, foco de interesse deste trabalho, os presságios do teórico português parecem se confirmar, na medida em que o sossego hegemônico do positivismo jurídico é abalado por uma avalanche de teorias e teorizações dos mais diversos matizes, tendo como molas propulsoras o turbilhão de mudanças ocorridas no século que se encerra, como, por exemplo, na estrutura do Estado²², nos contornos da soberania²³, na ocorrência de

²⁰ Esse termo foi usado por Streck (2010). Feito o registro, importante frisar que como esta tese é direcionada para debates no campo específico do direito, e em especial dos fundamentos das decisões – judiciais e administrativas - entende-se que a menção a ‘teorias da decisão’ afigura-se mais adequada do que a ‘teorias da justiça’, como bem colocado pela professora Vera Karam da UFPR, uma vez que estas incorporam uma perspectiva bem mais ampla, com destaque para a sua inserção na filosofia política, a envolver autores como Aristóteles, Jeremy Bentham, John Stuart Mill, Immanuel Kant, John Rawls, o que ultrapassa, portanto, os (modestos) contornos deste trabalho.

²¹ Nesse sentido, a denúncia das consequências dessa instrumentalização da razão humana é magistralmente captada por Adorno e Marcuse, expoentes da primeira geração da Escola de Frankfurt. De acordo com Silva e Ciacchi (2011), em *A natureza esclarecida: uma discussão sobre cultura e natureza em Adorno e Horkheimer na Dialética do Esclarecimento*, “os autores realizam o entrelaçamento do mito, dominação e trabalho utilizando como metáfora a Odisseia, de Homero. Numa famosa passagem, o encontro de Ulisses com as sereias é o ponto nodal de análise da relação entre subjetivização e reificação. O herói Ulisses ao ouvir o canto das sereias, prende-se ao mastro da embarcação para não sucumbir à beleza do canto destas, ao passo que a tripulação – ouvidos tapados com cera – é inflamada a remar até que o perigo torne-se superado. Nesta alegoria, percebemos que a Ulisses é dado o direito de decidir sobre os destinos dos outros tripulantes e a beleza – algo capaz de trazer aos homens os desejos mais instintivos – enquadra-se dentro de limites que não põem em risco a autopreservação. A Ulisses é dado o estatuto não só de decidir, mas de dominar os outros homens”. (SILVA; CIACCHI, 2011.)

²² Exemplificadamente, não se pode deixar de mencionar o advento do chamado Estado Social de Direito, que em função de uma série de fatores, como a agudização do hiato entre o capital e o trabalho, deita raízes para a reconfiguração do papel estatal, rompendo com as premissas do Estado Liberal.

²³ Globalização, transconstitucionalismo e a noção de uma “nova” soberania que ultrapassa as fronteiras do Estado nacional são assuntos debatidos amiúde por teóricos dos mais diversos domínios do saber. Sobre o assunto, para a construção de uma postura reflexiva, sugere-se a leitura da obra *A constelação pós-nacional*:

uma série de eventos históricos, de fundo econômico e não econômico, e nos nauseantes influxos tecnológicos de um mundo em que as pessoas e informações transitam com velocidade cada vez maior, de sorte que esse ‘amálgama’ contemporâneo traz para a senda do Direito uma inquietante necessidade de se estabelecer um repensar de seus pressupostos operativos, de forma geral.

Nesse cenário, passado mais de meio século do suposto toque de midas empreendido pelas novas teorias da argumentação inseridas numa modelagem pós-positivista²⁴, exemplificada pelos contributos não taxativos de autores como Viehweg, Perelman, Dworkin e Alexy, faz-se necessária uma releitura das premissas que lhe serviram de base e sustentação. Isso porque essas ideias, que levaram os operadores do Direito a uma verdadeira catarse, à medida que se lhes confiou um sofisticado manancial de possibilidades, roteiros e técnicas²⁵ para solucionar casos concretos, não conseguiram decerto adquirir um umbral de racionalidade e talvez previsibilidade que permitisse exorcizar, de vez, as deficiências do positivismo jurídico, em especial a questão do agir discricionário dos juízes, herdado do construto kelseniano. Portanto, em linhas gerais, tem-se como rescaldo, mesmo nos diversos ramos dos que defendem a superação desse paradigma²⁶ positivista, a perpetuação daquilo que o pós-positivismo buscou superar e denunciar.

Esse cenário permitiu, após um período de ocaso e latência, principalmente na seara do Direito Constitucional, que a vetusta doutrina positivista, alicerçada em robusta construção teórico-filosófica, recrudescesse com ânimo renovado, ainda que sob novas roupagens e desenhos, até mesmo entrelaçando-se com construtos de índole pós-positivista, mas com o indefectível carimbo do apego à *lex*. Assim, não raro, o mercado editorial é surpreendido com o lançamento de novas obras que, de uma forma ou de outra, rendem tributo ao (neo)positivismo jurídico²⁷, como a adequada ou prioritária forma de se operar o Direito, que,

ensaios políticos, de Jürgen Habermas, do livro *Transconstitucionalismo*, de Marcelo Neves, e do interessante texto “A ética da hospitalidade, segundo J. Derrida, ou o porvir do cosmopolitismo por vir a propósito das cidades-refúgio, re-inventar a cidadania”. (BERNARDO, 2011.)

²⁴ Sintetizado, como explicitado na parte introdutória, pela elevação dos princípios ao status de norma jurídica e, obviamente, todos os desdobramentos.

²⁵ Para uma visão crítica do princípio da proporcionalidade, entendida como um ‘camuflado’ retorno aos métodos de interpretação oitocentistas, ver por todos Ferraz (2009).

²⁶ Sobre a aplicação de paradigmas ao Direito, imprescindível é a obra: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O discurso científico na modernidade: o conceito de paradigma é aplicável ao direito?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009..

²⁷ Essa questão de um novo olhar sobre o positivismo jurídico é extensamente discutida por Dworkin (2010) em sua obra *A justiça de toga*. Em linhas gerais, esse novo positivismo congrega de um lado os chamados ‘positivistas inclusivos’, como Jules Coleman, que admitem que ‘os princípios morais só se tornam princípios jurídicos quando princípios jurídicos mais básicos, que não incluem princípios morais, os designam como jurídicos’, e, de outro, os chamados positivos “exclusivistas”, como Joseph Raz, que negam que todo princípio que desempenha um papel na argumentação jurídica, como os princípios morais, apenas por esse motivo possam

ultima ratio, representa especial adesão àquilo disciplinado pelo legislador²⁸, como que redescoberto a partir dos conhecidos e nem sempre compreendidos moldes dos ideais revolucionários franceses, que lhes conferem chancela democrática para, enfim, legislar.

As considerações expendidas têm razão de ser. Explica-se: gradativamente, o neoconstitucionalismo²⁹ do pós-segunda guerra, com sua concepção haurida da Lei Fundamental de Bonn, de uma ordem objetiva de valores – entendidos como princípios –, que tinha como núcleo a dignidade da pessoa humana, agregou, nesse contexto, uma nova hermenêutica, cuja fonte seria um modelo paradigmático de Direito que transcendesse a noção formalista de ordenamento jurídico como um conjunto perfeito e acabado de regras. Nesse cenário, obviamente mais sofisticado do que o da aplicação silogística ou discricionária da lei, sobleva o papel do Judiciário, que passa a atuar como superego ou (neo) tutor, nos dizeres de Ingeborg Maus (2000), de uma sociedade órfã e dilacerada pelo horror provocado pelas atrocidades do regime nazista. Ora, isso é demasiadamente tentador para os juízes, pois, agora, deixando de ser meros solucionadores de conflitos tendo como base as pautas previamente ditadas pelo legislador, passam a ser verdadeiros instrumentos de concretização dos valores materializados nas Constituições, de sorte que a ampliação do escopo da função jurisdicional não raro faz com que o juiz, para além de concretizar direitos, se travista indevidamente em neolegislator³⁰.

Ora, há cerca de 400 anos, Newton, ao formular as leis gerais da mecânica clássica, já demonstrava que a toda ação corresponde uma reação igual e em sentido contrário. Nesse sentido, essa postura do Judiciário, que ganha contornos muitas vezes não controláveis, traz consequências e movimentos em sentido contrário por parte daqueles que querem deter de uma vez por todas essa postura ativista do Poder Judiciário, visto que esta “indubitavelmente compromete o equilíbrio harmônico-discursivo dos Poderes constituídos”. (FERRAZ, 2009, p. 25.)

ser considerados princípios jurídicos (DWORKIN, 2010, p. 330). A esse respeito, vale fazer menção ao recente posicionamento de Luís Roberto Barroso, na obra *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*, em seu texto A Constitucionalização do Direito e suas repercussões no Direito Administrativo (2008, p. 61), em que parece ter uma recaída no positivismo, ao sustentar que se deve adotar em uma teoria da decisão, em primeiro lugar, a aplicação da lei, conforme se infere do seguinte excerto, no qual se destacam dois parâmetros preferenciais: “a) preferência pela lei: onde tiver havido manifestação inequívoca e válida do legislador, deve ela prevalecer, abstando-se o juiz ou tribunal de produzir solução diversa do que lhe pareça mais conveniente; b) preferência pela regra: onde o constituinte ou o legislador tiver atuado mediante a edição de uma regra válida, descritiva da conduta a ser seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia, que por acaso pudesse postular incidência na matéria.”

²⁸ Daí por exemplo a defesa de interpretações originalistas, como, por exemplo, por parte do *justice* Antonin Scalia (2001) e José Alfredo Baracho Jr.

²⁹ Esse termo foi utilizado explicitamente por Carbonnell (2003).

³⁰ Essa questão possui contornos amplos. O grande questionamento que se coloca é exatamente traçar o tênue limite entre uma atuação legítima e outra invasora por parte do Poder Judiciário e do próprio legislador, como será discutido adiante nesta tese.

Nessa linha, o argumento é sedutor. Lima (2003) agudiza a crítica, ao afirmar que o Poder Judiciário (em especial as Cortes Constitucionais) carece da legitimidade democrática da representação popular para substituir o legislador, de sorte que seu papel deve ser conformado na tênue linha que, de um lado, denota uma devotada subserviência aos atores políticos, em especial ao Executivo, e, de outro, um narcisismo autopoiético, que indevidamente o eleve à condição de ser “O” poder constituído³¹.

Nesse panorama nada amistoso e de prognóstico incerto, importante uma (breve) análise de teorias da decisão modernas como forma de se ofertar soluções adequadas. Assim, em face das diversas correntes que se digladiam para tanto, será, por exemplo, que assiste razão aos neopositivistas, no sentido de que o positivismo jurídico ainda oferece a melhor resposta a demandas inseridas nesse contexto? De outro lado, será que é possível compreender o Direito para além desse modelo, seja entendido na sua feição legalista do século XIX, seja na versão refinada de Kelsen, Hart, Ross ou MacCormick, satisfazendo, simultaneamente, aos ideais de um Estado democrático de Direito³², sem cair nas armadilhas e na sedução da teoria da argumentação construída por Alexy com substrato teórico assentado no princípio da proporcionalidade? Em síntese, toda essa homilia até aqui desenvolvida – que retrata um misto de perplexidade e inquietação – é, no fundo, uma discussão sobre qual modelo de Direito afigura-se mais idôneo para reverberar os ideais de uma sociedade democrática, que, em última análise, não pode abdicar de sindicar qual o Direito aplicável ou, de forma mais técnica, qual a resposta correta para os casos que demandam a intervenção do Direito.

Essa constatação começa a descortinar as premissas jusfilosóficas adotadas neste trabalho e que têm estreita correlação com o inarredável postulado – condição de possibilidade na visão kantiana – de **pretensão de correção do Direito**³³. Esse contexto

³¹ Exemplificadamente, pode-se citar o voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4335/AC (com pedido de vista do ministro Ricardo Lewandowski), ajuizada pela Defensoria Pública do Estado por descumprimento da Decisão do excelso pretório no HC 82959, em que a Corte afastou, na época, a vedação à progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, por considerá-la inconstitucional. Na locução do próprio Ministro: “Proferi voto reafirmando minha posição no sentido de que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o Supremo, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo comunicação àquela casa legislativa que publique a decisão [...]. Dessa forma, julguei procedente a reclamação por entender desrespeitada a eficácia *erga omnes* da decisão proferida no HC 82959.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1.090-1.091.)

³² Talvez fosse interessante, para o momento, que se procedesse a uma reconstrução do exato alcance da expressão. Em verdade, prefere-se remeter o leitor a Habermas (1997, em especial ao cap. IX).

³³ No mesmo sentido, parece concordar Dworkin (2010), quando trabalha sua noção de conceito doutrinário do Direito, tendo como premissas as condições de veracidade das proposições jurídicas.

revolve a milenar discussão que envolve a relação entre Direito e justiça^{34 35}, na exata medida em que as hipercomplexas sociedades do século XXI não podem abdicar do desiderato de buscar permanentemente respostas que reflitam seus anseios de justiça³⁶, pois, de um lado, como afirma Dworkin (2010, p. 40), “é importante o modo como os juízes decidem os casos que se lhes apresentam” e, de outro, nos dizeres de Alexy (2010),

[...] a pretensão de justiça é típica das democracias modernas, mas qualquer modelo jurídico, da antiguidade à atualidade, exige a pretensão de justiça e com ela a pretensão de correção, eis que sendo o Direito um discurso racional prático, seria impossível a desconexão de justiça e correção. (ALEXY, 2010, p. 35.)

Em suma, toda essa problemática é bem sintetizada por Cruz (2011), quando explicita que:

De um lado, parece não haver dúvida que o Direito, na condição de ciência³⁷, tem em si o elemento da pretensão de correção. Mesmo juristas de posições bastante distintas e controversas, como o moralismo jurídico e o positivismo, para não citar

³⁴ Essa relação é muitas vezes tormentosa e nem sempre convergente. A literatura “inaugura” essa cisão na célebre passagem da Antígona (por todos, ver Morrison, 2006, p. 24-31). Interessante também é a passagem trabalhada por Dworkin (2010), que diz respeito ao idolatrado juiz americano Learned Hand: “Quando Oliver Wendell Holmes era juiz da Suprema Corte, certa vez ele deu carona ao jovem Learned Hand, quando ia para o trabalho. Ao chegar a seu destino, Hand saltou, acenou para a carruagem que se afastava e gritou alegremente: ‘Faça justiça juiz!’ Holmes pediu ao condutor que parasse e voltasse, para a surpresa de Hand. ‘Não é esse meu trabalho!’ disse Holmes, debruçado na janela”. Nessas linhas, fica claro algo que influenciaria Hand para todo o sempre: os juízes devem respeitar as deliberações do Poder Legislativo, cuja função precípua é elaborar leis, uma vez que são eles os representantes do povo, legitimamente eleitos para esse mister.

³⁵ É importante ainda deixar claro que as relações entre Direito e justiça são tematizadas por autores de diferentes correntes filosóficas. Nesse particular, como contribuição, é interessante fazer menção ao texto de Kozicki (2004), que, com esteio nos ensinamentos de J. Derrida, conclui que a justiça transcende os limites do ordenamento jurídico, e sua concreção se dá por meio de uma desconstrução do Direito, entendido a partir de um (re)fundar permanente de seus proferimentos. Assim, segundo a autora, “[...] uma prática desconstrutiva do direito pode significar um avanço no sentido do enriquecimento de seus conteúdos, pois, permanecendo o sentido em aberto, novas interpretações podem ser obtidas, expondo o aparato jurídico e judiciário a novas formulações. Em suma, a desestabilização do direito é realizada em nome da possibilidade de uma transformação deste e, em uma última análise, em nome da justiça.” (KOZICKI, 2004, p.149-150.)

³⁶ Para ilustrar bem a dimensão que envolve essa busca, é interessante relembrar passagem acerca da Revolução Francesa, exposta pelo doutrinador Lênio Streck no IX Congresso Internacional de Direito Constitucional, realizado em Natal/RN, em abril de 2011. Segundo ele, certa feita entrou em cartaz uma peça que se prestava a contar detalhes de fatos ocorridos naquele importante acontecimento histórico. No decorrer da peça, ao se mostrar uma passagem em que o rei e a rainha foram presos e conduzidos a Paris, um espectador levantou a mão e disse: “mas... por que isso aconteceu?”. As cortinas se fecham e, na volta, a cena mostra uma humilde camponesa, serviçal de um nobre francês, deitada em uma cama, acompanhada das parteiras, que, com uma bacia de água limpa, esperavam o momento de ela dar à luz. Entrementes, surge o nobre, dono da propriedade, e, sem nenhuma cerimônia, usa a água para lavar suas botas sujas de lama. Por fatos dessa natureza, eclode, tempos mais tarde, a Revolução, assentada nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Sem dúvida, o eco do grito de dor dos ofendidos é parâmetro de discussão sobre a justiça e seus desdobramentos.

³⁷ Existem autores, como o jurista argentino Eugênio Bulygin, que afastam essa noção de pretensão de correção do direito como verdadeira condição de possibilidade. Nesse particular, traça extenso debate com Alexy acerca da questão e, com uma série de exemplos, afirma que “Alexy não justificou suficientemente o argumento da correção. Desse modo, a tese da vinculação (entre direito e moral), carece de uma base sólida e parece ficar flutuando no ar” (BULYGIN, 2001, p. 51). Para uma visão geral desse interessante embate sugere-se a leitura do texto “Conceito e validade do direito: a polêmica entre Robert Alexy e Eugênio Bulygin sobre a pretensão de correção do direito”, de Ilton Norberto Robi Filho (2010).

outros, Alexy e MacCormick, acreditam que a ‘pretensão de correção’ seja elemento essencial ao Direito. Desde Ulpiano, a expressão *suum cuique tribuere*, isso é, dar a cada um o que é seu, importa na aceitação de que a prática do Direito traz consigo a pretensão de acerto daqueles que a praticam. Assim, como não existe ordenamento jurídico que possa se constituir sem a presença de comandos de obrigação, proibição e de permissão, também a pretensão de correção parece constituir a essência do Direito. (CRUZ, 2011, p. 5.)³⁸

Ora, nesse cenário, para que possam ser traçados contornos adequados ao problema, é necessária a compreensão do alcance das práticas jurídicas que se apresentam para solução dos casos em que se exija a intervenção do Direito, uma vez que essas práticas podem adquirir contornos radicalmente distintos, algumas delas até dissociadas dessa exigência de correção dos proferimentos jurídicos.

Exemplificadamente, não se poderia deixar de mencionar que a solução dos embates que envolvem a intervenção do Direito poderia ser conduzida por outros raciocínios ainda que não abonados por esta tese. Como exemplos, podemos citar primeiramente o **emotivismo**³⁹ ou o **intuicionismo**⁴⁰, que pecam por completo por abandonar o componente racional de construção do sentido; da mesma forma, não se pode olvidar das abordagens que se equilibram em um viés puramente consequencialista (forte), assentadas em argumentos utilitaristas. Esse tipo de modelagem direciona seu foco para as conseqüências da decisão nos planos econômicos, políticos, sociais da sociedade, com ênfase na eficiência ou no bem-estar que a decisão pode trazer à sociedade, numa lógica de custo-benefício ou de graus de

³⁸ Essa construção empreendida por Cruz (2011), segundo o próprio autor alerta, necessita ser adequadamente compreendida, sob pena de se desnaturar epistemologicamente não só toda a linha teórica por ele desenvolvida como também as premissas adotadas neste trabalho. Isso porque a noção de essência do Direito – ou de qualquer coisa, diga-se de passagem – não pode ser compreendida sob o prisma metafísico de um ‘ser em si’, de uma imanência que ontologicamente diz o que algo foi, é ou sempre será, ou de algo que assim se apresenta para mim em uma visão mentalista. Essa postura é por demais reducionista na medida em que não é capaz, como defende o autor mineiro, de captar a noção de uma abertura cognitiva permanente do Homem (Dasein) como projeto para o futuro, mas que, circularmente, não abdica do passado como fonte de referência, para aprender com os erros e não mais repeti-los. Assim, nesse processo de aprendizagem permanente, existe a crença de um futuro melhor que o passado, conciliando, mesmo que parcialmente, e talvez para a surpresa deles mesmos, Heidegger e Habermas.

³⁹ Nesse particular, o emotivismo sustenta que os juízos morais (e jurídicos) devem ser guiados **única e exclusivamente por nossas emoções**. Assim, como explica Nino (2010, p. 429, grifo nosso) “a teoria emotivista - chamada à vezes pejorativamente, do “*boo-hurrah*”, **porque parecer identificar a linguagem moral com expressões de agrado ou desagrado, [o que] destrói a moralidade, visto que se o significado do discurso moral é sobretudo emotivo, não há como decidir de forma racional entre juízos morais contrapostos.**”

⁴⁰ “Tratarei do intuicionismo de uma forma mais genérica do que é habitual: isto é, tomando-o como a doutrina segundo a qual há um conjunto irredutível de princípios básicos que devemos pesar e comparar perguntando-nos qual equilíbrio, em nosso entendimento mais refletido, é o mais justo. **Uma vez atingido um certo nível de generalidade, o intuicionista afirma que não existem critérios construtivos de ordem superior para determinar a importância adequada de princípios concorrentes da justiça [...]** A única maneira, portanto, de contestar o intuicionismo está em apresentar critérios reconhecidamente éticos para explicar os pesos que, em nossas avaliações, julgamos apropriado atribuir à pluralidade de princípios. Uma representação do intuicionismo consiste em apresentar o tipo de critérios implícitos que se afirma não existir. (RALWS, 2002, p. 36-37; 43, grifo nosso).

felicidade alcançados⁴¹. Nessa corrente, podem ser abrangidos filósofos e juristas de diferentes roupagens e que abrangem desde o pragmatismo (filosófico) de Richard Rorty, passando pela interpretação econômica do direito de Richard Posner, pelo minimalismo constitucional de Cass Sustein ou pela Ponderação de Valores de Robert Alexy⁴²; Poder-se-ia, ainda, fazer menção a uma visão moralista ‘forte’, tal qual defende Dworkin, em que sobreleva sua indefectível defesa da submissão do Direito aos ditames da moral, de onde se extrai o elixir milagroso para solução de todo tipo de controvérsia. Ou, ainda, como possibilidade, a concepção hegemônica do Direito moderno, de matriz positivista como apresentado, tal qual sustentam autores do escol de Kelsen, Hart, MacCormick, Coleman ou Raz, em que, em uma abordagem lata, “os fatos morais não podem figurar, pelo menos fundamentalmente, nas condições de veracidade das proposições de direito”. (DWORKIN, 2010, p. 39.)⁴³

⁴¹ Vale lembrar que é possível admitir um consequencialismo ‘fraco’ na medida em que se limita a apontar que operador do direito deve obrigatoriamente considerar as nuances do caso concreto. Assim sendo, qual o problema em se admitir esse consequencialismo ‘forte’ e seus argumentos utilitários? Ora, a resposta passa pela “compreensão do direito e as indagações sobre sua legitimidade permitem perceber uma grande aproximação do direito com a moral, pois as mesmas perguntas feitas para a moral são cabíveis para o direito: a) O que o direito exige de nós?; b) Por que devemos obedecer a certas regras? A doutrina utilitarista a princípio parece encontrar boas respostas para tais questões, pois para ela a ação desejável, tanto no direito quanto na moral, é aquela que procura maximizar a felicidade geral. Sendo assim, em um primeiro momento, o utilitarismo assume uma postura de simetria entre diversas propostas, exigindo igual consideração de todas elas, sem prejudicar qualquer uma. Depois, o utilitarismo é atraente porque justifica uma tendência no mundo ocidental de raciocínios simples de custo benefício, do tipo, vou poupar hoje para ter uma aposentadoria mais tranquila, ou vou me submeter à dor de um tratamento dentário para me livrar no longo prazo de um incômodo maior. Contudo, ficam aqui as vantagens de tal argumentação, pois lamentavelmente ela implica em geral uma reprodução de escolhas individuais em escala social. Assim, será que deveríamos aceitar simetricamente como lícitas opções como as cerimônias de batismo cristão e o assassinato de crianças em rituais satânicos? Será que podemos obrigar minorias indígenas a abandonar sua língua por uma questão de conveniência da maioria da população branca dominante? Será que a geração presente deva desfrutar o máximo de nossos recursos naturais e ignorar as gerações futuras? Ora, o direito não opera a partir da lógica de desejos e de preferências de uma maioria. Por isso, a busca por legitimidade precisa necessariamente proteger as minorias e tratar os direitos fundamentais como um trunfo de nossa condição de seres que são únicos no mundo. O respeito a fundamentalidade dos direitos exige reconhecimento de uma linguagem própria de cunho binário, que admita sua natureza deontológica. E, qualquer argumento que violar essa lógica, acaba não apenas deslegitimando o direito, mas também mudando a discussão para outro campo, seja pela política, da economia ou da religião. A respeito do utilitarismo e de teorias que a ele se contrapõem. “(CRUZ; MARCONDES, p. 8, no prelo).

⁴² Nesse particular, afirma Cruz (2011, p. 199): “[...] o pragmatismo judicial, especialmente herdeiro do realismo nos Estados Unidos, sustenta que a decisão judiciária deve ser tomada não nos olhos no passado, mas sempre com os olhos abertos para o futuro, de modo a escolher dentre as opções aquela que trouxer maior linha de vantagem para as partes e a comunidade. Já os juristas tributários da interpretação econômica, dentre os quais ressalta a importância de Richard Posner, a linha de vantagem será sempre de cunho econômico”. Do mesmo modo, o minimalismo constitucional de Sustein “também se inclui nessa lógica, pois, prescreve uma atitude passivista do Judiciário diante de decisões controversas de moralidade política, optando em caso de risco e de prematuridade de uma decisão (*mootness and ripeness*), por um não provimento da Justiça.” (CRUZ; MEYER, RODRIGUES, no prelo). Obviamente, afigura-se fora do contexto desta tese uma crítica pormenorizada das teorias desses autores. Para maiores detalhes, consultar Dworkin (2010), Cruz (2011) e Cruz, Meyer e Rodrigues, no prelo). Quanto a uma abordagem mais detalhada da teoria de Robert Alexy, principalmente por sua feição metodológica e teleológica, remete-se o leitor ao tópico 4.4.1.

⁴³ Ainda nesse sentido, Morrison (2006, p. 6-7) afirma: “Um princípio fundamental do positivismo jurídico é aquele segundo o qual as leis de qualquer sociedade podem refletir opções morais e políticas, mas não há

Esse construto, que encerra o operar do Direito sob diferentes prismas, pode ser melhor compreendido a partir de mais um exemplo prático. Imagine-se uma discussão judicial envolvendo o pedido de uma mulher grávida, egressa de uma comunidade carente e esposa de um conhecido e perigoso bandido, que busca fazer um aborto ao descobrir que o filho que espera é portador de anencefalia.

Nesse cenário, um **juiz emotivista**, poderia conceder o aborto simplesmente porque ficou compadecido com a aquela delicada situação envolvendo uma pobre mulher. Da mesma forma, um **juiz intuicionista** poderia, em um piscar de olhos, ou seja, instantaneamente, proceder a um raciocínio imediato e dele derivar sua sentença (decisão) de reconhecer a ilegitimidade da pretensão com base na percepção intuitiva de que o feto iria sobreviver, contrariando, por exemplo, todas as previsões da experiência e da ciência médica.

Com outros matizes, um **juiz utilitarista** típico poderia conceder a tutela ao argumento de que, independentemente da inexistência de cérebro, constatada por meio de exames, o aborto deveria ser permitido, pois seria mais útil para a sociedade, anotando que os gastos empreendidos para a manutenção da vida da criança (custos) não traria um correspondente benefício para a sociedade, haja vista a curta (ou nenhuma) expectativa de vida da criança (benefício); do mesmo modo, um **juiz minimalista**, forçado pelo disposto no art. 93, IX da CR/88, que exige que as decisões judiciais sejam motivadas, buscaria se abster de entrar no cerne do debate, por meio de argumentos que se encerram em pressupostos preliminares/processuais.

Em outra vertente, um **juiz jusnaturalista racionalista**, a seu turno, com fundamento em uma crença moral partilhada pela comunidade de que a liberdade individual de escolha é pressuposto inafastável das sociedades democráticas, bem como o fato de que a violência ou os sofrimentos físicos e psicológicos não são padrões morais aceitos socialmente⁴⁴, poderia, sob esse fundamento, também conceder a autorização para que a mulher abortasse. Por outro lado, um **juiz jusnaturalista com formação religiosa** decidiria justamente o contrário invocando o sagrado valor da vida.

nenhuma ligação necessária ou conceitual entre direito e moral. O direito não precisa ser moral para ter sua validade reconhecida.” Como afirmou John Austin [...] em conferências publicadas no início da década de 1830: “a existência do direito é uma coisa, seu mérito ou demérito é outra”.

⁴⁴ Cruz (2011, p. 187) explicita essa linha de raciocínio, ao comentar o estupro como excludente de ilicitude do crime de aborto. Para o autor mineiro, “quais seriam as razões para essa excludente de tipicidade (sic)? Certamente o aspecto psíquico da mãe, vítima do crime. De fato, a violência por si só seria elemento de traumas físicos e psicológicos que afetam a vítima pelo resto de sua vida. Ora, a sociedade aceita sua ‘responsabilidade’ pelo crime e se condói desse sofrimento estampado no rosto, na face da mulher. Ela não considera justo, então, que esse sofrimento se potencialize exponencialmente no caso do estupro gerar uma gravidez indesejada. E, com essa justificativa, autorizaria a realização do aborto”.

Em outra linha, um juiz **positivista exegetico**, para o caso do Brasil, poderia negar o pedido, com base na simples remissão à literalidade do código penal brasileiro, que só permite o aborto nos casos de estupro e risco de vida para a gestante⁴⁵; por sua vez, **um juiz positivista exclusivista** decidiria unicamente com fundamento no valor da autoridade do Poder Legislativo para solucionar casos desse tipo; de outra banda **um juiz positivista inclusivista**, reconhecendo ou não a legitimidade de argumentos morais, afirmaria que, estando diante de um caso complexo, a decisão acaba por ser discricionária⁴⁶. Por fim, **um juiz adepto da ‘ponderação de valores’** fundaria sua decisão com suporte no sopesamento entre os direitos do ‘feto’ e da ‘grávida’.

Essa simples constatação e seus reflexos, para grande parte dos operadores do Direito no Brasil, parece não se revestir de maior interesse prático, na medida em que, para eles, limita-se aos feudos acadêmicos de uma pequena parcela de pretensos filósofos do Direito, que têm pouco ou quase nada a acrescentar em termos de solução de problemas concretos. Com a devida vênia, trata-se de ledó engano. O grande desafio dentre aqueles que se propõem a “levar os direitos a sério”, como insiste com propriedade Dworkin (2007), não pode prescindir de uma abordagem crítica desses modelos, em que cisões metafísicas do tipo teoria e prática são superadas por uma visão do Direito que exige uma revisão da linguagem como um todo e sua correlação com os proferimentos jurídicos, na exata medida em que se constata que o Direito se apresenta, majoritariamente, na forma de textos linguisticamente estruturados⁴⁷.

Nesse contexto, **a exigência da pretensão de correção do Direito, deve estar, obrigatoriamente, pavimentada linguisticamente**, pois, conforme expõe Oliveira (2006, p. 12), “a linguagem passa de objeto da reflexão filosófica para a ‘esfera dos fundamentos’ de todo o pensar”. Ainda nesse sentido, prossegue o filósofo cearense, aduzindo:

⁴⁵ Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL 2009).

⁴⁶ Para o professor da PUC Rio, Noel Struchiner, seria incorreto pretender atribuir ao positivismo qualquer teoria da decisão, na medida em que suas bases se sustentam em um viés meramente descritivo assentado em uma noção de neutralidade que distanciam os positivistas das nuances dos casos concretos. Entretanto, o que se busca colocar – e aqui se utilizando do próprio raciocínio esposado pelo doutrinador fluminense – é que essa ausência de ‘uma teoria da decisão’ possibilita que se associem aos juízes positivistas, considerados de forma ampla, qualquer razão de decidir, inclusive as mencionadas nesta tese.

⁴⁷ Oliveira (2006, p. 11) afirma: “A linguagem se tornou, em nosso século, a questão central da filosofia.”

[...] a pergunta pela verdade dos juízos válidos é precedida pela pergunta pelo sentido, linguisticamente articulado, o que significa dizer que [...] não existe mundo que não seja exprimível na linguagem. A linguagem é o espaço de expressividade do mundo, a instância de articulação de sua intelegibilidade. (OLIVEIRA, 2006. p. 13).

Essa cruzada com certeza não é solitária. A comunidade jurídica, ainda que de forma tímida, começa a reconhecer a importância de um (re)pensar o Direito que busca se afastar do hermetismo pós-revoluções burguesas de fins do século XVIII ou dos exageros de um ‘pan pós-positivismo’ da segunda metade do século XX, o que passa obrigatoriamente por uma reconfiguração da linguagem e seus usos. Nesse particular, afirma Raquel Freitas (2002) que os discursos que se prestam a questionar nossa realidade vivida deve obrigatoriamente ter a linguagem como ponto de partida. Nesse sentido, afirma a autora:

E não só na sua variedade, como na sua centralidade, parecem ser eles (discursos), porque manifestações multiníveis de linguagem, o *leitmotiv* do questionar metodológico emergido com o esbatimento e crise dos pressupostos e corolários Oitocentistas, inerentes ao ambiente cultural vivido em tal conjuntura histórica. Com a morte do positivismo, adiada ou não, em certos momentos, parece surgir um reavivar da importância da linguagem como moldura e medida de conteúdo, particularmente nas nobres e complexas tarefas de compreensão e análise de como surge, solidifica e efectiva o Direito. (FREITAS, 2002, p. 4.)

Ora, seria demasiadamente pretensioso abordar um assunto de tamanha complexidade na sua inteireza. Felizmente o edifício do conhecimento permite recortes epistemológicos. E, nesse sentido, partindo da premissa da imanente imbricação do Direito com a linguagem que lhe é subjacente, e que texto e seu sentido não se confundem, uma teoria da decisão adequada exige o enfrentamento da milenar angústia do homem de descortinar o sentido das palavras, e o escopo desta tese, aqueles insertos nas proposições jurídicas.

Nesse aspecto, afirma-se que as construções teóricas acima descritas como pós-positivistas de primeira ordem e positivistas, mostram-se insuficientes para solucionar a questão, na medida em que, invariavelmente, não compreendem o ‘novo papel da linguagem, enredando-se em limitativas categorizações e cisões conceituais, menoscabando a feição linguística constitutiva do próprio mundo e de nós mesmos⁴⁸: seja, de um lado, decompondo normas jurídicas em ‘compartimentos estanques’ denominados regras e princípios⁴⁹; seja, de

⁴⁸ Nesse particular, afirma Habermas (2007, p. 22): “Somente no fracasso se mostra o médium da comunicação linguística como camada de uma comunhão sem a qual não podemos existir como indivíduos. Nós nos encontramos preliminarmente no elemento da linguagem. Somente os que falam, podem calar”.

⁴⁹ Vale dizer que os principais estudiosos dos grandes ramos acadêmicos do Direito, v.g. penal, tributário e administrativo, adotam essa perspectiva como pedra de toque daquilo que consideram uma verdadeira revolução copernicana nas respectivas áreas, sem se dar conta de que esse formato é incapaz de traduzir adequadamente a busca da resposta correta para os casos em apreço.

outro, trabalhando com a premissa da distinção entre conceitos jurídicos determinados⁵⁰, como remuneração e erário, e indeterminados, como justiça, boa-fé, segurança jurídica, deixando a cargo do juiz ou do administrador, em padrões discricionários, portanto subjetivos, a densificação desses termos no deslinde do caso concreto.

É interessante mencionar, nesse exemplo, que, em verdade, o escopo deste trabalho limitar-se-á a uma das dimensões ou a uma das linguagens do Direito. Isso porque, adotando a clássica distinção delineada por Klaus Gunther (2004), concentrará os esforços nos denominados ‘discursos de aplicação do Direito’, que têm estrita correlação com a atuação do julgador ou administrador para a concretização, na linguagem, de normas previamente válidas dentro do devido processo legislativo, a partir de uma atividade hermenêutica de interpretação/aplicação e cujo deslinde se dá na concepção de resposta correta, que incorpora a outra dimensão citada, qual seja, aquela relacionada aos denominados ‘discursos de fundamentação ou justificação’⁵¹ das normas jurídicas’.

Esse momento, que exige precisão cirúrgica do aplicador, é captado com propriedade por Raquel Freitas (2002):

Na interpretação jurídica (e na aplicação do direito como processo genérico) o momento de abandono’ do sentido literal da norma posta [...] não consubstancia um abandono da relevância da linguagem. [...] Acrescentaríamos (que) a verdadeira tarefa do aplicador do direito como actor num processo criativo de composição de interesses, consencionalização de significados e consolidação de conceitos instrumentais importantes. Curiosamente, a grande importância da linguagem como gênese ou elemento conformador do pensamento e do raciocínio agudiza-se [...] quando ao aplicador do direito passam a apresentar-se as eventuais dimensões extraliterais do objecto de sua análise. É no abandono da literalidade, na interpretação jurídica, que o jurista encontra o verdadeiro sentido criador da linguagem. (FREITAS, 2002, p. 12).

Muitos talvez não compreendam a relevância do que aqui se está a discutir, pois muitas vezes não se trata de constatação que se obtém de pronto. Entretanto, manter-se

⁵⁰ De modo bastante superficial, diz-se que os conceitos jurídicos são indeterminados por apresentarem um grau de indeterminação semântica que “impede” a definição de um “a priori” de sentido.

⁵¹ Esse constructo, tão caro à abordagem habermasiana da moral, extensível ao Direito, é assim resumido pelo professor emérito de Frankfurt: “Evidentemente o saber moral não é afetado pela história e pela constituição histórica do mundo social da mesma forma que o saber empírico. É essa aliás a razão pela qual a justificação das ações se dá particularmente em dois níveis. Refiro-me aqui ao conhecido fato de que normas morais bem fundamentadas só podem reivindicar validade *prima facie*. Pois, *ex ante*, não se levam em conta consequências e efeitos secundários de casos típicos que podemos prever no momento da fundamentação. As constelações não previstas de situações conflitantes que surgem mais tarde geram uma nova necessidade de interpretação, que deve ser satisfeita a partir da modificada perspectiva sobre um discurso de aplicação. No processo de aplicação, seleciona-se, dentre as normas fundamentadas que apenas se candidataram para um caso dado, aquela que é a cada vez ‘apropriada’. Aqui se manifesta a descoberta hermenêutica de que a norma apropriada é concretizada à luz das características da situação dada e que, inversamente, o caso é descrito à luz das determinações normativas pertinentes. Em todo caso, o saber moral se diferencia do empírico pelo fato de estar internamente relacionado à solução de problemas de aplicação. (HABERMAS, 2004b, p. 277.)

acorrentado a uma concepção que não leva em conta o necessário debate sobre esses contornos da linguagem pode levar a uma cegueira conceitual que, invariavelmente, vai deixar à margem importantíssimas contendas jurídicas. Para esse mister, entretanto, é obviamente indispensável uma (re)reconstrução dos pressupostos operativos do Direito como um todo, inclusive a roupagem sob a qual ele deve se assentar, pois, conforme expõe Hespanha (2003), não se pode mais compreender o Direito a partir de uma concepção, até mesmo ingênua, que lhe atribui um acanhado papel de funcionar como um conjunto de normas dotadas de sistematicidade, cujo objetivo é assegurar mínimos padrões de comportamento que possibilitem a vida em sociedade. Nesse ponto, caberia ao Direito tão somente receber influxos de outras esferas sociais para lhes conferir força vinculante, em razão de sua coercibilidade.

Esse ‘plus’ de refinamento jusfilosófico que se pretende empreender busca trabalhar esses inquietantes questionamentos sob um prisma que visa conjugar, de um lado, as infinitas possibilidades de abertura do ser para e pelo mundo, em um movimento complementar evolutivo a partir das bases fundantes elaboradas pelo Wittgenstein (2005) tardio e incorporadas tanto pelas correntes da pragmática analítica, especialmente caras e imprescindíveis para uma compreensão adequada dos sentidos (conceitos), na medida em que, intrinsecamente, reconfiguram as três dimensões da linguagem: a sintaxe, a semântica e a pragmática⁵², dentro do que comumente se denomina reviravolta ou giro linguístico-pragmático⁵³, e que ganham um toque especial com ‘pitadas’ da fenomenologia de Heidegger e Lévinas, da hermenêutica de Gadamer e da pragmática destrancendentalizada de Habermas⁵⁴, sinalizando, de um lado, que o resgate das pretensões de validade dos proferimentos desce do umbral transcendental de matriz kantiana para buscá-la nos ‘comezinhos’ meandros do nosso mundo da vida, em práticas discursivas que exigem um pleito obrigatório de legitimidade, haurida na elaboração e obediência de suas cominações

⁵² Afirma Warat (1995, p. 39): “O signo, assim caracterizado, pode ser estudado sob três pontos de vista, atendendo ao fato de que pode ser considerado como elemento e mantém três tipos de vinculações: com os outros signos, com os objetos que designa; com os homens que o usam. A primeira vinculação é chamada sintaxe; a segunda, semântica, a terceira, pragmática. Esses três níveis de análise constituem as partes da semiótica, entendida como teoria geral de todos os signos e sistemas de comunicação.”

⁵³ Nesse particular, esclarecedoras são as palavras de Cruz (2011, p. 72): “é preciso primeiro anotar uma distinção que nos é cara: teorias de fundo linguístico-pragmático não se confundem com teorias pragmatistas da verdade, a despeito de ser possível anotar alguma similitude”.

⁵⁴ Especifica-se aqui a distinção entre a pragmática transcendental de Karl-Oto Apel e a pragmática universal de Jürgen Habermas. Para uma visão completa das distinções, entendidas pelo próprio Habermas de uma grande controvérsia, sugere-se a leitura de sua obra *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos* e da obra *Reviravolta linguístico-pragmática da filosofia*, de Manfredo de Oliveira.

pelas vozes dos afetados⁵⁵.

Essa nova roupagem sob a qual se pretende conceber a linguagem é sintetizada com propriedade pelo mestre de Frankfurt:

Não obstante, os filósofos nem sempre tiveram grande interesse por esta força da linguagem, capaz de criar uma comunhão. Desde Platão e Aristóteles, eles analisam a linguagem como médium da representação e investigam a forma lógica de proposições por meio das quais nos referimos a objetos e reproduzimos fatos. Não obstante, a linguagem existe em primeira linha para comunicação, e por ela, qualquer um pode tomar posição perante as pretensões de validade um outro lançando mão de um ‘sim’ ou de um ‘não’. Noutras palavras, nós necessitamos da linguagem, em primeiro lugar, para fins comunicativos; em segundo lugar a utilizamos para fins puramente cognitivos. **A linguagem não é o espelho do mundo, uma vez que ela apenas nos franqueia um determinado acesso a ele.** É certo que, ao dirigir nossos olhares ao mundo, ela o faz de um certo modo. Nela está inscrito algo que se parece com uma visão de mundo. Felizmente, tal saber preliminar que adquirimos junto com o aprendizado de determinada linguagem não está definido de uma vez por todas. Caso contrário não poderíamos aprender nada de novo com o mundo e nos diálogos sobre ele. Ora, o que vale para as linguagens teóricas das ciências vale também no dia-a-dia: nós temos condições de corrigir o significado de predicado e de conceitos à luz de experiências que fazemos com o seu auxílio. (grifos nossos) (HABERMAS, 2007, p. 22-23.)⁵⁶

Esse construto, incorporado ao sistema do Direito, permite também uma redescoberta da sua função, tal qual exposto em sua obra *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Agora o Direito ultrapassa o papel secundário de funcionar como um mero instrumento de estabilização de expectativas de comportamento para galgar um patamar em que se lhe assegura a nobre função de inclusão e integração social.

Os questionamentos, assim, passam a ser de outra ordem? É possível delimitar categorias de conceitos em determinados e indeterminados?

Sem essa visão renovada, como sequer discutir, por exemplo, a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, se a Constituição brasileira de 1988 preceitua que o instituto do matrimônio exige a figura do homem e da mulher⁵⁷? Do mesmo modo, como se admitir a aplicação da Lei Maria da Penha no caso de ser do sexo masculino a vítima da

⁵⁵ Para maiores detalhes, consultar Ferraz (2009), em especial p. 9 e seguintes.

⁵⁶ Esse viés comunicativo da linguagem com caráter de absoluta importância e essencialidade nem sempre foi compreendido ou trabalhado com o devido esmero. Exemplificadamente, afirma Raquel Baradas de Freitas (2002, p. 8) em *Direito, linguagem e literatura: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações*: “[...] evoca Herculano de Carvalho duas funções essenciais da linguagem: uma função dita ‘interna’ ou cognoscitiva, uma vez que, pela sua concretização, se dá o conhecimento, ‘no interior do próprio sujeito falante’. Diz o autor que essa função interna, que consiste no conhecimento, deve considerar-se a função primária da linguagem, quer sob o ponto de vista do indivíduo falante, quer sob a perspectiva da própria comunidade. Por outro lado, numa função dita ‘secundária’, serve a linguagem de ‘meio de comunicação’ entre os indivíduos.

⁵⁷ Veja-se o disposto no § 5º do art. 226 da CR/88 (BRASIL, 1988) “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente **pelo homem e pela mulher**. Nesse particular, faz-se necessária a remissão ao julgado do Supremo Tribunal Federal da ADI 4227 (BRASIL, 2008b) e ADPF 132 (BRASIL, 2008d) em maio de 2011, que reconheceu como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, atendidos os requisitos para a constituição da união estável.

violência doméstica, se o texto estabelece como sujeito passivo a figura feminina⁵⁸?

Portanto, a escrituração do Direito em bases linguísticas⁵⁹ traz como desdobramento o necessário desvelamento dos termos ou conceitos que compõem as proposições jurídicas, o que invariavelmente descortina a exigência de uma abordagem adequada de uma teoria dos conceitos, na exata medida em que as concepções clássicas que se debruçam sobre o assunto – e se limitam a enfatizar os elementos sintáticos e semânticos da linguagem – não se afiguram idôneas para lidar com a complexidade do mundo que nos circunda. E, assim, de forma contínua e permanente, é fundamental aprender com as vicissitudes para poder construir um futuro cujas decisões judiciais sejam melhores que as anteriores, como, aliás, defende Habermas (2004b).

Nesse cenário desafiador, surge o ponto central do debate que se pretende instaurar nesta tese, na medida em que, uma vez descortinada a gênese de cunho estritamente semântico do Direito da modernidade, escancara-se a dupla contingência – uma estrutural (1) e outra linguística (2), esta foco deste trabalho – que um direito que se pretende legítimo deve buscar superar: de um lado, a constatação de que a estrutura da norma composta pelo binômio hipótese normativa e consequência jurídica desdenha dos ganhos de uma virada linguística e de uma concepção dialética⁶⁰ de se operar o Direito; do outro, a construção de sentido dos termos e proposições no Direito, ou seu conceito, que também desconsidera as conquistas do giro linguístico e da pragmática, aprisionando seu desvelar nas limitações da semântica tradicional.

Assim, o que se busca denunciar (1) é que o arcabouço normativo edificado sob a lógica de um modelo de subsunção – em que a máxima “dê-me o fato que te dou o direito”,

⁵⁸ Assim preceitua o art. 1º da Lei 11.340/2006 (BRASIL, 2006): “Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra **a mulher**, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às **mulheres** em situação de violência doméstica e familiar.

⁵⁹ Nesse aspecto, o jurista espanhol Sainz Moreno (1976, p. 97) afirmava que “a relação entre o Direito e a linguagem é de vinculação essencial: não existe direito sem linguagem, da mesma maneira que não existe pensamento fora da linguagem”. No mesmo sentido, completa Silva (2008, p. 22): “Graças às palavras (signos), a sociedade passou a se disciplinar por meio da comunicação oral – e posteriormente escrita – e a linguagem transformou-se no instrumento da lei e da concretização da norma como padrão de conduta exigível de todos os membros da sociedade indistintamente”.

⁶⁰ Nesse ponto, é importante deixar claro que essa concepção dialética pressupõe a noção de decisões judiciais e administrativas em um processo argumentativo, focado numa necessária exigência de fundamentação. Assim, relevantes são as contribuições de Chaim Perelman e sua nova retórica e a tópica de Theodor Viehweg. Para uma interessante reconstrução do pensamento desses autores, nesse ‘modelo’ dialético, sugere-se a leitura da obra *Filosofia do direito: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada linguístico-pragmática*, de Lucas de Alvarenga Gontijo (2011).

tão cara ao positivismo jurídico de fundo exegético, é pedra de toque e ponto de partida do percurso para uma ‘resposta correta’ de cunho formal –, assenta-se numa premissa **‘importada’ do modelo das ciências naturais modernas**, que, ao buscar, de forma unilateral e limitada, certeza e segurança jurídica – como se esse modelo assentado na premissa da subsunção por si só pudesse assegurá-las –, menoscaba os ganhos de uma visão dialética de constituição de sentido, que, a partir de um acontecer hermenêutico, explora todas as potencialidades da linguagem e legitima a resposta a ser obtida ao final do provimento judicial ou administrativo. Nessa senda, não é de difícil constatação o fato de que o Direito Administrativo, dentro de sua gênese, desenvolvimento e operacionalização, apresenta-se como o exemplo mais típico dessa (limitada) concepção.

Ademais (2), ainda que se pudesse dar guarida a esse modelo, os próprios contornos de determinação e indeterminação ainda estão presos a noções incompatíveis com a filosofia em tempos de tardia modernidade, uma vez que buscam determinar o sentido de termos ou proposições jurídicas com base nos vieses da metafísica clássica, da filosofia do sujeito, ou sob os auspícios da primeira virada linguística, que, com as noções de intensão (sentido) e extensão (referência)⁶¹, com um pano de fundo comum, busca esclarecer, de forma única, unívoca, aquilo que algo é, ou, em outros termos, sua essência. O exemplo padrão dessa visão é a eterna busca da natureza jurídica (ou essência) de algum instituto do Direito. Assim, são comuns perguntas do tipo: qual é a natureza jurídica de uma autarquia? Ou: qual é a natureza da multa aplicada por descumprimento de uma obrigação de fazer?

Não sem sentido, considerando o necessário refinamento que se exige dos operadores do Direito em um Estado Democrático⁶², a formulação que se pretende adotar ultrapassa o cansativo discurso de um pós-positivismo que necessita refundar suas bases, pois o ganho de normatividade dos princípios, transmutando-se nas palavras de Streck (2006) em um descurado ‘pan-principiologismo’, não veio acompanhado do devido cuidado, sob o prisma linguístico, do tratamento da questão. Isso porque, de fato, e na contramão de toda a doutrina e jurisprudência, não existem critérios adequados para diferenciar regras e princípios. Em verdade, por exemplo, a tentativa de diferenciação empreendida por Alexy, que se assenta em um viés qualitativo – para as regras, vale a lógica do tudo ou nada; já os princípios ou

⁶¹ Com seu modelo de uma linguagem formal, técnica e perfeita para descrever o mundo.

⁶² O Estado democrático de direito, sob a perspectiva que se pretende adotar, reveste-se de uma inelidível exigência de legitimidade, que perpassa pela necessária participação permanente dos afetados nos processos institucionalizados de construção de uma convivência em comum. Nesse sentido, pressupõe uma ampliação da esfera pública, que passa a atuar como canal discursivo de participação e seleção dos melhores argumentos. Para um maior aprofundamento, sugere-se a leitura da obra *Legitimação pelos direitos humanos*, de Jürgen Habermas (2003) e *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional*, de Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2006b).

mandados de otimização devem ser aplicados de forma gradual – é deveras infrutífera. Primeiro, porque não consegue solucionar uma antinomia entre regra e princípio. Qual o critério a ser adotado? O de regras ou o de princípios? Segundo, pelo fato de a lógica do tudo ou nada continuar atrelada a um modelo de Direito jungido à ideia de subsunção (dicotomia fato/norma), o que se quer denunciar. Terceiro, porque não se consegue estabelecer, para adotar seu modelo de conflito entre normas, o critério que defina quando se está diante de uma regra ou de um princípio. Nesse caso, como deve ser entendido o caput do art. 37 da CR/88 (BRASIL, 1988), ao preceituar explicitamente que a Administração Pública deverá obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência? Como uma regra? Como um repositório de princípios? Como uma metanorma? Mais uma vez, defende-se a posição de que a referida distinção é irrelevante e improdutiva no modelo de Direito que se pretende adotar⁶³.

Aliás, essa é a posição compartilhada por Dworkin (2010), quando sentencia:

Temo que boa parte do que afirmei num artigo publicado em 1967 (*The model of rules*) tenha estimulado a interpretação que Shapiro deu a minha argumentação. Sua interpretação, porém, é incorreta, como publiquei em um artigo em 1972 (*Social Rules and legal theory*). Referindo-me ao artigo de 1967 afirmei: “Não tive intenção de dizer que ‘o direito’ contém um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras, e outros princípios. Na verdade, quero contrapor-me à ideia de que ‘o direito’ seja um conjunto fixo de padrões, alguns dos quais são regras, e outros princípios. Na verdade, quero contrapor-me à ideia de que o ‘direito’ seja um conjunto fixo de padrões de qualquer espécie. Em vez disso, pretendi afirmar que uma síntese acurada das ponderações que os juristas devem levar em conta ao decidirem uma questão específica de direitos e deveres legais incluiria proposições dotadas da forma e da força dos princípios, e que os próprios juízes e juristas, ao justificarem suas conclusões, empregam frequentemente proposições que devem ser entendidas dessa maneira. [...] Apresentei o argumento doutrinário de que não podemos entender a argumentação e a controvérsia jurídica exceto a partir do pressuposto de que as condições de veracidade das proposições de direito incluem considerações morais. Não pretendi apresentar, afirmei, o argumento taxionômico, falacioso de que tudo que fizer parte dessas condições de veracidade deve ser considerado como pertencente a um conjunto distinto de regras ou princípios que chamei de jurídicos. [...] É bem possível que um tempo enorme tenha sido desperdiçado. (DWORKIN (2010, p. 330-331.)

Ademais, dirigindo a abordagem para o foco desta tese, já resta claro que essas cisões metafísicas, como a que distingue (a priori) conceitos jurídicos determinados e indeterminados, não subsistem ao crivo do giro linguístico-pragmático da filosofia. Nesse particular, é cediço que, diferentemente do que imaginava Popper (2004) com sua teoria do holofote, iluminar algo sempre pressupõe esconder algo mais. Imagine-se, por exemplo, o sentido a ser atribuído à palavra ‘solteiro’. A resposta poderia ser simples: “solteiro é aquele

⁶³ Entretanto sob o ponto de vista acadêmico, pode-se admitir uma distinção ‘fraca’, que leva em consideração uma densidade normativa: maior, para regras, ou menor, para os princípios.

que nunca se casou”. Portanto, um conceito determinado. Entretanto, vários outros questionamentos podem ser levantados. Ora, se o pressuposto é nunca ter contraído matrimônio, aquele que coabita com sua companheira, poderia, tecnicamente, ser considerado o quê? Solteiro? Equiparado a casado? Esse construto permite que se faça, hipoteticamente, a seguinte inferência: ‘para todos os efeitos legais, a união estável é igual ao casamento’. Nesse cenário, perguntaria Cruz (2011, p. 66): o que significa igualdade, nesse caso? Identidade, similaridade ou correspondência?

Nesse sentido, a linha que se adota, consoante um modelo dialético, transita, a partir da análise da linguagem em suas três dimensões – sintática, semântica e pragmática –, entre extremos de máxima e mínima concreções ou densidades normativas, sem chegar a nenhum deles. Portanto, em função do arrazoado, resta cristalino que uma teoria da decisão adequada a esses tempos de modernidade tardia, abarca a exigência de trabalhar sob uma perspectiva filosófica, que, obrigatoriamente, tem em vista a elevação da linguagem a um patamar diferenciado, em que sobrelevam os aspectos constitutivos e da comunicação.

Assim sendo, no exemplo prático acima proposto – o caso do feto anencéfalo – **um juiz hermenêutico-discursivo** examinaria a gramática profunda da legislação de regência e verificaria semelhanças de família entre o tipo penal e o caso. Nesse sentido, conforme exposto em (CRUZ, MEYER, RODRIGUES, 2012) é preciso deixar claro que o Código Penal Brasileiro admite a realização do aborto em caso de estupro seguramente para preservar a higidez psíquica da mulher vítima pelo hediondo crime. Não seria então, possível aplicar o mesmo raciocínio para o caso da anencefalia? É exatamente esse recorte epistemológico que necessita ser contado, a partir da eleição da temática dos conceitos jurídicos (in)determinados.

3 CONCEPÇÃO CLÁSSICA DOS CONCEITOS

3.1 Teoria dos Conceitos

3.1.1 *Conceito de conceito*

Inicialmente, vale dizer que a construção de uma teoria do Direito apta a lidar com as multiplicidades de uma modernidade tardia, exige a consideração de que as proposições

jurídicas são estruturadas linguisticamente, mais especificamente por meio de textos, compostos por ‘termos’ que clamam por um estabelecimento de sentido. Essa inquietante constatação sinaliza que uma adequada abordagem do problema não prescinde de um retorno às premissas filosóficas que, desde os remotos tempos da Grécia antiga, se ocupam do problema, mesmo da construção – sob premissas de uma ou outra corrente filosófica, que, portanto, podem assumir feições radicalmente distintas – do conceito daquilo que se entende, sob uma perspectiva tradicional ou semântica, por conceito e sua estrutura. Em resumo, nos dizeres de R. Lacey, “deter um conceito de alguma coisa é estar apto a distingui-la de outras coisas, ou estar apto, de algum modo, a pensar ou raciocinar sobre ela”. (LACEY *apud* FILGUEIRAS, 2007, p.34.)

Nesse sentido, a palavra ou termo ‘conceito’, que deriva da forma popular do latim *conceptus*⁶⁴, é caracterizada em razão do arcabouço filosófico que subjaz aos diferentes significados que lhe são atribuídos e que estão indelevelmente imantados em um modelo de semântica tradicional. Assim, exemplificadamente, ora o conceito é associado, como já se disse, à noção de ideia que representa a essência das coisas, segundo a visão típica da metafísica clássica; ora à faculdade intelectiva e cognoscitiva, na qual a ‘inteligência’ humana isola e apreende determinado objeto, associado ao psicologismo ou mentalismo; ora à noção de que o significado se desvincula da essência e se casa com a palavra (Quine), ao trabalhar com os pressupostos da lógica formal dentro da filosofia analítica, abrigando a concepção de *sentido ou intensão* como um conjunto de propriedades descritivas que qualificam um objeto como tal⁶⁵.

3.1.2 Cronologia dos conceitos

Em verdade, estabelecer uma teoria clássica ou semântica dos conceitos exige um esforço de reconstrução paradigmática da própria filosofia ocidental. A assertiva faz sentido,

⁶⁴ “Etimologicamente, a palavra conceito vem do latim *conceptum*, do grego *logos* e do alemão *begriff*. Do ponto de vista semântico, o termo conceito apresenta várias significações, dentro das quais se destaca: a) representação intelectual de um objeto; b) semelhança expressa no intelecto; e c) ideia.” (MACEDO, 1984, p. 72).

⁶⁵ Interessante, nesse ponto, é mencionar que a lógica formal trabalha a ideia de conceito a partir de uma estrutura bivalente denominada, respectivamente, denotação e conotação. Nesses termos, como explica Greimas e Courtés, citado por Galuppo (2003, p. 213-214), “um termo é chamado denotativo quando cobre uma definição que visa esgotar o conceito do ponto de vista da sua extensão [...]: assim, [...] uma unidade linguística terá o caráter denotativo quando subsumir todas as ocorrências. De outro lado, ‘um termo será chamado conotativo se, ao ser denominado um dos atributos do conceito considerado do ponto de vista da sua compreensão, ele remete ao conceito tomado em sua totalidade’. Enquanto a denotação se faz indicando os elementos que compõem a extensão do conjunto, a conotação se faz indicando o atributo que os elementos devem possuir para integrar o conjunto, em sua intensidade. Assim, se dissermos que ‘banana, laranja e mamão são frutas’, exploramos a denotação do termo. Se dissermos que fruta é a infrutescência comestível de uma planta que contém suas sementes, exploramos a conotação do termo”.

pois a análise do que são conceitos é entrecortada, necessariamente, pelo questionamento de onde eles se situam ou podem ser buscados – se, por exemplo, nas próprias coisas ou na nossa mente –, e de que forma esses conceitos são representados. Nesse sentido, são pedras de toque no desenvolvimento deste trabalho científico os pressupostos da filosofia do ser, ou metafísica clássica, e da filosofia da consciência ou do sujeito, bem como sua imbricação com a linguagem e suas funções.

Para tanto, faz-se necessário um corte epistemológico dos paradigmas filosóficos, o que exige um retorno à inesgotável querela envolvendo os ensinamentos de Heráclito de Éfeso e Parmênides⁶⁶ – em especial pelo construto de Platão, no sentido de conciliar as duas posições contrapostas dos filósofos pré-socráticos – e, a partir daí, aos reflexos do platonismo e dos filósofos subsequentes na formação de uma teoria dos conceitos.

Nesse sentido, o antagonismo entre essas visões é materializado pela contraposição entre imobilismo e movimento. De um lado, Heráclito, também chamado ‘o obscuro’, que, em sua densa e complexa obra, que nos foi legada por meio de fragmentos, constrói a realidade assentada na noção de movimento, de um fluxo constante, o que produz, em verdade, visão plural do real, mas formando uma ‘unidade’ que não prescinde da experiência (sensível) como instrumento de acesso e conhecimento desse mundo físico, real. Ademais, segundo ensina Danilo Marcondes (2005):

Esta ‘unidade da pluralidade’ pode ser entendida como a unidade dos opostos. Heráclito vê a realidade marcada pelo conflito entre os opostos, conflito esse que todavia não possui caráter negativo, sendo garantia do equilíbrio, através da equivalência e reunião entre os opostos. Assim, dia e noite, calor e frio, vida e morte são opostos que se complementam. (MARCONDES, 2005, p. 35.)⁶⁷

Ora, essa defesa intransigente de uma realidade múltipla, plural, cambiante, mutável, que se materializa no seu fragmento mais conhecido, o fragmento 91 – “não podemos nos banhar duas vezes no mesmo rio, pois o rio não é mais o mesmo”, e nem nós mesmos –, traz para Heráclito a pecha de relativista e ‘desafeto’ da verdade.

⁶⁶ Dentre os núcleos filosóficos de destaque na Grécia antiga no período anterior a Sócrates – compreendido entre os séculos VII e V a.C. –, destacam-se a escola de Mileto, na figura dos expoentes Tales de Mileto e Anaximandro; os pitagóricos; a escola de Eleia, da qual toma parte Parmênides; e os denominados ‘atomistas’. Nesse particular, o eleata é considerado por autores como Julián Marías (2004) o mais importante dos filósofos pré-socráticos, exatamente porque a partir dele a filosofia passa a ser metafísica – em oposição à experiência concreta, sensível, imediata –, pois a abordagem transmuda-se de uma análise das coisas, pura e simplesmente, para vislumbrar as coisas mesmas enquanto elas são, ou seja, ontologia. A prova disso é que tanto Platão – que dedicou a ele o que talvez seja seu diálogo mais importante – como Aristóteles lhe dedicaram especial atenção.

⁶⁷ Assevera Danilo Marcondes (2005, p. 36): “A tradição da história da filosofia inaugurada por Hegel viu em Heráclito o primeiro filósofo a desenvolver o pensamento dialético, por valorizar a unidade dos opostos que se integram e não se anulam e por ver no conflito a causa do movimento no real. Isso caracterizaria uma espécie de dialética da natureza, embora Heráclito, ele próprio, nos fragmentos que conhecemos, não empregue o termo ‘dialética’, aparentemente encontrado pela primeira vez em Platão.”

Em abordagem diametralmente oposta, Parmênides concebia a realidade mesma e o próprio ser como únicos, eternos, perenes, imutáveis. Nessa senda, sua busca visa determinar o que existe para além ou por detrás das aparências, das mudanças, das transformações (aquilo que ‘é’ ou que permanece com a mudança), negando e demonstrando ser inconcebível, dessa forma, o movimento, entendido como aquilo que ‘não é’. Portanto, essa última via deve ser descartada, pois ‘o que não é’ não pode ser conhecido nem expresso (MARIAS, 2004, p. 24). Assim, o ser o é desde sempre, como presença homogênea, indivisível. Nesse particular, então, para Parmênides, a noção de movimento, do vir a ser, não é mais do que um vir a ser aparente, pois as coisas já são desde sempre. Isso porque, ainda que a mudança em si fizesse sentido – e não faz –, ela jamais poderia ser definidora do real, visto que, obrigatoriamente, seria preciso algo essencial anterior ao movimento, até para caracterizar, por exemplo, o que não foi suscetível dessa mudança.

Ora, esse construto filosófico, aqui trabalhado de forma resumida, coloca em xeque a própria existência da natureza, do mundo sensível, que se assenta exatamente na ideia de mudança, de transformação constante, de movimento, o que lhe valeu diversas críticas e defesas apaixonadas, mesmo de Zenão, talvez seu apoiador principal, que buscou demonstrar, por meio dos seus conhecidos paradoxos, a imprestabilidade da filosofia de Heráclito⁶⁸.

Em verdade, Platão parece ter sido levado a construir sua teoria dos conceitos associando-a ao mundo das ideias – conceito como ideia –, em razão da influência dos pensadores pré-socráticos. Isso porque, partindo da premissa já exposta, de que no mundo sensível nada é perene, estático, seria inconcebível para ele adotar a noção de conceito num mundo em constante movimento, pois isso apartaria o conceito da essência da coisa ou do objeto. Assim, ao compreender os conceitos como entidades abstratas, situadas em um mundo para além do físico (metafísico), Platão reforçava a assertiva da isomorfia entre a linguagem e o mundo, pois o homem, ao ascender ao mundo das ideias, entrava em contato com as formas perfeitas, com a ideia dos objetos tais como eles são – os denominados ‘universais’⁶⁹ –, aprendendo, assim, o significado de cada um deles segundo aquilo que Cruz (2011, p. 11)

⁶⁸ Foge do escopo deste trabalho a reprodução dos paradoxos aventados por Zenão de Eléa. Entretanto, a título ilustrativo, segue interessante exemplo, em que a noção defendida por Heráclito, de um mover constante, é questionada: trata-se da parábola de uma suposta competição de corrida entre Aquiles e uma tartaruga, que recebe alguns metros de vantagem na largada. Ante a pergunta sobre quem se sairia vencedor, a resposta óbvia seria que o exímio corredor Aquiles venceria com extrema facilidade. Entretanto, a se acreditar em Heráclito, isso não seria possível, pois, de acordo com Zenão, sendo o movimento constante, quando Aquiles chegar no primitivo ponto inicial (PI) em que a tartaruga se encontrava, esta já se moveu – ainda que de forma mais lenta – para um ponto futuro (PF1) e assim sucessivamente até o infinito (IGLÉSIAS, 2008).

⁶⁹ Importa salientar que na filosofia platônica, os universais possuem existência real e nesse sentido, por exemplo, pode-se dizer que efetivamente existe a forma do cavalo, do copo ou da mesa.

denomina ‘teoria da anamnese’.

Em síntese, escancara-se por completo a cisão entre pensamento e linguagem. Dessarte, partindo da premissa de que as ideias do mundo inteligível podem ser apenas pensadas – visto que ‘inatingíveis’ pelos sentidos – faculta-se à linguagem exercer o papel de intermediação entre o ideal e o real. Nesse contexto, a isomorfia entre a gramática e a estrutura ontológica do mundo se apresenta a partir de uma correspondência entre a palavra e o ser, na exata medida em que a palavra é idônea para refletir, de forma escoreta, a essência do ser.

Assim, se a realidade⁷⁰ é estruturalmente dissociada da mente humana, sua interação com nossa consciência se dá de forma extrínseca, como algo que a ela é adicionado sem, no entanto, afetar sua essência. Ser real, portanto, é algo que independe de mim: dessa forma, uma coisa chamada objeto atua sobre outra coisa que chamo sujeito – ambos com existência real e autônoma –, fazendo com que as impressões daquele sejam neste apreendidas. Encontramo-nos, pois, diante do denominado ‘realismo’, pois as coisas possuem existência real independente de nós.

Nesse formato, o conceito pode ser compreendido, consoante expressa com propriedade Cruz (2011, p.22), como a “determinação **do que é** o objeto pela palavra indicada”, de sorte que “a definição é a expressão da essência pelo discurso”, afigurando-se, pois, a linguagem como o instrumento idôneo a distinguir essas essências. Portanto, a formação do conceito se dá *a priori*, de sorte que, dedutivamente⁷¹ – do geral (formas) para o particular –, extrai-se aquilo que o conceito denota, ou seja, os objetos singulares, explicitando o conceito platônico de participação⁷².

Logo, a análise semântica empreendida por Platão pressupõe que a estrutura da

⁷⁰ Interessante aqui o trocadilho que retrata com propriedade o estatuto filosófico dos antigos: a própria noção de realidade tem estreita correlação com o radical latino *res*. Em outras palavras o real é aquilo que está nas coisas independentemente do nosso intelecto.

⁷¹ Afirma Paulo Ruas (2004): “Num raciocínio dedutivo, a conclusão é consequência lógica obtida das premissas pelo uso de regras que garantem a sua verdade (caso todas as premissas sejam verdadeiras). Estas regras estão sempre presentes mesmo que não saibamos indicá-las explicitamente. Mas, nos raciocínios indutivos, o mesmo não se verifica. Embora com premissas todas verdadeiras, a conclusão de um raciocínio indutivo não é uma consequência lógica das premissas. As regras utilizadas numa sondagem são do mesmo tipo que regras usadas nos raciocínios dedutivos e não podem garantir logicamente a verdade da conclusão. Ainda que uma conclusão obtida por indução seja altamente provável, não é de todo logicamente impossível que venha revelar-se como falsa. Mas, num raciocínio dedutivo, é logicamente impossível que a conclusão seja falsa se todas as premissas forem verdadeiras, caso as regras sejam seguidas.”

⁷² O posicionamento de Jostein Gaarder (1995) na obra *O Mundo de Sofia* é assim sintetizado: “quando alguém vê biscoitos na forma de anõezinhos em uma padaria [...] logo percebe a necessidade de haver um modelo, uma fôrma capaz de dar identidade de forma a todas elas. Mesmo alguma imperfeição, alguma distinção entre elas, não impediria a percepção que todas tivessem uma única origem.”

linguagem seja composta de palavras – em sentido específico, de signos⁷³ – que obtêm uma significação ou significado por corresponderem, univocamente, a um objeto ou estado de coisas⁷⁴ – significante –, pressupondo, pois, “uma tal correspondência entre significado e significante, uma referência direta entre o objeto e o conceito desse objeto” (CRUZ, 2011, p. 12).

Em resumo, “esta noção básica de conceito como elemento abstrato, desconectado do tráfego causal, não acessível pelos sentidos, denomina-se, em termos genéricos, como *platonismo*”⁷⁵. (BOUVIER; GAIDO; BRIGIDO, 2007, p. 12, tradução nossa.)

Ainda no seio da filosofia clássica, verifica-se que o macedônio Aristóteles, em seu robusto legado, reconfigura o realismo das ideias platônico, ao abdicar por completo da noção estruturada pela teoria dos dois mundos de Platão – de uma dicotomia entre mundo inteligível e mundo sensível –, valorizando, nesse contexto, a experiência sensível, pois só se predica o erro quando não se capta adequadamente aquilo que nos é dado pelos sentidos. Nesse cenário, os conceitos ‘perdem’ o ‘*locus*’ privilegiado que lhes era atribuído por seu mestre, trazendo seus contornos para a realidade vivenciada por nós.

Assim, em um primeiro momento, para situar o trato dos conceitos no seio da filosofia aristotélica, fundamental é compreender como Aristóteles, em sua feição explícita da análise da linguagem⁷⁶, reforça seu papel designativo, na esteira do seu mestre, e, como não poderia

⁷³ Nino (2010) faz uma distinção entre signos e símbolos. Para o autor, “os símbolos devem ser distinguidos dos signos, que têm uma relação natural ou causal com o objeto que representam: como um trovão em relação ao raio, a fumaça em relação ao fogo, o choro de uma criança pequena em relação à fome. Em contrapartida, os símbolos têm apenas uma relação convencional com os objetos representados; a representação não emana de uma ligação causal com o fenômeno representado, mas de convenções estabelecidas implicitamente pelos homens; isto é, de regras que permitem se referir a certos fatos, coisas, relações, usando determinadas figuras, ruídos, objetos, etc.” (NINO, 2010, p. 293). Nesse particular, é importante deixar claro que neste trabalho não será feita essa distinção, usando-se, de forma indistinta, o termo ‘signo’.

⁷⁴ Segundo Warat (1995, p. 39), “A unidade de análise de qualquer sistema linguístico é o signo. Para Carnap, o signo é composto de dois elementos: o indicador, situado no plano da expressão, de natureza sempre material (som, grafia, gesto), e o indicado, constituído pela situação significativa (fenômeno, fato, situação do mundo) que conseguimos comunicar mediante o indicador. O signo seria uma realidade bifásica e seu estatuto lógico seria o de uma relação [...]. Essa, entretanto, não é a única maneira de se conceber os signos. Para Maurício do Valle (2008, p. 7), “Há também aqueles para os quais o signo é uma relação trinária travada entre ele (signo), seu objeto e quem o interpreta.”. Assim, em termos husserlianos, ter-se-ia “ [...] o suporte físico (a palavra falada ou escrita, em termos linguísticos), o significado (objeto do mundo) e significação (noção que nos é suscitada). (VIEIRA *apud* VALLE, 2008, p.8). Note-se, nesse particular, que a citação de Valle (2008) pressupõe uma consideração pragmática da linguagem que será abordada na sequência desta tese.

⁷⁵ “Esta noción básica de concepto como elemento abstracto, desconectado del tráfico causal, no assequible por los sentidos, suele denominarse en términos genéricos como *platonismo*.”

⁷⁶ Nesse ponto, a menção à análise da linguagem na filosofia aristotélica sob a perspectiva estrita não é sem sentido. Isso porque alguns autores entendem que o macedônio foi o precursor de uma feição linguística do mundo. Nesse sentido, Manfredo Oliveira (2006, p. 28) afirma que, em relação à linguagem, “[...] existe outra dimensão em Aristóteles, esta mais implícita, segundo a qual, apesar da distância entre a linguagem e o ser, não há para nós mortais acesso imediato ao ser sem, portanto, a mediação linguística. Isso faz o pensamento de Aristóteles, por um lado, ser um eco dos primeiros filósofos gregos, que afirmavam a unidade indiferenciada entre logos e ón, por outro, antecipa posições que hoje são explicitamente tomadas pela filosofia contemporânea

deixar de ser, em frontal oposição aos sofistas. Ora, se estes entendiam que quem dominava a palavra (linguagem), sintetizada na arte da retórica, da argumentação e do poder de persuasão, detinha o poder ⁷⁷ ⁷⁸ – visto que há completa aderência entre a palavra e o ser (coisa) –, Aristóteles, por outro lado, referenda e agudiza⁷⁹ a distância entre eles empreendida por Platão, sem deixar de tematizar essa relação. Para ele, “entre nomes e coisas não há semelhança completa: os nomes são limitados, enquanto as coisas são numericamente infinitas. É inevitável designar várias coisas com um único nome”. (ARISTÓTELES apud OLIVEIRA, 2006.)

Com essas considerações, é interessante apontar que o direcionamento que Aristóteles dá à sua filosofia transita por caminhos diversos dos percorridos por Platão. Isso porque rompe com a lógica dedutiva estatuída por seu preceptor, pois, embora sob a perspectiva ontológica e metafísica as formas, os universais, precedam os singulares, é com base nos sentidos que se dá o conhecimento primeiro, de acordo com o prisma gnosiológico e psicológico. Portanto, os universais (substância segunda) são constituídos de forma indutiva⁸⁰, a partir da experiência sensível em um processo de abstração, na qual se extrai do particular (substância primeira)⁸¹ seu universal imanente e se obtém a essência comum. Assim, pode-se afirmar, de acordo com uma tradição ‘antiplatônica’, que os conceitos situam-se entre nós, ou seja *in rebus* ou nas coisas.

Em síntese, a formação do conceito é dada, diferentemente de Platão, *a posteriori*, ou seja, a partir da experiência sensível, em um movimento de tirar o individual do singular e que se materializa a partir de uma unidade daquilo que a coisa significa com a essência da coisa, ou seja,

da linguagem, ou seja, pelo nível de reflexão filosófica que compreendeu que toda reflexão é sempre mediada linguisticamente”.

⁷⁷ Interessante, nesse ponto, é a citação feita por Oliveira (2006, p. 27) de F. Ricken, que afirma: “[...] o desenvolvimento da democracia ateniense é um pressuposto fundamental da sofística, pois o que tomava parte na assembleia popular devia dominar a arte da retórica e da argumentação. É nesse contexto que a linguagem se torna instrumento de poder”.

⁷⁸ Também aí reside o “perigo” dos sofistas, pois a arte de manipular o discurso permite que explicitem seu desprezo pela verdade, na exata medida em que, tal qual um ilusionista, consigam fazer passar, por exemplo, o falso por verdadeiro, ou uma grande falácia por algo perfeitamente verossímil.

⁷⁹ Para Oliveira (2006, p. 29), “não há relação imediata entre linguagem falada e ser, pois há uma mediação necessária de estados psíquicos”.

⁸⁰ Nesse sentido, Cruz (2011, p. 13) afirma: “por conseguinte, somente da observação de um bom número de cavalos, o filósofo seria capaz de identificar suas características gerais, ou seja, extrairia sua quiddidade, sua essência, seu universal. Um atributo seria essencial pois caso não estivesse presente na sua ‘natureza’, a coisa não seria. Desse modo, uma vaca somente é mamífera porque seus filhotes de fato mamam. Ou, se a experiência define que ter seis patas é uma característica essencial para um inseto, uma aranha ou um escorpião não podem ser assim classificadas. Em geral, os intérpretes clássicos de Aristóteles vêem a essência com ousia, ou seja, ‘o que é por si mesmo’”.

⁸¹ “O cosmos era composto da individualidade, pois a substância primeira está presente em cada indivíduo como Sócrates, Cálías e Alcebiades, então, a observação de sua essência formaria os universais pela substância.” (CRUZ, 2011, p. 13.)

sua ‘natureza’. Assim, “a essência é o pressuposto de fundamento de unidade entre a ontologia do ser e o sentido que se dá para seu nome. A quiddidade exprime tanto a ontologia do ser quanto a condição de possibilidade da comunicação pela linguagem”⁸². (CRUZ, 2011, p. 12.)

Nesse momento, para o ponto central do trabalho, é necessário dar um salto para uma nova concepção da filosofia e da teoria dos conceitos. Isso porque, em verdade, a filosofia cristã do medievo apenas retrabalha as premissas do mundo grego, reconfigurando-as a partir da figura central do divino, que passa a ser o fundamento último dos processos de conhecimento e das ações regidas por normas⁸³. Sendo assim, o arcabouço traçado só é radicalmente esfacelado pelo advento da simplesmente denominada – sob o ponto de vista jurídico-filosófico – ‘modernidade’⁸⁴, compreendida sob o prisma de um ‘mundo novo’ ou de um ‘novo mundo’, modernidade que se assenta em premissas distintas daquelas escatológicas e divinatórias⁸⁵ do mundo dos antigos e que, inaugurando uma nova era,

não pode e não quer tomar dos modelos de outras épocas seus critérios de orientação, *ela tem de extrair de si mesmo seus pressupostos operativos*. Nesse contexto, a modernidade vê-se referida a si mesmo, desnudada, sem a possibilidade de apelar para subterfúgios distintos daqueles autorreferenciáveis. Isso explica a suscetibilidade da sua autocompreensão, a dinâmica das tentativas de autoafirmar-se a si mesma, que prosseguem sem descanso até os nossos dias. (HABERMAS, 2002, p. 12.)

Essa nova compreensão, que se radica na perspectiva de uma ‘subjatividade’ radical, que destaca o sujeito cognoscente, portanto racional, transforma a vida religiosa, a sociedade,

⁸² Para que se possa conceituar, ou melhor, na terminologia de Aristóteles, definir um objeto, é necessário fazer uso de uma relação das denominadas ‘categorias’, que, ao lado da substância (essência), vinculam-se às coisas. Dentre as mais importantes citam-se a qualidade (v.g.: bom, ruim, gordo, magro, azul, etc.); a quantidade (v.g.: o relógio tem 90 anos); a relação (v.g.: Paulo é mais gordo que Pedro, logo Pedro é mais magro que Paulo); espaço e tempo. Foge ao escopo deste trabalho uma análise das categorias aristotélicas. Por todos, consultar Cruz (2011, p. 14-17).

⁸³ Nesse sentido, reveladores são os dizeres de S. Tomás de Aquino (2003), ao afirmar que o ato da inteligência não termina no conceito, mas na coisa – *non terminatur ad enuntiabile, sed ad rem*. (Summa Theologica, II-II, 1, 2 ad 2.)

⁸⁴ Segundo Giddens (1991, p. 11), “‘modernidade’ refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência. Isso associa a modernidade a um período de tempo e a uma localização geográfica inicial”. Para Julián Marías (1950, p. 931), na obra *La filosofía en sus textos*, a idade moderna começa propriamente a partir de 1600, cuja primeira geração moderna, em sentido rigoroso, é a de Descartes – nome latino Cartesius –, que nasceu em La Haye, em 1596.

⁸⁵ A menção à fundamentação divinatória do mundo está imbricada no desenvolvimento da denominada ‘filosofia cristã’, cujos pressupostos teóricos sob o prisma teológico, incluindo um profundo estudo sobre a estrutura e o significado da Bíblia, estabeleceu-se, em um primeiro momento, com o desenvolvimento da denominada ‘patrística’ (signo derivado de padre), cujo apogeu se deu com a polidez dos fundamentos do Cristianismo estabelecida por Santo Agostinho. Após o esfacelamento do império romano, e de um período histórico conhecido como de ‘obscurantismo medieval’, um segundo momento da Idade Média, assentado no recrudescimento das escolas, daí o termo escolástica, e, por conseguinte, uma nova difusão cultural permitiu o surgimento de uma nova doutrina cristã, cujo ‘programa de pesquisa’ consistia na correta elaboração do binômio fé-razão. O ápice dessa escola se dá com S. Tomás de Aquino, que, a partir dos ensinamentos de Aristóteles – devidamente ‘convertidos’ para os ensinamentos cristãos –, edifica uma obra maiúscula que concilia de forma convincente fé e razão, inclusive a existência de Deus. Esse apogeu escolástico entra em declínio a partir dos ferozes questionamentos estruturados especialmente por Guilherme de Ockham, o que serviria, tempos mais tarde, de fio condutor da modernidade.

a ciência, a moral e a arte em personificações desse princípio da subjetividade, cujos pilares podem ser assim esquadrihados: a reforma protestante, que permitiu uma postura autorreflexiva da fé⁸⁶ e o racionalismo filosófico, inaugurado pelo cogito cartesiano⁸⁷, com apogeu em Kant, que “faz da razão o supremo tribunal ante o qual deve se justificar tudo aquilo que em princípio reivindica validade” (HABERMAS, 2002, p. 26-28). Enfim, maravilha-se a Humanidade com o caráter emancipatório da sua razão⁸⁸. Captando esse momento singular, Habermas (1997), com propriedade, afirma que

a modernidade inventou o conceito de razão (prática) como faculdade subjetiva. Transpondo conceitos aristotélicos para premissas da filosofia do sujeito, ela produziu um desenraizamento da razão prática, desligando-a de suas encarnações nas formas de vida culturais e nas ordens da vida política. Isso tornou possível referir a razão prática à felicidade, entendida de modo individualizado, e à autonomia do indivíduo, moralmente agudizada – à liberdade do homem tido como sujeito de direito privado, que também pode assumir os papéis de um membro da sociedade civil, do Estado e do mundo. (HABERMAS, 1994, p. 17.)

Como uma *summa*, salutares são as palavras de Oliveira (2006), quando afirma:

Tendo-se rompido no fim da Idade Média a unidade sempre pressuposta pelo pensamento clássico, embora por ele nunca propriamente tematizada, entre pensar e ser, descobriu-se que o pensar não pode ser tratado como um objeto entre outros, uma vez que ele se apresenta como condição de possibilidade de toda objetivação. Se assim é, então se manifesta ingênuo querer saber sobre o mundo dos objetos sem perguntar pela instância que constitui o mundo objetivo enquanto objetivo, ou seja, pela subjetividade humana, como fonte de todo processo cognitivo. Precisamente nisso constituiu-se a *revolução copernicana* proclamada por Kant: em vez de nos dirigirmos aos objetos, transcendemos dos objetos para sua condição de possibilidade, isto é, passa-se dos objetos para o espírito finito como condição de possibilidade do processo de objetivação da realidade. (OLIVEIRA, 2006, p. 35-36.)

Tendo como referência essa síntese apresentada, pode-se afirmar, segundo os ensinamentos de Julián Marías (1950, p. 931), que a época moderna se inicia com o problema do ‘método’, que, no contexto ora trabalhado, tem estrita correlação como a assunção da razão humana como via privilegiada de acesso e apreensão à realidade. Essa postura é objeto de

⁸⁶ A soberania do sujeito pode fazer valer seu discernimento: a hóstia não é mais que farinha, as relíquias não são mais que ossos. (HABERMAS, 2002, p. 26.)

⁸⁷ A apropriação subjetiva da realidade é operada mediante a diferença entre sujeito e objeto, distinção que se eleva ao patamar especulativo por meio de Descartes. No Discurso do Método (1637), é introduzida a dúvida metódica como forma de o sujeito distinguir ficção de realidade e, assim, chegar a um conhecimento seguro. Ocorre que o ato de conhecer se funda na subjetividade, pois o sujeito cognoscente pode duvidar de tudo, exceto do fundamento sobre o qual a dúvida é estruturada. Assim, o filósofo cunha o ‘penso, logo existo’ como matriz a partir da qual a existência do ‘eu’ se constitui como sede do conhecimento. (MOREIRA, 2007, p. 25.)

⁸⁸ Esse momento de transição também é captado pela sempre atual lente de Shakespeare quando declama: “Que obra de arte é o homem, e quão nobre sua razão! Quão infinitas suas faculdades! Em forma de movimento, quão expressivo e admirável! Na ação, é como um anjo; na inteligência, assemelha-se a um Deus; a beleza do mundo, o paradigma dos animais.” (SHAKESPEARE, 1984.)

uma posição ‘fundamentalista’ de Descartes, que adota essa fé na razão – nas ideias claras, em outras palavras – como a realidade propriamente considerada. Em resumo, a novidade consiste em que a existência das coisas de forma segura só faz sentido se essas coisas forem pensadas, ou seja, *mind dependent*: a coisa (objeto) é agora dependente de mim (sujeito), pois as coisas são construídas pela consciência, são ideias. Encontramo-nos, pois, diante do denominado ‘idealismo’.

Nesse sentido, a linha do racionalismo filosófico inaugurado pelo cogito cartesiano obtém a chancela de racionalismo filosófico e se espalha pela pena de autores como Wolf, Leibniz e Pascal, exatamente por ter como premissa básica a

centralidade da razão humana no processo de conhecimento, a aceitação da existência de ideias ou princípios inatos, isto é, pertencentes à natureza da própria mente, e o pressuposto da possibilidade de justificarmos ou fundamentarmos de modo definitivo e concludente nossos sistemas teóricos. (MARCONDES, 2005, p. 187.)

Entretanto, para uma teoria geral dos conceitos, afigura-se mais interessante assinalar, como ponto de inflexão, as doutrinas contrapostas ao racionalismo decartiano inseridas no contexto do movimento empirista inglês, do qual são expoentes autores como John Locke⁸⁹ e David Hume, na exata medida em que a elaboração dos conceitos vincula-se a um plano abstrato, desconectado do trato causal do mundo, e se atrela à experiência sensível, de forma a gravar na mente, compreendida como uma tábula rasa, as impressões obtidas por meio dos sentidos para posterior consulta do intelecto⁹⁰. Importante frisar que “de acordo com esta vertente, as ideias mais complexas podem ser decompostas em ideias mais simples. Estas por sua vez ocupam o lugar de uma sensação ou percepção, que, uma vez impressa na mente, pode ser consultada por meio da atividade intelectual”⁹¹. (BOUVIER; GAIDO; BRIGIDO, 2007, p. 13, tradução nossa.)

⁸⁹ Importante frisar que a contribuição de John Locke (1632-1704) é deveras multifacetada, envolvendo áreas como a filosofia, a teoria do conhecimento e a política. Nessa senda, o puritano burguês construiu um sólido constructo, dentro do contratualismo, de defesa do direito de propriedade sob a perspectiva do liberalismo. Nesse particular, parte da premissa de que o direito de propriedade tem natureza pré-política (como um direito natural), ou seja, já é direito antes mesmo da celebração do pacto para constituição do Estado, que funcionaria, então, como o ‘terceiro imparcial’, cuja função é, de um lado, maximizar a fruição desses direitos e, de outro, solucionar os conflitos porventura existentes a eles relacionados.

⁹⁰ Nesse cenário, o cético poderia perguntar: ora, o que diferencia Locke de Aristóteles, se ambos reputam o trato causal do mundo como fonte do conhecimento? A resposta passa obrigatoriamente pelo fato de que os ângulos de análise são diametralmente opostos. O foco do estagirita é o objeto, a coisa, que existe independentemente do sujeito, cabendo à mente tão somente, em uma atitude não ‘constitutiva’, perceber a substância daquela coisa apreendida do mundo sensível. Por sua vez, para a corrente lockeana, o conhecimento não prescinde da figura do eu cognoscente, na medida em que a mente (razão) abandona sua postura ‘passiva’ e, de forma prospectiva, consulta as impressões gravadas pelos sentidos para constituir o conhecimento.

⁹¹ “De acuerdo a esta vertiente, las ideas más complejas pueden ser desagregadas en ideas más simples. Éstas a su vez ocupan el lugar de una sensación o percepción que, una vez impresa en la mente, puede ser consultada por médio de la actividad intelectual.”

Assim, explica Locke (1999) que todo homem tem consciência de que pensa e de que, ao pensar, sua mente se ocupa de ideias que tem de si. Entretanto, deve-se perguntar como elas são apreendidas pelo intelecto. Assim, afirma que partindo do pressuposto de que a mente é um papel em branco, vazio, sem ideia alguma, como o intelecto vem a ser preenchido? Como lhe vem todo o material da razão e do conhecimento? A resposta é uma só: pela experiência.

Em resumo, e aqui se utilizam os ensinamentos de Bouvier, Gaido e Brigido (2007), pode-se afirmar que a tradição filosófica pré-kantiana concebe o *locus* de conformação dos conceitos a partir de duas correntes de vieses radicalmente distintos: aquela de matriz platônica, para a qual os conceitos devem ser buscados em uma ordem abstrata, ideal, desconectada por completo do trato causal, do mundo sensível, e aquela consolidada pelo empirismo inglês de matriz lockeana e humeana, que situa os conceitos no mundo sensível, apreendidos por meio das sensações, ‘gravados’ em nossa mente para serem depois consultados pelo intelecto. Portanto, os conceitos estão, obrigatoriamente, associados a objetos que possam ser verificados empiricamente⁹².

Para a compreensão de um novo modelo de concepção dos conceitos, ainda sob a perspectiva de uma semântica tradicional, e que tem estreita correlação com a parte da doutrina denominada ‘primeiro giro linguístico’, é necessário que se compreenda, nesse cenário, o contexto do surgimento da tradição analítica, que se dá exatamente no seio de uma reação às correntes filosóficas então dominantes: o idealismo⁹³, de inspiração kantiana, e o empirismo, de natureza psicologista de Stuart Mill. Nesse sentido, a filosofia analítica⁹⁴ tem como ponto central a questão da linguagem, na exata medida em que busca perquirir qual seria o significado das proposições linguísticas.

Nesses contornos, Dummett, citado por Marcondes (2004),

⁹² A fusão das correntes racionalistas e empiristas, empreendida por Kant, é edificada sob uma perspectiva radicalmente distinta, a partir da constatação feita por ele de que “os pensamentos sem conteúdo são vazios (dogmatismo), as intuições sem conceitos são cegas (empirismo)”. Assim, Kant passa a estudar as condições *a priori* do sujeito transcendental – no sentido de anterior a toda experiência – para pensar e conhecer os objetos. Em síntese, todo conhecimento se deve às impressões dos sentidos, mas a razão define ‘como’ percebemos o mundo. Ex.: lentes de óculos vermelhas (premissas para se ‘ver’ o mundo). Para uma explicação completa do constructo kantiano, sugere-se a leitura de Julián Marías (2004) e Danilo Marcondes (2005), dentre outros.

⁹³ “Contra o idealismo, Moore reafirma a existência de um mundo físico, independente da mente humana, que contém uma série de objetos individualizados.” (BUENO, 2008, p. 246.)

⁹⁴ Essa expressão remete à delimitação dos contornos de importante corrente filosófica surgida no final do século XIX, denominada ‘filosofia analítica’, na medida em que adota a análise, entendida como um processo de segmentação, separação de um conceito em conceitos mais elementares como forma de melhor defini-lo, o que se apresenta, *ultima ratio*, como análise da linguagem. Os expoentes dessa corrente são autores como Gottlob Frege, Bertrand Russel, George Moore, Wittgenstein 1º, o conhecido Círculo de Viena, a Escola de Oxford e, mais recentemente, Michael Dummett.

divide a tradição filosófica em três grandes períodos. O primeiro, que vai da filosofia antiga (séc. VII a.C.) até o final do pensamento medieval (séc. XIV), é marcado pelo interesse central pela *ontologia*, ou seja, pela questão sobre o Ser, sobre no que consiste a realidade, qual sua natureza última, sua essência. O segundo caracteriza-se por uma ruptura radical com o primeiro e marca o surgimento da filosofia moderna (séc. XVI-XVII), tendo como questão central a *epistemologia*, a investigação sobre o conhecimento. A resposta à questão sobre o Ser depende, segundo esta nova visão, da resposta sobre algo mais fundamental: o conhecimento do Ser, a natureza desse conhecimento e sua possibilidade. O terceiro período marca a ruptura, por sua vez, da filosofia contemporânea (final do séc. XIX – início do séc. XX) com a filosofia moderna. **Essa nova ruptura introduz agora a questão lógico-linguística, ou seja, o conhecimento não pode ser entendido independentemente de sua formulação e expressão em uma linguagem. A questão primordial passa a ser assim a análise da linguagem, da qual dependerá todo o desenvolvimento posterior da filosofia. A filosofia analítica surge nesse momento, vindo responder diretamente a essa necessidade.** (DUMMETT *apud* MARCONDES, 2004, p. 9, grifo nosso.)

Isso porque se a modelagem da metafísica clássica ou do mentalismo conferia grande ênfase à função designativa da linguagem, elevando a um patamar privilegiado a correspondência dos conceitos com os objetos a serem designados – entre o signo e algo não linguístico –, esse novo tratamento da linguagem coloca em relevo uma teoria da significação que reconfigura essa relação, agregando o fato de que esse ‘algo’ é sempre um dado da própria linguagem. (CRUZ, 2011, p. 75.)

Nesse contexto, impõe-se frisar que os estatutos científico e filosófico passam a ter coloridos diferentes. De um lado, a ciência passa a ter a preocupação com uma fundamentação em bases lógicas⁹⁵, que rejeita de plano qualquer elemento de cunho metafísico não aferível empiricamente. Assim, a frase ‘a grama é verde’, no plano da ciência, exige a comprovação ‘de campo’ de que a grama, efetivamente, possui essa cor⁹⁶. Por outro lado, cumpriria à filosofia um papel apriorístico, que cuidaria do esclarecimento das proposições linguisticamente estruturadas a partir de um processo de análise⁹⁷. Assim, por exemplo, as expressões ‘a camisa é rubra’ e ‘a camisa é vermelha’ permitem que se afirme

⁹⁵ “Um traço comum à semântica clássica é a preocupação com a fundamentação da ciência, sendo sua solução básica o recurso à **lógica**. Devemos entender, contudo, ‘lógica’ em um sentido amplo, não apenas como teoria das linguagens formais ou como forma de estudo das inferências válida, mas como englobando problemas como **a natureza da proposição e a constituição do significado**, isto é, a semântica, examinando assim a relação entre a linguagem e a realidade, questão fundamental para a justificação da possibilidade do conhecimento científico e da validade de uma determinada teoria científica.” (MARCONDES, 2004, p. 14.)

⁹⁶ E em relação às frases não passíveis de comprovação?, poderia questionar o cético. Ao que Wittgenstein responderia: sobre aquilo que não se pode falar, ou seja, o que não é comprovável empiricamente, o melhor é se calar.

⁹⁷ Com essas premissas, autores como Russel e Ryle encetaram diversas críticas ao realismo abstrato de Platão. Como exemplo, podemos citar a frase “o belo é atraente”. Para o platonismo, mesmo que ‘a beleza’ não possa nomear uma coisa concreta, sua ideia, que não se encontra espaço-temporalmente situada, é real no mundo inteligível. Ora, essa construção é criticada sob a perspectiva da filosofia analítica com base na lógica, na medida em que pode ser resumida sob a seguinte modelagem: ‘para todo x, se x é belo, então x é atraente’, que evidencia não o objeto abstrato ‘beleza’ mas sim ao que é belo, ou em outras palavras, ao individual, concreto, que possui essa propriedade (BUENO, 2008).

como verdade analítica – no plano filosófico – que ‘toda camisa vermelha é rubra’, na medida em que se pode substituir ‘rubro’ por ‘vermelho’ e manter o mesmo sentido da frase.

Especificamente para o escopo deste trabalho, o direcionamento da abordagem vincula-se ao gênio de Gottlob Frege⁹⁸, considerado o ‘pai da filosofia analítica’ e precursor do denominado ‘primeiro giro-linguístico’⁹⁹, que concebe os conceitos a partir do estudo do significado dos nomes e das frases, e não de processos mentais subjetivos. Nesse contexto, é fundamental compreender que a obra de Frege, na verdade como cerne de suas preocupações, foi construída circunscrita à fundamentação da matemática, logicamente. Em outras palavras, aproximando matemática e filosofia e, em especial¹⁰⁰, por uma crítica da epistemologia centrada no subjetivismo e de uma completa autonomização da lógica em face da psicologia¹⁰¹.

Essa distinção sutil, mas significativa, foi objetivamente captada por Manfredo Oliveira (2006):

A psicologia preocupa-se com o que é subjetivo, isto é, com as *representações* ou ideias que surgem em nós por meio das recordações, das impressões sensíveis e atividades que produzem uma imagem interna. Essa imagem é, muitas vezes, perpassada de sentimentos e é, essencialmente, subjetiva, ou seja, a imagem de um não é imagem do outro. Por isso a imagem se distingue essencialmente, por exemplo, do sentido de um sinal que pode ser propriedade de muitos (objetivo). A

⁹⁸ Friedrich Ludwig Gottlob Frege nasceu em 8 de novembro de 1848, em Wismar, Alemanha. Estudou matemática, física, química e filosofia, primeiramente na Universidade de Jena, depois em Gottingen, considerada, no tempo, o centro mundial da geometria, onde se doutorou em filosofia. Mais tarde, foi professor de matemática em Jena. Embora Frege esteja hoje na origem do movimento renovador da lógica, durante seu tempo ele foi praticamente desconhecido, podendo-se considerar sua atividade acadêmica propriamente um fracasso. Carnap, um dos grandes lógicos de nosso tempo, foi seu aluno e relata que, com mais dois outros alunos somente, assistia às suas aulas, em que Frege apresentava, totalmente indiferente aos alunos, suas descobertas a respeito dos problemas fundamentais que constituíram a paixão de sua vida: os problemas da lógica e dos fundamentos da matemática”. (OLIVEIRA, 2006, p. 57.)

⁹⁹ Habermas (2004b) apresenta de forma bastante interessante como a construção de Wittgenstein no *Tractatus* efetiva-se, de forma clara, como uma real viragem da linguagem, afastando-se das concepções anteriores. Para o frankfurtiano, é somente com o filósofo, “com sua passagem para uma concepção transcendental da linguagem, que se leva a sério a corporificação simbólica no médium da linguagem dos “pensamentos banidos da consciência”. À linguagem universal, logicamente transparente e que representa fatos, Wittgenstein atribui um caráter formador de mundo. Os limites da linguagem “significam os limites de meu mundo”, as proposições da semântica lógica nos permitem ver “o andaime do mundo”. No lugar das categorias do entendimento, que, segundo Kant, constituem os objetos de uma experiência possível, entra a forma lógica da proposição elementar: “Especificar a essência da proposição significa especificar a essência de toda descrição e, portanto, a essência do mundo.” É apenas com esse passo que Wittgenstein ratifica a virada linguística iniciada por Frege.

¹⁰⁰ Nesse particular, por exemplo, interessante é o contraponto com John Stuart Mill, que buscava fundamentar a matemática empiricamente.

¹⁰¹ Para esse mister, Frege escancara a imprestabilidade de uma linguagem comum, haja vista um sem número de imperfeições a exigir, portanto, a construção de uma linguagem ideal, que se deve prestar a depurar as imperfeições dessa linguagem ordinária. Nesse cenário ‘Frege se pergunta se as proposições da aritmética se baseiam, em última análise, nas leis da lógica ou em fatos da experiência, propondo-se a defender a primeira alternativa. Estabelece, então, a necessidade de se afastar da linguagem comum para construir uma ‘linguagem simbólica do puro pensamento’. Esse projeto o leva a reformular a própria lógica no sentido de aproximá-la dos métodos da matemática.” (MARCONDES, 2004, p. 24.)

lógica se põe na dimensão da objetividade, enquanto a psicologia se dedica ao puramente subjetivo. (OLIVEIRA, 2006, p. 60.)

Nesses termos, “a tarefa filosófica passaria a se caracterizar pela investigação do pensamento (*Gedanke*), no sentido de Frege, **como algo objetivo e atemporal e não como algo psicológico e subjetivo**”. (OLIVEIRA, 2006, p. 59, grifo nosso.) Pensamento, nesse contexto, portanto, sob o prisma de um **conteúdo objetivo** (de um nome ou proposição) e não enquanto processo mental subjetivista. Assim, entender a sentença matemática $4 + 3 = 7$ significa reconhecer o pensamento que ela expressa¹⁰². Portanto, a fundamentação da ciência só se afigura possível com base na investigação dos conceitos que compõem as proposições linguísticas¹⁰³, inaugurando a tradição que identifica a análise de um conceito com o significado das palavras.

Para tanto, Frege constrói complexo modelo, que trabalha, por um lado, a dissociação da imanência entre conceito e objeto – próprio da visão mentalista, clássica ou não – atrelada às noções de sentido e referência, intensão e extensão, conotação e denotação, que precisam ser melhor explicados¹⁰⁴.

Na verdade, a origem das mazelas de Frege, no contexto da sua obra, acima explicitado, surge quando ele se pergunta sobre a correta forma de se interpretar frases que representam identidade da forma ‘ $a = b$ ’, que podem ser melhor compreendidas a partir dos exemplos ‘ $3 + 5 = 8$ ’ ou ‘New York é a capital do mundo’, ou ‘Álvaro é o capitão Nascimento da PUC’. Ora, partindo da premissa de que essas frases, na verdade, dizem respeito a um mesmo objeto, *in casu* um mesmo número, cidade ou pessoa humana, como frases desse tipo podem não ser meramente tautológicas e ‘agregar ‘informação e conhecimento?’

Ora, do ponto de vista lógico-tradicional, a expressão ‘o eterno menino da vila é o rei do futebol’ não é a mesma coisa que afirmar ‘o rei do futebol é o rei do futebol’, não obstante o objeto a que se referem seja o mesmo, isto é, Pelé, justificando assim a identidade. Então, para abandonar a perspectiva de uma visão vazia de conteúdo, como na segunda frase, e assegurar o caráter informativo que se busca, Frege insere a noção de ‘sentido’, que nada mais

¹⁰² Faz-se necessária, então, a distinção entre o objeto passível de ser conhecido e seu reconhecimento, o que se dá exatamente pela explicitação do conteúdo linguístico por ele asserido.

¹⁰³ “Suas distinções (características e qualidades, conceitos de primeiro e segundo níveis, subsunção de um objeto sob um conceito, subordinação de conceitos a outros conceitos e subsunção de um conceito sob um conceito de segundo nível, etc.) foram aquisições fundamentais para o esclarecimento da estrutura lógica de nosso pensamento”. (OLIVEIRA, 2006, p. 61.) Essa noção macro de análise será abordada na sequência deste trabalho.

¹⁰⁴ Frege trabalha em sua teoria do significado tanto com nomes (termos singulares) como com frases. A abordagem efetuada nesta tese será genérica, até porque os contornos são os mesmos, apenas chamando a atenção, em relação às segundas, para o fato de passarem a fazer sentido questionamentos acerca da verdade ou falsidade dos proferimentos.

é que o modo de ser do objeto. Assim, se o objeto é o mesmo, a forma pela qual esse objeto é referido nas frases altera-se, permitindo a construção de sentidos diferentes. De um lado, ganha relevo a ligação de Pelé com sua casa de tantos anos, em uma abordagem particularizada, intimista, ao passo que ‘o rei do futebol’ traduz o homem do mundo, o melhor jogador de futebol de todos os tempos. Segundo Costa (2008, p. 13), os modos pelos quais se tem acesso observacional ao ser humano Pelé é que são diferentes, o que assegura que ambas as frases sejam informativas, não obstante se refiram ao mesmo objeto¹⁰⁵.

Com essas considerações, resta costurar o arcabouço da teoria fregeana do significado, que se apresenta sob o binômio sentido/referência, com especial destaque para o primeiro. Isso porque o sentido (do alemão *sinn*) refere-se a uma entidade abstrata¹⁰⁶ de natureza objetiva, dotada de um teor cognitivo (epistêmico), na medida em que determina um conjunto de propriedades que um objeto deve ter para qualificar-se como tal, funcionando como uma ‘lente específica’, que estabelece uma forma peculiar de se enxergar o objeto, conhecida como **modo de apresentação**. (BOUVIER; GAIDO; BRIGIDO, 2007, p. 17.)

Essas propriedades descritivas se prestam para determinar referente, referência (do alemão *bedeutung*), denotação ou extensão, que têm correlação com o objeto. Em resumo, a distinção entre sentido e referência, pois todo nome denota um objeto, é o cerne da semântica de Frege, de modo que seu construto associa a linguagem humana a três dimensões, que expressam funções diferentes: a dimensão “**signativa**, que se explica pela expressão da comunicação por meio de signos, a **objetiva**, indicadora da relação com o mundo exterior aos falantes e, finalmente, a **significativa**, justamente aquela que opera a produção de sentido”. (CRUZ, 2011, p. 81.)

Na doutrina de Frege, portanto, temos, de um lado, o objeto ao qual a expressão linguística se aplica, que representa sua extensão, referência ou aquilo que o signo denota; de outro, o **conceito, intensão, conotação ou significado**, que se expressa pelas propriedades descritivas que se prestam a ‘apresentar o objeto’.

Cabe, então, questionar como se apresenta, nesse modelo, a diferença entre sentido e

¹⁰⁵ Susan Haack, em sua obra *Filosofia das lógicas* (2002, p. 96-97), matematiza esse constructo da seguinte forma: “Frege pergunta como pode (i) $a = b$ diferir em valor cognitivo de, i.e., ser mais informativo que (ii) $a = a$, se $a = b$? Sua resposta é que enquanto a referência ‘a’ é a mesma que a de ‘b’ (eles representam o mesmo objeto), o sentido de ‘a’ é diferente do sentido de ‘b’, e essa diferença dá conta da maior informatividade de (i) em relação a (ii).

¹⁰⁶ Neste caso, dizer que o sentido tem natureza abstrata em nenhuma hipótese, para Frege, faz com que ele possa ser compreendido como uma entidade mental ou psicológica. Na mesma linha, Dummet, citado por Bouvier, Gaido e Brigido, (2007), afirma que esse constructo pode ser descrito como uma empreitada no sentido de se expulsar os conceitos da mente. Entretanto, sob o ponto de vista crítico, essa tentativa de Frege se afigura deveras frustrada, na medida em que a intermediação do conceito com o referente se dá por meio da mente, por meio de um ato de captação de natureza mental, não obstante os conceitos serem entendidos como entidades abstratas.

referência. Ora, segundo Oliveira (2006),

na expressão “estrela da manhã”, o planeta Vênus nos é manifestado de um modo diferente do que quando dizemos “estrela vespertina”. Há aqui uma *identidade de objeto* (daí a mesma denotação) e uma diversidade de manifestação (daí a diversidade de sentido). A *denotação* de um mesmo objeto pode ser feita por meio de várias palavras ou outros sinais. Como ocorre a conexão entre as três dimensões da linguagem? Segundo Frege, a associação normal entre sinal, sentido e denotação se faz de modo que ao sinal corresponde um *sentido* determinado e a este também uma denotação determinada. (OLIVEIRA, 2006, p. 62-63.)

De toda essa construção, primeiramente pode-se afirmar que determinada expressão linguística pode ter sentido¹⁰⁷, sem, entretanto, possuir referência, na medida em que nesse caso são expressos não objetos propriamente ditos mas os chamados ‘estados de coisas’¹⁰⁸. Ademais, como nos ensina Bouvier, Gaido e Brigido (2007, p. 18), é possível ainda inferir que: a) o peso cognitivo se presta a distinguir os sentidos correferenciais, como é o caso de ‘estrela da manhã’ e ‘estrela da tarde’, cujo objeto referenciado é o mesmo, ou seja, o planeta Vênus; b) um mesmo referente pode ser determinado por dois sentidos diferentes, mas duas referências obrigatoriamente pressupõem sentidos distintos¹⁰⁹. Assim, um mesmo objeto pode apresentar múltiplas formas ou modos de manifestação materializados pelo seu conceito, aqui entendido como um conjunto de propriedades descritivas, que compõem, dessa maneira, a estrutura dos conceitos.

Em resumo, para Frege um conceito é um critério por meio do qual podemos distinguir os objetos: aqueles que estão sob ele e os que não estão. Um conceito é, pois, um critério de classificação e de diferenciação dos objetos. Essa relação “estar um objeto sob um conceito” é o que Frege denomina **relação lógica fundamental**. (OLIVEIRA, 2006, p. 63.)

O exemplo esclarecedor dessa complicada construção teórica do que é um conceito na perspectiva fregeana pode ser explicitado a partir dos ensinamentos de Quine. Nesse sentido, ele propõe que sejam consideradas as seguintes expressões: “criatura com rins” e “criatura com coração”. “Criatura com rins” e “criatura com coração” exprimem diferentes intensões ou sentidos. Sabe-se, também, por conhecimentos em Biologia, que todas as criaturas que possuem coração obrigatoriamente também possuem rins. Logo, as expressões “criatura com rins” e “criatura com coração” possuem exatamente a mesma extensão. Desse modo, de

¹⁰⁷ “Possui todo nome um sentido perfeitamente determinado? Frege reconhece que na linguagem comum isso nem sempre ocorre, mas tais casos devem ser excluídos de uma linguagem precisa, apesar de ele reconhecer que há nomes que têm sentido mas não têm denotação. Tais nomes devem ser evitados em frases científicas, pois as frases que os contêm não são nem verdadeiras nem falsas.” (OLIVEIRA, 2006, p. 63.)

¹⁰⁸ Carrió, citado por Filgueiras Júnior (2007, p. 26), leciona que uma das principais funções da palavra é, justamente, a de reportar-se a objetos, propriedades, fenômenos, estados de ânimo, atividades, entre outras.

¹⁰⁹ No plano da teoria dos conjuntos, diz-se que a relação entre referente e sentido é de 1 para N.

acordo com Ruas (2004), Quine demonstra de forma cabal que “diferentes propriedades podem determinar uma única extensão. Mas, mais importante ainda, mostra que possuir a mesma extensão não é suficiente para que duas expressões expressem a mesma forma ou modo de se delimitar o objeto ou conjunto deles”.

Nesse ponto específico, imagine-se, como exemplo, as expressões ‘ser autor de Os Maias’ e ‘ser autor de Primo Basílio’. Paulo Ruas (2004), então, afirma que se referem ambas a Eça de Queirós, possuindo destarte a mesma extensão.

Mas o que (seriam) as intensões? A intensão é o modo como agrupamos os objectos que pertencem à extensão. Agrupar os indivíduos que escreveram Os Maias é diferente de agrupar os indivíduos que escreveram O Primo Basílio. Claro que no fim, em ambos os casos agrupamos o mesmo indivíduo (Eça de Queirós). Mas **o modo como o fizemos foi diferente**. É claro que podemos usar diferentes predicados (frases sem sujeito) para referir a mesma pessoa; foi precisamente isto que fizemos quando nos referirmos a Eça de Queirós como sendo o autor de Os Maias e também como sendo o autor de O Primo Basílio. Mas, embora a pessoa de quem estamos a falar seja a mesma, não é indiferente referi-la através de uma ou outra destas propriedades. Na verdade, ao usar um ou outro predicado, estamos a referir Eça de Queirós através de diferentes intensões ou **conceitos**. Os conceitos são, portanto, **intensões**.” (RUAS, 2004, p. 4, grifo nosso.)

É importante deixar claro, neste ponto, que mesmo sob o ponto de vista semântico já começa a ruir qualquer tentativa de se adotar um critério racional para se distinguir um conceito determinado de um indeterminado, como expõe Cruz (2011), uma vez que a tríade signo linguístico, significante e significado podem comportar múltiplas correlações, não obstante a correlação entre eles permanecer unívoca. O autor mineiro toma como exemplo o signo ‘leão’, que pode remeter à Receita Federal, ao Villa Nova, time de futebol, ou ao técnico Emerson Leão.

Outro ponto aventado coloca em questão signos que não reproduzem objetos do mundo físico, mas tão somente um estado de coisas, o que tem como consequência gerar diversos sentidos ou significados sem, no entanto, obter-se o referente que representaria a certeza e a segurança almejados. Ademais, prossegue o autor: “o problema da univocidade dos signos não se restringe à linguagem. Assim, quando se pensa no algarismo (3), ele teria um sentido único? Cremos que não”, aduzindo que ele poderia ser entendido como ‘número primo’, ‘resultado da subtração 4 – 1’ ou como ‘resto da divisão de 8 por 5’. Dessa forma, verifica-se

que não havia uma medida que pudesse distinguir aprioristicamente os conceitos entre determinados e indeterminados, porque não existiria uma ‘régua’ ou um aparelho que pudesse mensurar o grau de intensão das características de um conceito. Disso decorrem dois problemas. O primeiro é que sempre haveria uma grande área cinzenta entre aquilo que ele considerava plenamente determinado, tais como ‘aborto’ e ‘imposto’ e conceitos que supunha serem claramente indeterminados como ‘justiça’,

3.1.3 Estrutura dos conceitos: análise conceitual

Não é sem sentido afirmar que os conceitos ajudam a compreender de forma mais adequada a realidade circundante. Nesse contexto, para que se possa, na linha jusfilosófica adotada neste trabalho, conceber uma abordagem que se revista de legitimidade dos conceitos jurídicos, em sentido mais estrito, do próprio Direito em sentido lato, é fundamental compreender a abordagem clássica da forma pela qual os conceitos se estruturam, as vicissitudes que dela decorrem e as repercussões em pensadores contemporâneos.

Estabelecidas as premissas, vale dizer, de início, que sob a perspectiva clássica, tradicional ou semântica, a estrutura dos conceitos correlaciona-se indelevelmente com a atribuição de um conjunto de características e propriedades – necessárias e suficientes –, que ‘operacionalizam’ exatamente a análise conceitual. Por isso, é fundamental discorrer sobre a problemática da análise como elemento de estruturação dos conceitos, haja vista seu lugar central na filosofia desde a Antiguidade. Isso porque o *modus operandi* de se conhecer a realidade a partir de suas partes constitutivas, de se afirmar que analisar algo é decompor esse algo em elementos mais básicos, elementares¹¹⁰, não é privilégio da filosofia analítica, na medida em que suas origens remetem à tradição platônica, estóica, mentalista, como, por exemplo, com John Locke¹¹¹ e, em especial, com Kant.

A compreensão desse modelo de decomposição não prescinde do esclarecimento da distinção entre juízos analíticos e sintéticos¹¹², o que, de certa forma, demarca, para essa tradição, a cisão entre filosofia e ciência. Isso porque a verdade de um juízo analítico, necessário e *a priori*, do qual cuida a filosofia, diz respeito tão somente ao significado das palavras nele contidas¹¹³, clarificando aquilo que já é conhecido, ao passo que a verdade ou

¹¹⁰ Exemplificadamente, o conceito de ‘homem’ poderia ser obtido pela sua decomposição em conceitos mais elementares, como ‘animal’ e ‘racional’.

¹¹¹ Locke fazia alusão à decomposição de ideias mais complexas em suas ideias constituintes mais simples, que se apóiam, em última análise, na noção de **percepção**. (BOUVIER; GAIDO; BRIGIDO, 2007, p. 29.)

¹¹² Mas o que vem a ser um juízo? Paulo Ruas (2004, p.7) afirma que “o conteúdo de uma frase declarativa, bem como do juízo que a frase pretende comunicar é geralmente designado pelo termo ‘proposição’. Assim, a frase ‘A neve é branca’ exprime a proposição de que a neve é branca. Mas, se ao falar em conteúdo de uma frase declarativa, quero referir um significado linguístico, quando falamos no conteúdo de um juízo queremos indicar um acto mental ao qual está associado um significado (o pensamento de que a neve é branca, por exemplo). Assim, o termo ‘juízo’ é geralmente usado em uma acepção psicológica, para referir o acto mental que nos conduz a formar (captar) uma certa proposição. O mesmo sucede quando afirmamos: ‘Já captei (apanhei) a ideia. Estamos a indicar que compreendemos a proposição que a pessoa tem em mente, isto é, aquilo que a pessoa estava a tentar comunicar”.

¹¹³ Para Kant, um enunciado analítico é do tipo que tem a forma ‘A é B’, no qual o predicado B está contido no sujeito ‘A’. Um exemplo desse tipo seria ‘o quadrado é uma figura geométrica com quatro lados’. Um primeiro

falsidade dos juízos sintéticos, dos quais cuida a ciência, depende da certificação empírica, assegurando-lhes a feição *a posteriori*, o que confere a possibilidade de um novo conhecimento.

Nesse cenário, portanto, a análise de um conceito – que se situa no plano da analiticidade – é desenhada por uma operação de decomposição de um conceito macro em subconceitos. Ora, por certo, a estatuição de seus elementos constituintes não pode extrapolar a informação contida no conceito a ser explicitado, o que se dá pela busca, no processo de análise (*analysans*), de equivalentes ou sinônimos daquilo que se quer analisar (*analysandum*).

Isso gera um sério problema, pois, de um lado, a constatação de que, se os conceitos são expressos linguisticamente, palavras remetem a palavras (traduzindo um conceito por equivalentes) e, de outro, a decomposição por um sem nível de conceitos elementares, pode-se chegar àquilo já denunciado pelo Trilema de Munchausem¹¹⁴: a circularidade, a parada obrigatória ou o regresso ao infinito.

Esse golpe na forma de conceber a estrutura dos conceitos é enunciado pelo paradoxo de Lanford:

se a expressão verbal representando o *analysandum* (aquilo que está sendo representado) tem o mesmo significado que a expressão verbal representando o *analysans* (o resultado da análise), a análise estabelece uma simples identidade e é trivial.; mas se duas expressões verbais não têm o mesmo significado, a análise é incorreta. (LANFORD apud MARCONDES, 2004, p. 16-17.)

Outra dura crítica sobre essa forma de conceber os conceitos foi desferida por Quine, em sua obra *Os dois dogmas do empirismo*, na qual, a partir de sua visão holística, enceta duras críticas ao reducionismo provocado pela cisão entre juízos sintéticos e analíticos, objetando de forma enfática a possibilidade de se realizar essa distinção. Seu argumento parte do pressuposto de que o pressuposto do *a priori* e o da necessidade dos juízos analíticos conduzem a um raciocínio circular que se afigura, então, paradoxal. Para ele,

qualquer explicação que se queira dar do que se entende por enunciado analítico deverá apelar para a noção de sinonímia. Para explicar a noção de sinonímia deverá apelar à noção de necessidade, e para que esta última se torne inteligível, deverá

questionamento que se apresenta é: qual a real extensão de ‘estar contido’? (KANT *apud* BOUVIER; GAIDO; BRIGIDO, 2007, p. 29.) Para Quine, a visão de Kant exigiria obrigatoriamente um nível metateórico.

¹¹⁴ Para Albert, esse limite poderia ser enunciado pelo **Trilema de Münchhausen**, visto que todo esforço de se perquirir as premissas anteriores de qualquer conclusão certamente recairia em três opções: **o regresso ao infinito, uma parada obrigatória ou um círculo lógico**. Em outras palavras, o conhecimento tinha limites e estes se davam no dogmatismo lógico. (ALBERT apud CRUZ, 2009.)

recorrer à noção de analiticidade uma vez mais. (QUINE apud BOUVIER; GAIDO; BRIGIDO, 2007, p. 31, tradução nossa.)¹¹⁵

A seu turno, Nino (2010), no mesmo sentido, afirma que Quine, seguindo a vertente naturalista e partindo da premissa, também adotada por Popper, de que a experiência se presta à refutação, entende que, em vez de se buscar distinguir juízos sintéticos de juízos analíticos, dever-se-ia considerar que existem juízos que desempenham papel central no sistema, haja vista sua menor propensão à mudança em face da comprovação empírica (analíticos), e juízos com a tendência de serem abandonados (não confrontados com a experiência) para se assegurar a manutenção do sistema (sintéticos).

3.2 Excurso teórico: Ferdinand Saussure e a linguagem

A construção de uma teoria dos conceitos, que, em última análise, tem estreita correlação com um obter de sentido da nossa própria existência enquanto seres racionais – que necessitam de explicações sobre o seu ‘ser’ e ‘estar’ no mundo –, não prescinde de uma atenção especial à problemática da linguagem. Isso porque a

utilização dos signos pelos homens permitiu que fosse constituída uma sociedade organizada, cujos participantes são capazes de se comunicar por meio daqueles. Além disso, o uso dos signos possibilitou a regulamentação das condutas dos membros dessa sociedade e auxiliou o homem a deixar para trás a convivência instintiva de cada indivíduo para que surgisse em seu lugar uma forma socializada de conviver, mais racional e voltada para a convivência do bem comum. Esse conjunto social organizado é regido por normas e estas são expressas por meio desses signos especiais que são as palavras, as quais unidas sob a forma de sistema formam a linguagem. Nesse contexto, pode-se visualizar a linguagem como sendo um sistema de signos ou sinais convencionais utilizados para identificar coisas, para permitir a comunicação entre as pessoas e para a expressão de ideias, valores e sentimentos. (SILVA, 2008, p. 22.)

Com essas considerações introdutórias, partindo da premissa de que os conceitos são estruturados linguisticamente, é fundamental que se parta de uma abordagem técnica da linguagem, por ele denominada ‘semiótica’¹¹⁶, exatamente a partir de sua unidade mínima de análise, os ‘signos’, como explicitado alhures. Assim, de acordo com Warat (1995, p. 25), os signos devem ser entendidos como uma entidade bifásica, formada pela associação de um conceito (significado) a uma imagem acústica (significante) ou, em outras palavras, de uma

¹¹⁵ “[...] cualquier explicación que se quiera dar de lo que se entiende por enunciado analítico deberá apelar a la noción de sinonímia. Para explicar la sinonímia deberá apelarse a la noción de necesidad, y para que esta última resulte inteligible, se deberá recurrir a la noción de analiticidad una vez más.”

¹¹⁶ A Semiótica pode ser compreendida como a ciência dos signos.

ideia a um suporte fonético.

Importante frisar que esse caráter bifásico rompe com a noção de que ‘signo’ seria tão somente sinônimo de ‘significante’, pois, conforme preceitua o genebrino, adotar essa postura seria desconsiderar que o signo, em verdade, deve ser pensado como o verso e o anverso de uma folha de papel, pois, “apenas se pode ter acesso a um significado através de algum tipo de significante. Os significantes, por sua vez, só são tais em razão do significado, pois, do contrário, seriam uma massa amorfa de sons, de gestos de objetos.”¹¹⁷ (WARAT, 1995, p. 25.)

Em síntese,

O signo linguístico para Saussure é a união do conceito com a imagem acústica. O *conceito* (ou ideia) é a representação mental de um objeto ou da realidade social em que nos situamos, representação essa condicionada pela formação sócio-cultural que nos cerca desde o berço. Em outras palavras, para Saussure, conceito é sinônimo de significado (plano das ideias), algo como o lado espiritual da palavra, sua contraparte inteligível, em oposição ao significante (plano da expressão), que é sua parte sensível. Por outro lado, a imagem acústica não é o som material, coisa puramente física, mas a impressão psíquica desse som. Melhor dizendo, *a imagem acústica é o significante*. Com isso, temos que o signo linguístico é *uma entidade psíquica de duas faces [...] estão intimamente unidos e um reclama o outro*. (BRANDÃO, 2011.)

Logo,

Não há significado sem significante. Exemplificando, quando alguém recebe a impressão psíquica transmitida pela imagem acústica (ou significante) /kôpw/, graças à qual se manifesta fonicamente o signo copo, essa imagem acústica, de imediato, evoca-lhe psiquicamente a ideia de recipiente utilizado para beber algo. Poderíamos dizer que aquilo que o falante associa com o significante /kôpw/ *corresponderia* ao significado *vaso* (em espanhol), *Glas* (em alemão) ou *glass* (em inglês). (BRANDÃO, 2011.)

Assim, nesse particular, “a palavra árvore não remete, do ponto de vista linguístico, à árvore real, mas à ideia de árvore (o significado) e a um som (o significante) que é pronunciado com a ajuda de seis fonemas: A.R.V.O.R.E. O signo linguístico, portanto, une um conceito a uma imagem acústica, então uma coisa a um nome”. (ROUDINESCO; PLON, 1997.)

Para concluir, é importante compreender que a linguagem é composta por um plexo articulado de signos, que “depende não apenas da relação interna do próprio signo, mas também da relação de um signo com os outros”. (WARAT, 1995, p. 25.)

¹¹⁷ Interessante analogia, que pode ser aqui reproduzida para melhor compreensão dessa dupla face associada aos signos, tem assento no Direito Administrativo, na denominada ‘teoria do órgão’. Isso porque, atualmente, para justificar de que forma o Estado manifesta sua vontade, adota-se a noção de órgão público como se composto de duas realidades distintas que se pressupõem, mutuamente, formando uma unidade, sem, no entanto, poderem se fundir. Assim, o órgão, na verdade, é composto por um feixe de competências titularizadas por um agente, pessoa física, que ‘executa’ materialmente essas atribuições.

Impõe-se frisar que a construção da significação pressupõe a consideração de contrastes e oposições de um signo com outro. Afinal, dizer o que é um objeto exige a compreensão, em primeiro lugar, daquilo que aquele objeto não é¹¹⁸, segundo a tradição analítica, cujo método de análise exige distinguir, distinguir, sempre distinguir. (BOUVIER; GAIDO; BRIGIDO, 2007, p. 29.)

O que o cético poderia aqui questionar é qual o objetivo de se traçar esse breve reconstruto das contribuições de Saussure na questão da linguagem. Ora, em verdade, ainda que inconscientemente, o autor já lança sementes para uma abordagem adequada dos proferimentos linguísticos quando aceita que a língua (*langue*) é uma construção histórica, humana, apresentando-se como “conhecimento partilhado intersubjetivamente por uma dada sociedade de falantes” (CRUZ, 2011, p. 90), embora esse aspecto não se situe no campo de estudo do referido autor, o que lhe rende inúmeras críticas, em especial quando se parte para uma abordagem pragmática da linguagem¹¹⁹.

Nesses termos, em verdade, é fundamental compreender, para a crítica à concepção essencialista dos conceitos (e da linguagem) empreendida por esta tese, essa sinalização de Saussure na direção de explicitar o caráter **convencional** dos signos linguísticos em determinada comunidade, como mencionado, ao demonstrar, nesse particular, que “o significante é imotivado, isto é, arbitrário em relação ao significado, com o qual não tem nenhum laço natural na realidade”. (WARAT, 1995, p. 26.)

Com essas considerações, faz-se necessário, neste ponto do trabalho, trasladar para a seara do Direito toda essa construção filosófica de uma teoria dos conceitos, a fim de demonstrar, em verdade, que essa perspectiva essencialista impregna o desenvolvimento da ciência jurídica, em especial na construção de uma concepção clássica do que sejam conceitos jurídicos determinados e indeterminados.

3.3 Conceitos no Direito

3.3.1 *Direito e Linguagem*¹²⁰

¹¹⁸ Um revelador exemplo nesse sentido encontra-se no art. 25, II, da Lei de Licitações, que elenca dentre as hipóteses da denominada ‘inexigibilidade de licitação’ a contratação de serviços técnicos especializados singulares, condicionada à notoriedade do prestador. Ora, para que se possa estabelecer o que são serviços singulares, ficando restrito a esse aspecto, é necessário que se faça uma contraposição com o que são serviços habituais, corriqueiros e cotidianos da Administração.

¹¹⁹ Esse ponto, foco deste trabalho, será tratado com mais detalhes em momento próprio.

¹²⁰ É preciso, desde já, deixar claro que esta tese não pode se omitir em relação à interminável querela sobre o fato de o Direito estar estruturado em uma linguagem natural ou em uma linguagem técnica. Nesse sentido, a ideia de cisão entre ‘técnico’ e ‘natural’ é escancaradamente metafísica e presa aos grilhões do mentalismo. Isso

É lugar comum no campo doutrinário a vinculação do Direito à linguagem. Na seara administrativa, exemplificadamente, Mello afirma que

o direito é uma *linguagem*, é uma fala que veicula *prescrições*. O que nele se diz é para ser compreendido pela Sociedade, de modo que as pessoas em geral possam conhecer os próprios direitos, atuar na conformidade das leis e evitar as consequências de sua eventual transgressão (MELLO, 2008b, p. 29).

Assim, seja no modelo romano-germânico adotado no Brasil, ou mesmo nos países da *commom law*¹²¹, não se pode, sob nenhuma hipótese, como já apontado, cindir Direito e linguagem, até porque é cediço que o Direito chafurda em proferimentos escritos, linguisticamente estruturados, pelo fato de

todo fenómeno jurídico se efectivar através de um uso específico da linguagem, estratégico e orientado à consecução de certos e determinados objectivos que são normativos. A normatividade do direito pode dizer-se depender, em grande parte, da linguagem utilizada, da vocação à vinculatividade da sua força e especificidade, do seu teor localizado, orientador, circunscrito. (FARIAS, 1994, p.4.)¹²²

Mas essa afirmação precisa ser melhor explicada porque, quando, com um olhar contemporâneo, rende-se tributo à importância da linguagem como constitutiva do mundo e de nós mesmos – e obviamente da ciência jurídica – é necessário reconstruir, em um primeiro momento, a abordagem que defende a importância da passagem da feição oral para a formulação escrita da linguagem como forma de assegurar essa imbricação, ou melhor, imanência entre Direito e linguagem, a partir da possibilidade de se assegurar um sentido de permanência e apreensão crítica de normas de convivência no decorrer da história, numa noção de transcendência.

Esse interessante construto é trabalhado por Moreira (2007), ao defender que na

porque, de forma consentânea com uma linha da filosofia que rejeita cisões metafísicas do tipo fato/norma ou regra/princípio, não há razão para diferenciar o que é linguagem natural ou técnica, exatamente pela ausência de critérios racionais para isso. Nesse sentido, já em um giro linguístico empreendido pelo segundo Wittgenstein, linguagem é tão somente, ou felizmente, somente linguagem, cujo sentido deve ser obtido, de forma contextualizada, em jogos de linguagem. Para quem tiver interesse nessa discussão, recomenda-se a leitura de Filgueiras (2007, p. 30-32), em que são contrapostas as visões de Warat e Carrió, com a de Mario Jori.

¹²¹ “Mesmo nos países do sistema do *common law*, cujo direito objetivo provém da atuação dos tribunais, é na linguagem que o Direito encontra o meio para atingir ou alcançar os seus destinatários. E a linguagem é instrumento não só para comunicar os sentidos normativos gerais providos do Poder Legislativo, mas, também, para comunicar a interpretação dada pelos órgãos competentes, seja na declaração do Direito no caso individual (órgão jurisdicional), seja na execução concreta das normas interpretadas (órgão administrativo).” (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 28-29.)

¹²² Como se observa na citação de Filgueiras Júnior (2007, p. 28), “nas palavras de Brian Bix, a linguagem é um meio direto pelo qual o Direito atua. Do mesmo modo, Sourioux e Lerat asseveram que a atividade jurídica é feita de exercícios vocabulares”.

tradição oral da Grécia antiga a ordenação de condutas era realizada mediante a adesão a padrões estabelecidos pela tradição, originados da repetição e do hábito e ofertados especialmente pela musicalidade das vogais, ou, em outros termos, daquelas que soam. Nesse particular, segundo o autor, “as normas são cantadas e introjetadas pela já dita musicalidade que ostentam”. A grande viragem empreendida pelos gregos é a introdução do alfabeto, da escrita e, em especial, da consoante – aquela que acompanha a que soa –, que, além de aumentar exponencialmente a associação de fonemas, permite que o imediato da oralidade se transforme no mediato da escrita, uma vez que transcende o presente (ser) e assegura o sentido do devir (dever-ser). Assim,

do ponto de vista conceitual, a tensão entre costume e norma, entre hábito e lei, é o reflexo mais evidente de um modo todo próprio de formulação de um universo simbólico. Na oralidade, é o recurso à mimese que circunscreve a ação. Já no período subsequente as normas são engendradas não a partir do que é, mas do que deve ser. (MOREIRA, 2007, p. 71.)

Em resumo, prossegue o autor no sentido de que os gregos, a partir da associação entre vogais e consoantes, permitem a transposição da forma de representação centrada na mimese para a forma conceitual, que, então, passa a ser o meio de apreensão da realidade por meio da razão (logos). O logos é constituído pela ‘linguagem’, ou seja, é o modo pelo qual as proposições constituem o real como instauração do devir. Assim, teria o logos ou a linguagem a capacidade de instaurar a realidade como sua força motriz¹²³. (MOREIRA 2007, p. 68.)

3.3.2 ‘Conceitos jurídicos’

Antes de adentrar especificamente no tratamento dos conceitos na seara do Direito, fundamental é estabelecer um nivelamento das premissas a serem adotadas neste trabalho. Isso porque a expressão usualmente utilizada de forma acrítica pela doutrina e pelos tribunais, qual seja, a de conceito jurídico merece ser melhor esclarecida, na medida em que pode passar a ideia, ainda que sob uma perspectiva sistêmica, de um ‘aprisionamento’ indevido de termos (signos) pelo Direito.

¹²³ Por fim, vale dizer que esse interessante contributo de Moreira (2007), que se apresenta como uma chancela de validação dessa inelidível relação, obviamente é reconfigurado no decorrer da história, até se apresentar sob uma perspectiva pragmática em que a linguagem passa a ser não apenas instrumento, mas constitutiva do mundo e de nós mesmos.

Sendo assim, de início importa dizer, de forma bem sintética, que a teoria sistêmica desenvolvida por Niklas Luhmann¹²⁴, com base numa transposição para o campo das ciências sociais de experimentos realizados com reprodução celular pelos biólogos chilenos Maturana e Varela, teve como objetivo, em razão da fragmentação da eticidade tradicional da antiguidade que não cindia, por exemplo, normas morais, jurídicas ou religiosas, configurando o que se denomina ‘amálgama normativo’, ‘decompor’ o sistema social em diversos subsistemas sociais autônomos fechados operacionalmente, não obstante serem abertos cognitivamente. Assim, portanto, temos nessa condição, exemplificadamente, os subsistemas do Direito, da Moral, da Política, da Religião, da Economia, dentre outros.

Esse fechamento operacional se dá por meio de uma intrincada estrutura, que se assenta em códigos binários próprios – o do Direito pode ser traduzido por licitude/ilicitude – e por operações ‘exclusivas’ de cada sistema que lhe garantem uma autopoiese ou, em outras palavras, uma higidez interna que assegura o funcionamento do sistema. Entretanto, como afirmado acima, esses subsistemas são abertos a influxos externos – em termos técnicos, um subsistema é ‘irritado’ por outros subsistemas sociais –, com a condição de que sejam depurados pela linguagem de cada subsistema, num processo contínuo e permanente de interrelações sistêmicas¹²⁵.

Assim, em verdade, não há como sustentar a naturalização de um conceito como sendo ‘jurídico’; em outras palavras, como ‘propriedade’ do Direito. Qualquer conceito pode ter uma leitura, dependendo das operações de cada subsistema. Assim, por exemplo, ‘boa-fé’, ‘capacidade econômica’, ‘mulher honesta’ não são expressões trabalhadas apenas sob a perspectiva do Direito, podendo adotar contornos radicalmente distintos nos subsistemas da Moral, da Política ou da Economia. Nesse cenário, a opção consciente é pela adoção da expressão ‘conceitos no Direito’, em detrimento a ‘conceitos jurídicos’, não obstante admitir-se o uso consagrado na literatura, desde que com as ressalvas aqui explicitadas¹²⁶. Em outras palavras, qualquer conceito pode vir a ser jurídico, desde que seja trabalhado nos

¹²⁴ Para uma abordagem aprofundada do complexo constructo luhmaniano, sugere-se, dentre os autores nacionais, as obras e textos de Marcelo Neves (2007) “A constitucionalização simbólica, Entre Themis e Leviatã e Transconstitucionalismo”, Juliana Neuenschwander Magalhães (1999) “Sobre a Interpretação Jurídica”, Nívia Mônica da Silva (2010) “Os impactos das soluções intersistêmicas na concretização dos direitos fundamentais no Brasil”, dentre outros.

¹²⁵ Nessa mesma esteira, pode-se apregoar que os sistemas sociais são sistemas autopoieticos, que operam de forma fechada em seu interior e que, ao mesmo tempo, são abertos às entradas e pressões do entorno com o qual se comunicam. É uma clausura operativa interna que possibilita sua estabilidade e uma abertura ao exterior que permite sua comunicação com os demais sistemas. (TRINDADE, 2008, p. 70.) Por certo, completa Cruz (2011), sabemos que os outros sistemas são sempre interpretados como ambiente para um sistema autopoietico!

¹²⁶ No corpo deste trabalho, para efeitos didáticos, será utilizada indistintamente a expressão ‘conceitos jurídicos’, o que não altera os pressupostos aqui desenvolvidos.

exatos contornos daquele subsistema social.

Portanto, considerando-se, sob essa perspectiva, que os proferimentos jurídicos são estruturados linguisticamente, as palavras (ou termos) da lei são meros rótulos ou etiquetas utilizados para comunicar conteúdos – os verdadeiros conceitos jurídicos –, constituindo-se os termos (as palavras) em um *input* para a construção de um sentido normativo aceito no subsistema jurídico, ou seja, um *output*, que é materializado pelo conceito em sentido mais estrito ou da norma como um todo em sentido lato¹²⁷.

Consoante a construção elaborada neste tópico, resta assente que o Direito, na qualidade de um subsistema social autônomo, possui características operativas próprias, que lhe asseguram uma autonomia funcional em relação a outros subsistemas. Nessa configuração, para a compreensão dessa dinâmica autopoietica, é necessário um ‘ter-emmente’ que o Direito assentado em bases romano-germânicas é construído predominantemente por textos (linguagem) que possuem um contorno específico (estrutura da norma jurídica), haurido de uma construção histórico-epistemológica que precisa ser melhor compreendida por razões diversas: de um lado, para se compreender, nesse cenário, como a doutrina tradicional concebe uma teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e seus desdobramentos; e, de outro, para se compreender as dificuldades desses mesmos doutrinadores em captar e compreender os avanços de um giro pragmático da filosofia, em razão, principalmente, da força da tradição que permeou a construção do edifício jurídico moderno, centrado, especialmente, em um bem-estruturado modelo de subsunção. Ei-lo:

3.3.3 *Direito e Modernidade*

Não é sem sentido afirmar que o convívio em sociedade desde sempre pressupõe normas ou regras de conduta para disciplinar as relações entre os indivíduos. Nesse cenário,

¹²⁷ Causa um pouco de desconforto a afirmação de alguns autores acerca dos conceitos jurídicos. Filgueiras Júnior (2007, p. 37), por exemplo, afirma que decorre desse entendimento que o conceito – e, portanto, o conceito jurídico – está entre a palavra e o objeto. Sílvio de Macedo é enfático: o conceito está entre a palavra e o objeto. Essa é a posição exata do conceito jurídico, de colocar-se entre a palavra e o objeto. Ora, qual seria o objeto a ser referenciado, por exemplo, no conceito de justiça ou equidade? Nesse particular, interessante é a abordagem desenvolvida por Derzi (2007), quando afirma que o objeto referente, no caso das proposições jurídicas (e não de termos singulares), é a própria norma. Segundo a tributarista mineira, “a linguística e a filosofia da linguagem ensinam que os signos gráficos são entidades físicas, às quais associamos significações. Essas significações, que vão possibilitar mentar o objeto, a norma, se extraem não apenas do texto legal em sua estrutura interna, mas ainda do contexto maior em que se insere a proposição jurídica, inclusive as circunstâncias históricas e sociológicas em que o texto foi produzido e no qual ele é colhido pelo intérprete. Sem se alterarem os signos e suas significações tópicas, presentes em um único enunciado linguístico da lei, altera-se profundamente o sentido, a norma, uma vez feitas as associações no contexto normativo e no meio histórico em que se insere. **O objeto jurídico – a norma – é construído hic et nunc**”. (DERZI, 2007, p.55, grifo nosso.)

vale dizer que

a ideia de que o direito está indissoluvelmente ligado à sociedade não era nova no saber jurídico. Nesse sentido, pode-se afirmar que (por exemplo) o direito natural clássico, na sua versão objectivista (Aristóteles, S. Tomás), ao ligar o direito à natureza das coisas (humanas e sociais), propunha justamente a perspectiva de que o direito, na sua função de manter os equilíbrios sociais estabelecidos, “habituais” (*iustitiam facere*), tinha que se orientar para uma justiça imanente nas instituições sociais. O direito e a justiça visavam o bem comum, sendo que este era identificado com os equilíbrios sociais profundos, enraizados pela tradição e estruturantes dos sentimentos comunitários de ordem e justiça. (HESPANHA, 2003, p. 292.)

Assim, é necessário voltar-se a um passado não tão próximo para se compreender o pano de fundo que possibilitou que fosse erigido como modelo hegemônico do Direito moderno o Direito codificado ou positivo – ao qual, aliás, se subsume, assim como a própria estrutura que lhe é subjacente –, que eclode da declaração dos direitos do homem e do cidadão e do código de Napoleão, que explicitaram o primado da vontade (racional) como pedra de toque do Direito moderno.

Nesse sentido, a construção dos pressupostos explicativos desse Direito, que, por óbvio, exige um corte epistemológico, retroage ao tempo histórico que se situa no limiar dos fatores que impulsionaram o advento da era moderna e tem como foco específico uma teoria do Estado e do Direito.

Nessa particular, ainda sob os auspícios pré-modernos, explica Luiz Moreira (2007, p. 49): “a estrutura política feudal consolidava-se mediante uma relação de dependência do vassalo perante o suserano. Por não haver uma centralidade do poder político, multiplicavam-se as conotações e orientações jurídicas. A única estrutura não fragmentada era a eclesiástica”.

Essa constatação de uma fragmentação político-jurídica, temperada pela unidade milimetricamente construída pela Igreja Católica¹²⁸, foi esmigalhada pelo advento da modernidade,¹²⁹ catapultado por fatores como a reforma protestante, as revoluções científicas, a expansão e consolidação do capitalismo e o racionalismo científico, que demarcaram a transição para um novo mundo, em que essa novidade materializa-se pela dessacralização dos

¹²⁸ Não se pode negar que a instituição Igreja Católica foi bastante eficiente na elaboração de um projeto de domínio e poder centrado na fé e na figura do Pai, do Filho e do Espírito Santo no período do medievo. Nesse particular, além dos contributos teológicos e filosóficos da patrística, com destaque para Santo Agostinho, e da escolástica, com S. Tomás de Aquino, observa-se uma inteligente aliança do clero com a nobreza e mesmo com os bárbaros, em uma linha de ‘troca de gentilezas’, em especial pela difusão de uma teoria da culpa, que exigia expiação pública do pecado, e de um competente sistema de padronização, que envolveu a celebração das missas em latim e a difusão dos chamados cantos gregorianos.

¹²⁹ O termo modernidade, no sentido lato aqui mencionado, contrapõe-se à ideia de antiguidade, entendida, nos moldes de uma leitura ocidentalizada, como o período histórico que abrange da Grécia antiga ao fim da Idade Média, englobando, por óbvio, o período da filosofia cristã, assentado em premissas fundacionais que se afastam do aspecto temporal moderno, seja a partir de uma perspectiva escatológica ou divinatória.

fundamentos de validade do Estado e do Direito e da crença no indivíduo e nas potencialidades da razão humana: laicidade e individualismo¹³⁰ como pedra de toque daquilo que se afigura moderno.

Assim, de início, vale dizer que o Direito moderno deita suas raízes em uma estreita correlação com as formas de Estado e, particularmente, com as novas premissas desenhadas pelo novo *status* adquirido pela ciência na modernidade. Isso porque a noção de contemplação própria dos antigos, que se assentava em um mundo estático, cujo centro era o planeta Terra, inquieta-se com o aparecimento de mentes brilhantes, como Galileu, Copérnico e, posteriormente, Newton, com o desenvolvimento de instrumentos de ‘aferição’ e ‘leitura’ dos céus – como a luneta e o telescópio – e com a constatação de que tudo é movimento, pois então o heliocentrismo expõe as mazelas do egocentrismo terreno.

Assim, se o advento do EU cognoscente inaugura a cisão natureza/cultura, colocando em planos distintos o sujeito e o objeto, abre-se a possibilidade de um conhecimento que busca, principalmente por meio da observação e da experimentação da realidade¹³¹, verdades absolutas assentadas no princípio da ‘verificabilidade’¹³². Nesse cenário, surge a noção do método científico, com todo o seu rigor, como vetor assecuratório da finalidade última do saber epistêmico e das noções de certeza e segurança.

Nesses termos, explica Japiassu (2008, p. 111):

A partir de Descartes (e de Galileu), as *matemáticas* passaram a constituir o *modelo* e a *linguagem* de todo o conhecimento científico: substituem a *qualidade* sentida pela *quantidade* medida. O conhecimento nos permite que nos tornemos ‘mestres e possuidores da natureza’. Compete ao homem *modelar e dominar* o mundo. ‘Saber é poder’, dizia Francis Bacon. Nada há na natureza que não seja quantitativo. A matemática é aplicável à totalidade do real. (JAPIASSU, 2008, p. 111.)¹³³

¹³⁰ Tendo como embriões, segundo os ensinamentos de Michel Villey (2009), a doutrina de S. Tomás de Aquino, por mais paradoxal que possa parecer, e, em especial, o nominalismo da escola franciscana, tendo como expoentes John Duns Scotus e Guilherme de Ockam.

¹³¹ Afirma Hespanha (2003, p. 264-265): “A evolução das ciências naturais, a partir dos finais do séc. XVIII, e a sua elevação a modelo epistemológico lançaram a convicção de que todo o saber válido se devia basear na observação das coisas, da realidade empírica (‘posta’, ‘positiva’). De que a observação e a experiência deviam substituir a autoridade e a especulação filosofante como fontes do saber. Este espírito atingiu o saber jurídico a partir das primeiras décadas do século XIX. Também ele, se quisesse merecer a dignidade de ciência, devia partir de coisas positivas e não do argumento de autoridade (teológica ou acadêmica, como no período do direito comum) ou de especulações abstractas (como no período do jusnaturalismo).”

¹³² Importante aqui fazer um contraponto com a noção de falibilidade e contingenciamento do conhecimento delineado por Karl Popper. Em verdade, o austríaco rompe com a noção de verdades absolutas, a partir de uma abordagem inversa da questão da teoria do conhecimento, pois, se na ciência moderna, a indução tem viés confirmativo, para o autor o raciocínio indutivo se presta exatamente para refutar uma teoria. Não mais se fala em verificacionismo, mas, sim, em falsificacionismo. Para uma análise completa da obra de Karl Popper e sua interlocução com a primeira e a segunda gerações da Escola de Frankfurt, em especial nas pessoas de Adorno e Habermas, indica-se a leitura da obra *Discurso científico da modernidade*, de autoria de Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2009).

¹³³ Impressionante é como somos, ainda hoje, em razão dessa visão cartesiana de mundo. Imagine-se, nesse

Paralelamente, no plano do Estado, compreendido a partir de sua feição moderna, explicitada com ineditismo por Maquiavel (1997) em sua magna obra *O Príncipe*, a unificação de antigos reinos ou feudos, representantes do esfacelamento do poder político medieval, faz com que os Estados nacionais emergentes nasçam com tendências centralizadoras e absolutistas, em especial na Europa continental¹³⁴. Como diria Louis XIV, tempos mais tarde, *l'État c'est moi*. Nesse contexto, em um primeiro momento, caminhar-se-á, no plano jurídico, para uma moralização do Direito – Direito deduzido de regras morais –, como fruto da apropriação do estoicismo pela doutrina de Hugo Grócio¹³⁵ – naquilo que se convencionou chamar jusracionalismo.

Ora, se num primeiro momento esse modelo de Estado afigurou-se interessante para a emergente classe burguesa, detentora do poder econômico, mas não político, com o passar do tempo não mais atendeu aos interesses burgueses, em especial pela excessiva ingerência estatal em questões privadas. A ruptura com a sistemática do *ancién regime* era apenas questão de tempo.

Assim, gradativamente, são configurados, no plano político, dentro dessa nova ordem, os construtos teóricos – com as respectivas roupagens – de soberania, contrato social¹³⁶ e separação de poderes^{137 138}, que irão culminar, séculos mais tarde, nas Revoluções

particular, um determinado professor que fizesse a seguinte proposta a seus alunos: peguem uma folha de papel, desenhem um círculo e o dividam em duas metades iguais. Ora, não é sem sentido afirmar que a totalidade dos alunos vai proceder a essa divisão traçando uma linha reta, seja na vertical, horizontal ou transversal, não obstante isso possa ser feito de infinitos outros modos, como linhas curvas ou círculos concêntricos. Entretanto, nossa tradição sinaliza para as linhas retas.

¹³⁴ A referência à Europa continental aqui não é sem sentido. Isso porque o modelo inglês, em verdade, sempre adotou a figura da contenção dos poderes reais pelo parlamento, o que mais tarde poderá ser resumido na máxima *the king in parliament*.

¹³⁵ Nos dizeres de Michel Villey, (2009, p. 658), a noção de direito trabalhada pelo jurista holandês passa, segundo suas próprias palavras, pelo fato de que: ‘é preciso abster-se religiosamente do bem alheio, e restituir o que porventura tenhamos nas mãos, ou o proveito que disso se tenha tirado; que se é obrigado a manter a palavra; que se deve reparar o dano causado por culpa própria’. Villey prossegue, aduzindo que são nessas três máximas, tomadas de Cícero, que se resumirá o Direito.

¹³⁶ A título exemplificativo, se para Hobbes (1974) o pacto significava a única forma de autopreservação do indivíduo, em face da guerra de todos contra todos existente no Estado de Natureza, para Rousseau (1973) o contrato serviria para recuperar a liberdade perdida com as mazelas decorrentes do convívio social.

¹³⁷ Impende dizer, para o momento, que o embrião da teoria de separação dos poderes advém dos ensinamentos de Aristóteles, retrabalhada em autores como Tomás de Aquino e Locke. O grande mérito de Montesquieu foi certamente dar-lhe uma forma definitiva e sistematizada.

¹³⁸ “Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, pois que se pode esperar que esse monarca ou esse senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.” (MONTESQUIEU, 1979.) Importante frisar que é terminologia usual, ainda hoje, falar-se em separação de poderes e, não, funções estatais. Entretanto, como nos modernos Estados contemporâneos não há identidade entre um poder constituído, como organismo (órgão) do Estado, e a função por ele realizada (existem funções típicas e atípicas), melhor então falarmos em funções a serem desempenhadas pelo aparato estatal. Ademais, aqui só uma visão clássica, o poder estatal soberano é indivisível, razão pela qual melhor seria falar em divisão de funções. De toda sorte, questões terminológicas não têm a relevância que lhe querem atribuir.

Constitucionalistas¹³⁹ de fins do século XVIII e no advento do Estado Liberal de Direito.

Como dito anteriormente, Estado e Direito caminham *pari passu* na modernidade, gradativamente, e com o destaque dado à robusta doutrina de Thomas Hobbes (1974)¹⁴⁰, o Direito derivado de princípios morais racionais e inatos do homem passa a ser estruturado sob um prisma voluntarista – primeiro a vontade do Estado, subsumida na pessoa do soberano, até assumir, tempos mais tarde, a noção da vontade geral rousseauiana¹⁴¹ –, que de acordo com os ensinamentos de Soares (2008, p. 70) caracteriza-se como “a vontade do corpo moral e coletivo, isto é, algo distinto da vontade psicológica dos seus membros, como também da vontade de todos e da maioria”. Isso, prossegue o constitucionalista mineiro, implica que “[...] cada indivíduo, contratando consigo mesmo, se comprometa numa dupla relação como membro do (poder) soberano em relação aos particulares e do Estado em relação ao (poder) soberano”, fato que afasta a noção da representação popular, em favor de uma identidade entre governantes e governados. Em outras palavras, de um autogoverno popular.

Em resumo, no seio do monopólio estatal de uma jurisdição secularizada, desgarrada de sua justificação de ordem transcendental-religiosa, eclode o edifício jurídico moderno, que, ao final, assiste extasiado ao triunfo majoritário do positivismo jurídico¹⁴² em sentido amplo, forja esse modelo, solidamente, a partir de bases e pressupostos que se espelham, como explicitado, em um feixe de direitos subjetivos laicizados, tipicamente modernos, e que demarcam a cesura, de forma lata, com os ensinamentos hegemônicos, principalmente de Aristóteles e seu consorte cristão S. Tomás de Aquino. A principal delas talvez seja a caracterização da autonomia do indivíduo, que se afigura, então, como titular de direitos

¹³⁹ Ricas e belíssimas, cada uma a seu modo, são as histórias constitucionais dos Estados Unidos e da França. A noção de soberania popular, que se desdobra na teoria de um poder constituinte que funda uma nova ordem, um novo mundo, está presente em ambos os casos. Entretanto, se desde o primeiro momento, com o instituto do *judicial review*, a Constituição se apresenta como instrumento dotado de normatividade plena e suprallegalidade na América, do outro lado do Atlântico a Constituição adquire, desde o início, uma feição meramente política, pois quem expressa a vontade geral rousseauiana é a lei em sentido estrito. Esse panorama começa a mudar especialmente pelo reconhecimento do bloco de constitucionalidade pelo Conselho Constitucional Francês, em 1971, e, mais especificamente, pela possibilidade estabelecida, em março de 2010, de controle de constitucionalidade das leis de forma repressiva pelo Poder Judiciário, pela via de exceção, por meio da chamada ‘*saisine proritaire*’.

¹⁴⁰ Hobbes (1974), também conhecido como ‘o filho do medo’, o grande artífice dos Estados Absolutistas da primeira modernidade, concebe uma teoria do contrato social baseada na submissão quase completa dos indivíduos para a criação de um Estado soberano e absoluto – o grande Leviatã –, cujo objetivo era precipuamente garantir a manutenção da ordem e o fim dos conflitos.

¹⁴¹ Importante para o desenvolvimento da concepção de contrato social, presente na obra-prima de Rousseau (1973, p. 49; 368). É definida como o elemento propulsor que dá voz aos interesses comuns de todas as pessoas, ou “o substrato coletivo das consciências”. Conclui o autor que “só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum, porque, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o possibilitou”.

¹⁴² Explica Wiacker (1967, p. 493), em *História do direito privado*: “O conceito de ‘direito positivo’, ‘positivismo’ (tal como a tradução medieval alemã ‘Recht setzen’ e talvez também ‘Gesetz’) de legem ponere; *Ius positum* é o direito legal, *Ius positivum* a ordem jurídica baseada na ‘postura’ (edição legal).”

subjetivos (liberdade, propriedade) e não mais de produtos fagocitados da comunidade de que fazem parte¹⁴³. São esses direitos que mais tarde serão ‘imortalizados’, quando incorporados aos diplomas normativos pós-revoluções burguesas, ou seja, positivados.

Em síntese, como explica Luiz Moreira (2007)

O Estado traduzir-se-á em um sistema jurídico organizado em torno da ideia de codificação, ou seja, o sistema jurídico terá o código como a forma lógica. Como forma lógica do sistema jurídico, o código tornará obrigatória a vinculação de todos às mesmas prescrições. Deste modo, a codificação será a forma de expressão da soberania popular, pois nela encontrar-se-ão a autonomia, o poder de os cidadãos produzirem as próprias leis, uma vez que todos serão igualmente livres. (MOREIRA, 2007, p. 52-53.)¹⁴⁴

Portanto, “[...], o direito deve agora limitar-se ao que é positivado, legislado, e o mundo maravilha-se com a era do positivismo jurídico”¹⁴⁵, que elege a subsunção como ‘garante’ da segurança jurídica¹⁴⁶.

Essa constatação, em verdade, apresentava-se consentânea com o movimento de crítica à

[...] incerteza e confusão do direito tradicional, disperso, casuísta, dependente da teologia e da moral. Mas atingia também a proliferação de sistemas puramente especulativos do direito natural, surgidos no decurso do século XVIII. Ou seja, dirigia-se tanto contra a vinculação do direito à religião e à moral, como contra a sua identificação com especulações do tipo filosófico, como as que eram correntes nas escolas jusnaturalistas. Contra uma coisa e contra a outra, proclamava-se um saber dirigido para ‘**coisas positivas**’. (HESPANHA, 2003, p. 265.)

3.3.4 Normas jurídicas e subsunção

¹⁴³ Vale aqui menção, nesse sentido, ao julgamento de Sócrates. Ao lhe ser ofertada a possibilidade do degredo como alternativa ao envenenamento, o mestre de Platão ponderou que preferia morrer com dignidade na *polis* a que ter que deixá-la, pois a *eudaimonia* e a cidadania só são possíveis dentro de seus limites e não fora deles. Assim, fica claro que na antiguidade, via de regra, o homem é parte do todo e não um ser livre e autônomo.

¹⁴⁴ Essa noção de uma crença incondicional na legislação, provocada, mesmo, por uma excessiva inflação legislativa, constituiu um período do denominado ‘fetiche legalista’. Exemplificadamente, como explica Derzi (2007, p. 59), para se ter uma ideia, “um decreto bávaro de 19.10.1813 proibia aos servidores públicos e doutores qualquer comentário a respeito do código penal de 1813, documento considerado ‘um monumento da ingenuidade legislativa’”.

¹⁴⁵ Cuja sofisticação teórica é empreendida nas primeiras décadas do século XX por autores como Hans Kelsen e Hebert Hart, dentre outros.

¹⁴⁶ Sobre o papel do juiz nesse modelo de ordenamento jurídico que se assenta na produção legislativa, interessante é a citação de Derzi (2007, p. 59): “Recaséns Siches anota que, a par do processo revolucionário influenciado pelas ideias jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, o culto fetichista à razão pura de caráter matemático, em parte herdado da Grécia antiga, foi apoteoticamente proclamado na obra legislativa do séc. XIX. A lei escrita (O Código de Napoleão, p. ex.) vinha a ser o direito completo, perfeito, acabado. O juiz seria, como descreve Siches, uma espécie de ‘máquina automática com três ranhuras e um botão: introduzia-se em uma delas a constatação dos fatos, a qual se acreditava coincidir exatamente com a figura de um dos fatos previstos pela lei; e se introduziam em outra ranhura as normas legislativas pertinentes: então se apertava um botão ou ser dava volta a uma manivela e a máquina soltava a sentença.”

Nessa trilha evolutiva do Direito moderno, obviamente cabe o esclarecimento de que, em verdade, o termo positivismo comporta múltiplas acepções. Assim, de um lado, o positivismo era entendido tão somente a partir da premissa única da lei em sentido estrito, caracterizando, assim, o denominado ‘positivismo legalista’ e sua consorte, a escola da exegese. Por outro lado, “positivo era o direito plasmado na vida, nas instituições ou num espírito do povo que se objectivava nas formas quotidianas observáveis de viver o direito (*positivismo histórico*)” (HESPANHA, 2003, p. 265) ou seguindo uma linhagem na qual o positivismo possuía estreita correlação com conceitos jurídicos, genéricos e abstratos, rigorosamente construídos e concatenados dentro daquilo que se convencionou denominar ‘positivismo conceitual’.

Ora, esse positivismo conceitual que concebe o Direito a partir da noção de um sistema conceitual ‘elástico’ e, portanto, não lacunoso, dotado de rigor e formalismo e que se mimetiza nas denominações pandectística¹⁴⁷ ou jurisprudência dos conceitos¹⁴⁸, trabalha a partir de um nexos lógico dos conceitos como fonte de conhecimento das proposições jurídicas que precisam adquirir sentido, conformando uma interpretação de natureza objetivística, que se afasta, por exemplo, de considerações do tipo ‘qual teria sido a interpretação do legislador histórico’. Nesse contexto, esse modelo adquire especial importância para este trabalho, pois deixa como legado, para o *modus operandi* do Direito moderno, a noção de subsunção, que, por ter estreita correlação com a própria estrutura da norma jurídica, escancara a feição de unilateralidade estatuída na operação de se ‘casar o fato com o direito’ e, ademais, explicita o *locus* dos conceitos jurídicos indeterminados no bojo do arcabouço da norma jurídica.

Com essas considerações, é cediço que a linguagem, ao transmitir informações sobre o mundo, pode fazê-lo sob as mais variadas roupagens e usos, como o informativo, o expressivo,

¹⁴⁷ O termo ‘pandectismo’ origina-se do grego *Pandectas*, outra denominação dada ao *Digesto*, obra que compilava extratos de um sem número de livros romanos clássicos, de forma a integrar o Direito Romano, com as devidas ingerências do Direito Canônico, às leis imperiais alemãs e aos Direitos costumeiros locais.

¹⁴⁸ Essa corrente, surgida na Alemanha no século XIX, tem como principais expoentes Friedrich Puchta, discípulo de Savigny, Rudolf Von Jhering e Bernhard Windscheid. Nesse sentido, o ‘pandectismo’, ainda que com significativas diferenças de concepção entre os autores citados, possui a seguinte conformação, nos dizeres de Derzi (2007, p. 52-53): “O sistema, nesse modelo, assemelha-se a uma pirâmide, a cuja largura ou base corresponde a compreensão do conceito (conteúdo semântico) e a cuja altura equivale a extensão. À medida que se sobe da base para o vértice, perde o conceito em abundância de matéria e riqueza de conteúdo o que ganha, proporcionalmente, em altura, isto é, abrangência de indivíduos, de modo que o mais alto abarca os demais inferiores. O conceito menos geral pertence ao gênero do mais abrangente. O menos abrangente denomina-se espécie, e aquilo que diferencia uma espécie de outras, situadas sob um mesmo gênero, designa-se por ‘diferença de espécie’. Definir será determinar um gênero a um conceito e acrescentar a diferença de espécie. Só um conceito geral abstrato se deixa definir, pois, para isso, é necessário fixá-lo através de determinadas características. Se o conceito A possui as notas ‘a, b, c’, na investigação jurídica, somente se afirma o conceito A se o conceito do fato contiver as mesmas características ‘a, b, c’. Diz-se, então, que há subsunção.” Para exemplos desse constructo, em especial na esfera do Direito Civil, consultar Larenz (2005, p. 24-25).

e também o prescritivo ou diretivo. Esse último tipo, correlacionado com o escopo desta tese, “se dá em ocasiões em que, por meio da linguagem, aquele que fala pretende direcionar o comportamento de outro, ou seja, tenta induzi-lo a adotar determinado rumo ou ação” (NINO, 2010, p. 74), cabendo, então, ao Direito, regular a convivência em sociedade a partir de uma enunciação de natureza prescritiva¹⁴⁹. Assim, com esteio na teoria de G. H. von Wright, citado por Nino (2010, p. 79), as normas jurídicas possuem elementos específicos, quais sejam: emanam da vontade do emissor da norma, que é chamada ‘autoridade normativa’; são destinadas a algum agente, chamado ‘sujeito normativo’; para comunicar ao sujeito sua vontade de que ele se comporte de determinada maneira, a autoridade promulga a norma; para dar efetividade à sua vontade, a autoridade acrescenta à norma uma sanção ou ameaça de castigo.

Em síntese, partindo da premissa de que a norma jurídica se apresenta a partir de um conjunto de ordens, permissões e consequências, estabelece-se o arquétipo da norma jurídica. Isso porque, assim, adotando os contornos definidos por Larenz (2005), no caso de uma previsão P (hipótese normativa, também conhecida como fato-típico, *fattispecie* ou *tatbestand*) se vir realizada na situação fática F, vale então para a ocorrência de F a consequência jurídica ou estatuição C¹⁵⁰ – que poderá ou não ter natureza sancionatória¹⁵¹ – o que permite concluir, do ponto de vista lógico, que F é um caso particular de P. Assim, para poder conseguir estabelecer que consequência jurídica C deriva do caso S, deve-se perquerir

¹⁴⁹ Importante frisar que nem sempre uma norma jurídica é uma norma escrita como acontece com as normas com feição consuetudinária, mesmo nos países de bases romano-germânicas como o Brasil. Como exemplo, citamos o popular cheque pré-datado.

¹⁵⁰ À essa construção subjaz a noção de tipo no seio da ciência jurídica, que gera inúmeras divergências no campo doutrinário. Entretanto cristalinas são as palavras de Derzi (2007, p. 65): “Tipo normativo é uma estrutura total de sentido que se forma tanto a partir dos dados descritivos da hipótese como daqueles prescritivos dos efeitos atribuídos. Tipo, pois, não se reduz à hipótese ou Tatbestand. Nada há na acepção do tipo, no plano lógico, que o restrinja a um pensamento de ordem descritivo dos fatos jurídicos, sem possibilidade de se estender às consequências normativas. Assim, pode haver um conceito do fato hipoteticamente descrito e um conceito dos efeitos que a norma lhe prescreve, também pode se pensar em tipificação que vá do pressuposto à consequência jurídica.

¹⁵¹ Essa constatação ganha especial relevo na seara do Direito Administrativo tendo em vista que o requisito finalidade, como conformador da prática do ato administrativo, estabelece um perfil normativo específico que molda a ação do administrador, na forma de explicitação dessa finalidade na própria consequência da norma. Sobre essa constatação Kelsen afirmaria que “efetivamente, todos esses enunciados (cuja consequência não estabelece sanção) não são normas, mas partes de normas genuínas. Assim, a maioria dos enunciados que encontramos integrando um sistema jurídico formaria um antecedente das autênticas normas, em cujo consequente deve figurar sempre uma sanção.” Assim, o exemplo de uma típica norma jurídica para Kelsen seria o seguinte: Se a maioria simples de um corpo integrado pelos representantes eleitos do município estabeleceu um enunciado que diz ‘aquele que matar será punido com prisão de 8 a 25 anos’; se outro corpo integrado pelos representantes dos estados formulou um enunciado semelhante; se um funcionário do legislativo eleito pelo corpo de eleitores o promulgou e tornou público; se alguém matou; se um funcionário da justiça o acusou perante outro designado pelo Poder Executivo, com acordo do Senado, com função de resolver esse tipo de assunto; se o acusado prestou declaração indagatória e um advogado escolhido por ele o defendeu; se foi dada oportunidade para serem apresentadas provas; se tais provas foram suficientes segundo determinados critérios; se o fato não aconteceu em legítima defesa ou por erro, etc.; se ocorreu tudo isso, o acusado deve ser condenado pelo juiz a cumprir entre 8 a 25 anos de prisão.” (NINO, 2010, p. 99-100.)

se é possível subordinar S a uma previsão legal P, nos seguintes moldes.

$P \rightarrow C$ (quer dizer que para todo caso de P, vale C)

$S = P$ (S é um caso de P)

$S \rightarrow C$ (Para S vigora C)¹⁵²

Assim, do ponto de vista da lógica, o silogismo pressupõe a subordinação de conceitos de menor extensão (premissa menor) àqueles de maior extensão (premissa maior) – previsão da proposição jurídica com todas as notas necessárias e suficientes para que um fato possa nela ser enquadrado. Em síntese, demonstrado que o fenômeno ocorrido na realidade possui as notas características da previsão legal, resta configurada a operação de subsunção.

Para ilustrar a situação, imaginem-se os Tribunais de Contas estaduais no exercício de sua competência constitucional, disciplinada no art. 71, I, da CR/88, reproduzida simetricamente nas Cartas estaduais, em que se lhes exige a emissão de parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo. Nesse cenário, é obrigação constitucional do Chefe do Executivo municipal, por exemplo, aplicar, no mínimo, o percentual de 25% da receita na educação e 15% na saúde. Assim, no âmbito das Cortes de Contas, existem normas com a seguinte conformação: “o não atendimento dos índices constitucionais de educação e ensino é fator de rejeição das contas anuais do Chefe do Executivo”. Ora, se no caso concreto foram aplicados 12% na saúde (S), verifica-se a ocorrência da hipótese normativa prevista (P), o que gera, como consequência, a rejeição daquelas contas (C).

3.3.5 *Determinação e indeterminação no Direito*

Compreendida a estrutura da norma jurídica, é fundamental iniciar a análise dos conceitos jurídicos indeterminados pela constatação de que o tema, nas doutrinas pátria e estrangeira, é trabalhado a partir de matizes distintos. Tomando como base a diretriz traçada pela doutrina espanhola, em especial por autores como Garcia de Enterría, Fernandez Rodriguez e Sainz Moreno, resta assente que um enunciado normativo pode ser composto de

¹⁵² Nos estritos termos de Larenz (2005, p. 381): “Denomino esta figura lógica de ‘silogismo’ de determinação da consequência jurídica’. Nele, a premissa maior é constituída por uma proposição jurídica completa e a premissa menor pela subordinação de uma situação de facto concreta, como um ‘caso’, à previsão da proposição jurídica. A conclusão afirma que para que esta situação de facto vale a consequência jurídica mencionada na proposição jurídica.”

termos cujo conceito seja determinado ou indeterminado. Assim, a diferença principal entre ambos é que nos primeiros o âmbito da realidade a ser retratado se delimita de maneira precisa e inequívoca, enquanto nos segundos isso não acontece, haja vista a inexistência de um limite preciso para tanto. (GUTIERREZ, 2009, p. 17.)

Contudo, outros autores trabalham o tema de forma diversa: Eros Roberto Grau, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal (1988), defende a posição de que não existe objeto a ser referenciado no plano do Direito, de sorte que o conceito é um ente autônomo e autossuficiente, e trabalha sua determinação ou indeterminação a partir de uma harmonização, ou não, do conjunto de visões dos membros de uma comunidade jurídica. Assim, havendo uniformidade, o conceito é determinado; não havendo, é indeterminado, o que, obviamente, é suscetível de mudanças, como nos casos de ‘ato libidinoso’, ‘mulher honesta’, dentre outros.

A seu turno, a doutrina alemã, com assento em Karl Engisch (1988), afirma:

O conceito indeterminado é aquele cujo conteúdo e extensão é em larga medida incerto. Os conceitos absolutamente determinados são muito raros no direito. Em todo caso, considerar como tais conceitos numéricos (especialmente em combinação com os conceitos de medidas e os valores monetários, 50 km, prazo de 24 horas, 100 marcos). Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte. É o que pode afirmar-se, por exemplo, a respeito daqueles conceitos naturalísticos que são recebidos pelo direito como os de ‘escuridão’, ‘sossego noturno’, ‘ruído’, ‘perigo’, ‘coisa’. E com mais razão se pode dizer o mesmo dos conceitos propriamente jurídicos como os de ‘assassinato’, ‘homicídio qualificado’, ‘crime’, ‘ato administrativo’, ‘negócio jurídico’, etc. (ENGISCH, 1988, p. 208-209.)

Como se observa, diverso é o colorido dado pela doutrina tradicional ao instituto, o que não impede que sejam extraídos pontos de confluência acerca da exata compreensão do termo: assim, a indeterminação possui correlação com as noções de vagueza, em sentido lato, ambiguidade¹⁵³.

Nesse sentido, de acordo com Filgueiras Júnior (2007), a ‘vagueza’ pode ser conceituada como a propriedade de uma expressão linguística cujo campo de aplicação do seu significado não se sabe ao certo onde termina. Noutras palavras, uma expressão é vaga se existem casos fronteiros para sua aplicação. Nesse cenário, apontam-se, ainda, alguns elementos ensejadores da vagueza, como as noções de **imprecisão** (p.ex.: ‘não é admitido o ingresso de pessoas calvas na corporação’. O que se considera como ‘calvo’?); **incompletude** (p.ex.: ‘o exame psicotécnico é obrigatório para portadores de carteira de habilitação A e C até 31/12/2011’. Qual seria o tratamento dado aos portadores de carteira B? Haveria

¹⁵³ Sobre o assunto relativo aos problemas de interpretação da linguagem jurídica, é imprescindível a leitura de Nino (2010, p. 305-317).

necessidade de psicotécnico para eles?; **palavras gerais** (p.ex.: é vedada a entrada de veículos no local. Quais veículos? Motos, carros, vans, *jet skis*?); **opções valorativas** (p.ex.: ‘é inexigível a licitação para a contratação de advogados detentores de notório saber’. Nesse caso, afigura-se necessária uma valoração por parte do intérprete quanto ao alcance do significado de ‘notoriedade’).

A **ambiguidade**, segundo o mesmo autor, se reporta a uma dualidade atribuível a um mesmo rótulo. Por isso, perante expressões ambíguas, estar-se-á perante sentidos diferentes entre si. (p.ex.: imagine-se determinado setor do Instituto Médico Legal próprio da Polícia Militar do Rio de Janeiro onde estivesse afixada a inscrição ‘Aqui não entra caveira’. O que isso significa? Que esqueletos não poderiam ser ali examinados ou que membros do famoso BOPE estariam impedidos de adentrar o recinto?¹⁵⁴ Outro exemplo: o termo ‘artéria’, usualmente utilizado para se referir ao sistema circulatório do ser humano, pode ser usado metaforicamente como via importante de circulação de tráfego de determinada cidade.

No que tange ainda à **ambiguidade**, Nino (2010) desce a um nível de detalhamento maior e, nesse sentido, trabalha, por um lado, com a noção de ambiguidade sintática, que se relaciona com eventuais equívocos que podem ser causados na relação sintática das palavras que integram uma frase, como por exemplo a conjunção “ou”, que pode ser interpretada como uma disjunção excludente (ou A ou B) ou como uma disjunção não excludente (A, B ou A e B). No caso da frase “é permitido viajar no ônibus com um *blazer* ou uma pasta”, pode haver dúvida se é permitido viajar com um *blazer* e sem pasta; com uma pasta e sem *blazer* ou se somente portando uma pasta e um *blazer*. De outro lado, o autor trabalha com a noção de ambiguidade semântica, que guarda correlação com o defendido por Filgueiras Júnior (2007), que apresenta interessante exemplo encontrado no Direito positivo argentino:

O art. 2º da Constituição Nacional argentina declara: “o governo federal defende

¹⁵⁴ Filgueiras Júnior (2007) elenca ainda em sua obra outras causas de indeterminação, relacionadas, de um lado, com os chamados ‘conceitos técnicos’ e, de outro, com o que ele denomina ‘vagueza pragmática’. Entretanto, a partir da constatação de que não existem conceitos privativos de nenhum subsistema, seja social ou não, a noção de tecnicidade se esvai na medida em que esse ‘trânsito’ de conceitos deve pressupor, sempre, independente de sua ‘pseudonatureza’, a necessidade de ser decodificado para a linguagem específica do Direito, para o que concerne a esta tese. Da mesma forma, causa espécie a defesa de uma denominada ‘vagueza pragmática’, que, de acordo com o autor, diz respeito a uma “indeterminação que se verifica por exclusiva ocorrência da aplicação prática que se apresenta”, ou seja, pela aplicação da norma no caso concreto. Ora, partindo da distinção entre juízos normativos e juízos descritivos, fica difícil imaginar como poderia se dar a indeterminação em um tipo de juízo que tem viés constatativo, ou seja, que atesta a ocorrência de determinado fato ou evento. Em síntese, como a ocorrência de algo pode ser, ela mesma, indeterminada? Na verdade essa constatação não é nova. O próprio Garcia de Enterría em seu Curso de Direito Administrativo, obviamente que assentado em outras bases, já afirmava que a imprecisão de um conceito somente existiria em abstrato, nunca porém da situação in concreto, à vista da qual só caberia uma interpretação. Segundo o autor, ou a situação referida no conceito normativo existe ou não existe. Ainda segundo ele, no caso, *tertium non datur*.

o culto católico apostólico romano”. A palavra ‘defende’, utilizada na redação dessa norma, sofre de certa ambiguidade. Uma interpretação atribui a ela o significado de ‘professa’, conferindo à norma o sentido de que o governo federal considera verdadeira a religião católica; em contrapartida, outra interpretação, defendida por Joaquim V. González com base no que foi discutido pelos constituintes, atribui à palavra defende o significado de ‘mantém’, ‘apoia’, etc. concluindo que o governo deve atender economicamente ao culto católico. (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 308.)

3.3.5.1 Conceitos jurídicos indeterminados ou indeterminação do Direito?

Um dos pontos que se encontram em discussão pela doutrina tradicional é se os conceitos jurídicos indeterminados pressupõem a busca de uma solução hermenêutica única para o caso ou se estariam esses conceitos abrangidos pela aporia kelseniana de denunciar que a inelidível abertura semântica da linguagem, que transfere para o juiz ou administrador, por meio de um ato criativo, a função de ‘selecionar’, nos contornos do que o Direito permite (moldura), uma dentre várias opções juridicamente válidas¹⁵⁵. Nesse particular, boa parte da doutrina contemporânea, a exemplo de Ronald Dworkin (2007; 2010), considera tal postura como inconcebível expressão de um decisionismo colmatador de lacunas.

Ora, o tratamento desses conceitos jurídicos indeterminados no bojo das normas jurídicas, numa modelagem que deseja superar o positivismo jurídico, em especial o normativismo kelseniano, e que busca decisões judiciais e administrativas pautadas por critérios racionais e não subjetivos, afasta de plano qualquer abordagem que tenha como fundamento a doutrina de Kelsen, exatamente em função dessa excessiva liberdade conferida ao aplicador da lei, que resulta num inconcebível subjetivismo no ato de decidir. Nesse sentido, a atividade construtora de sentido do intérprete deve buscar a solução adequada para o caso concreto¹⁵⁶.

3.3.5.2 Indeterminação no termo ou no conceito?

Uma interessante querela envolvendo dois grandes doutrinadores do direito brasileiro, Eros Grau e Celso Antônio Bandeira de Mello, tem correlação com o tratamento dos conceitos jurídicos indeterminados. Nessa linha de raciocínio, o primeiro entende que, se o conceito é pressuposto de uma atividade de concreção de sentido, esse ato de concretizar

¹⁵⁵ Explica Manuel Ortega (2006, p. 10): “Em definitivo, a indeterminação das disposições gerais e dos princípios jurídicos possibilita a adoção de decisões diferentes que têm um mesmo fundamento normativo.” (tradução livre). No original “Em definitiva, la indeterminación de las disposiciones generales y de los principios jurídicos posibilita la adopción de decisiones diferentes que tienen un mismo fundamento normativo.”

¹⁵⁶ Uma forma de se conceber essa solução correta será abordada em momento apropriado neste trabalho.

‘elimina’ a indeterminação, que, então, tem natureza prévia, ou seja, no *input* ou no termo. Já o segundo, apresenta sua posição no sentido de que a indeterminação não se dá no termo, mas no conceito, ao argumento de que, se a imprecisão fosse da palavra ou termo, bastaria substituí-los ou cunhar novas palavras ou termos para que desaparecesse a fluidez no que se quer comunicar. Na mesma linha, Filgueiras (2007. p. 107) afirma que “assim, entende-se que a indeterminação decorre exatamente do significado do termo expresso no texto normativo, razão pela qual a indeterminação dos termos não passa de uma pseudo-indeterminação”.

Nesse panorama, o que se procura, ainda sob o ponto de vista semântico, é adotar uma postura divergente de ambas as correntes. Ora, partindo da premissa de que a linguagem possui três dimensões, como já exposto anteriormente, quais sejam, a **dimensão signativa** (expressão linguística), a **dimensão objetiva** (o objeto designado) e a **dimensão significativa** ou de sentido, em verdade a indeterminação se apresenta na parte objetiva, ou seja, nem no termo, nem no conceito, mas, sim, no ‘estado de coisas’ que se quer designar.

Desse modo, concebendo-se a linguagem sob esse prisma, infere-se que, mesmo dispondo, a partir de um signo linguístico, de um cabedal de características ou propriedades, nem sempre se consegue determinar qual o objeto ou estado de coisas que se quer designar, como se observa no esquema abaixo.

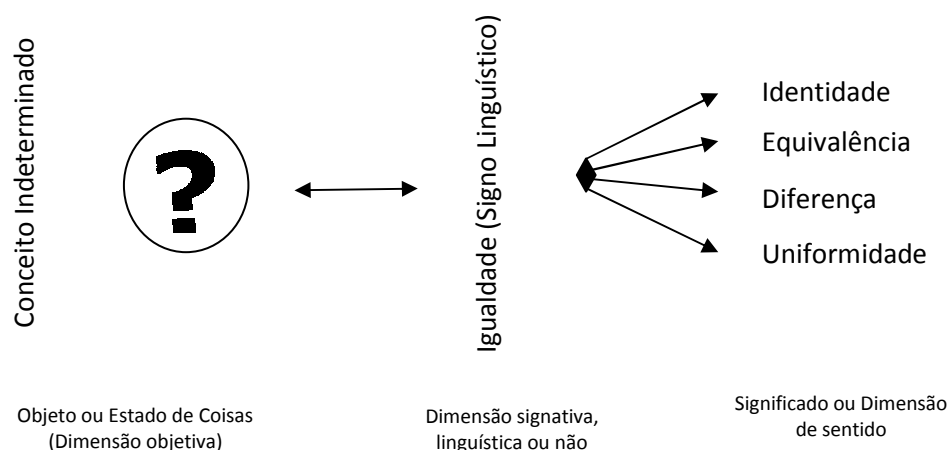


Figura 1: Esquema linguístico
Fonte: CRUZ, 2011, p.84

3.3.5.3 Estrutura dos conceitos jurídicos e uma distinção entre conceitos determinados e indeterminados

Em linhas gerais, a doutrina de Garcia de Enterría e Fernandez (1988) compreende um conceito jurídico, em linhas gerais, a partir de uma estrutura tríade de sentido. Assim, em linhas gerais, ter-se-ia:

- a. Núcleo fixo ou zona de certeza
- b. Zona intermediária ou de ‘penumbra’
- c. Zona de certeza negativa

Nesse contexto, o núcleo fixo representaria aquele conjunto de objetos ou ‘estado de coisas’ que poderiam ser referenciados pelas características descritivas do objeto, sem deixar nenhuma dúvida ou questionamento; a zona de penumbra ou intermediária, aquela região na qual não seria possível que se explicitasse de forma clara a dimensão significativa da linguagem; e a zona de certeza negativa, apesar de não compor a estrutura, serviria de parâmetro ou filtro para ‘eliminar’ aquilo que nem de forma duvidosa compõe estruturalmente o conceito¹⁵⁷.

Interessante ainda é a posição de Karl Engisch, citado por Maurício Requião de Santana na obra Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações (2009):

Assim é que define conceito indeterminado como sendo aquele “cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”. Por conta desta incerteza, os conceitos indeterminados seriam dotados de um núcleo conceitual e um halo conceitual. O núcleo conceitual abrangeria o significado básico da palavra, de modo que, por exemplo, quando falamos que um lugar está *escuro*, ninguém pensará que nos referimos a um lugar iluminado por um holofote. O halo conceitual, ao contrário, é justamente a zona cinzenta da possibilidade de significados que podem ser extraídos a partir daquele núcleo conceitual. Desta feita, quando falamos que um local está *escuro*, a pessoa a quem é dirigida esta comunicação pode considerar que falamos de um local com uma lâmpada fraca, de um local sem luz elétrica, de uma noite sem luar, ou até mesmo de um quarto trancado e vedado contra a entrada de luz. (ENGISCH *apud* SANTANA, 2009, p. 34.)¹⁵⁸

¹⁵⁷ Seria possível imaginar, nesse caso, um juízo de racionalidade (razoabilidade).

¹⁵⁸ Filgueiras Júnior (2007, p. 145-146), no mesmo sentido, ao citar exemplo de Philipp Heck, aduz que “a aplicação do conceito escuridão não enseja dúvidas quando se está diante de uma noite, por volta das 24h, em local sem qualquer iluminação. Neste caso, o objeto (fato acima descrito) adequa-se, sem qualquer dúvida, ao núcleo conceitual. Todavia, já não se pode dizer o mesmo quando do crepúsculo. Com certeza o crepúsculo encontra-se dentro do halo conceitual, isto é, dentro da zona em que prevalece a incerteza no que concerne à pertinência do objeto ao conceito”.

Ora, nessa modelagem, poder-se-ia adotar como critério distintivo de conceitos jurídicos determinados e conceitos jurídicos indeterminados o fato de que nos primeiros a zona de ‘penumbra’, ou halo conceitual, encontra-se reduzida a zero, de sorte que sua estrutura estaria reduzida ao seguinte esquema bifásico:

- a. Núcleo fixo ou zona de certeza
- b. Zona de certeza negativa

Nesse mesmo cenário, interessantíssima, é a abordagem feita por Cruz (2011, p. 79-80), com base na construção teórica de Frege, de como trabalhar a questão da determinação ou da indeterminação dos conceitos. Explica o autor mineiro:

sabendo que o número de características indispensáveis para a identificação de um conceito é variável, Frege percebia haver uma variação no grau de intensão de um conceito. Logo, a intensão de um conceito poderia ser maior ou menor em relação a outro, de modo que quanto maior ela fosse, ou seja, quanto maior o número de características de um conceito, maior seria a sua especificidade, maior seria a sua determinação. Quanto menor sua intensão, mais genérico e indeterminado seria um conceito. Se alguém diz a seguinte proposição: “Ele foi o maior dos romanos”, esse conceito será mais indeterminado do que a proposição: “Ele conquistou a Galia, derrotou Pompeu, atravessou o Rubicão e morreu nos idos de março.” Nas duas proposições, a extensão diz respeito à figura histórica de Júlio César. Contudo, a intensão da segunda garante um maior nível de determinação do que a da primeira. Em outras palavras, a percepção de um conceito determinado não se mostra apenas por uma relação unívoca entre significado, signo e significante, mas sim pelo grau da intensão e de sua extensão. (CRUZ, 2011, p. 81-82.)

Entretanto, e quase como que se antecipando a um inexorável futuro fatalista para suas teorias, Frege percebeu que, mesmo sob uma perspectiva meramente semântica, afigurar-se-ia bastante frágil sob o prisma teórico proceder à distinção entre conceitos determinados e conceitos indeterminados, exatamente pela ausência de critérios racionais para se especificar em que medida as características ou propriedades situadas no plano intensional poderiam delimitar a fronteira do que seria determinado e do que seria indeterminado. Assim, afirma Cruz (2011):

Disso decorrem dois problemas. O primeiro é que sempre haveria uma grande área cinzenta entre aquilo que ele considerava plenamente determinado, tais como “aborto” e “imposto”, e conceitos que supunha serem claramente indeterminados, como “justiça”, “boa-fé objetiva”, “função social” etc. O segundo é que Frege já percebia que o emprego de qualquer termo de uma linguagem comum acabava por assumir sentidos distintos daqueles os quais se poderia supor que fossem “originais”, de modo que mesmo aqueles conceitos havidos por determinados acabavam entrando também nessa zona cinzenta de indeterminação! (CRUZ, 2011, p. 85.)

Angustiado pela indeterminação da linguagem ‘natural’, Frege se sentiu ainda mais pesaroso por perceber que não trazia bons resultados o caminho que seguiu, qual seja, o de estruturar uma linguagem cuja semântica fosse capaz de construir sentidos únicos e precisos em contraposição com as linguagens naturais, que se mostravam recalcitrantes à precisão. A formulação de uma língua perfeita, objetiva, construída com incursões na lógica e na matemática, capaz de lidar com conceitos unívocos e determinados, era impossível.

3.3.5.4 Indeterminação e estrutura da norma jurídica

De acordo com o modelo estruturante da norma jurídica desenvolvida neste trabalho, cumpre deixar claro que para a doutrina tradicional majoritária¹⁵⁹, afiguram-se como fonte de indeterminação tanto a hipótese normativa (*tatbestand*) como a consequência jurídica ou estatuição. No primeiro caso, segundo essa corrente, na premissa maior da norma, ou seja, a situação hipotética descrita apresenta-se vaga ou ambígua a ensejar atividade intelectual do intérprete quando da atividade de subsumir uma situação real ao descrito na norma. No segundo caso, as próprias consequências exigem essa atividade de densificação do preceito vago ou impreciso¹⁶⁰.

Como exemplo de indeterminação na *fattispecie*, tem-se a previsão da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), Lei de Licitações, cujo art. 25, II¹⁶¹, dispõe que configura hipótese de

¹⁵⁹ Exemplificadamente, como representante de uma corrente dissonante, vale menção ao entendimento de Thais Prata da Silva (2008, p. 51), na obra *Controle judicial de ato administrativo baseado em dispositivo legal contendo conceito jurídico indeterminado*, com esteio em José Carlos Barbosa Moreira: “Em nossa visão, os conceitos legais indeterminados em geral se relacionam com a hipótese de fato posta em causa (*fattispecie*, *tatbestand*), cabendo ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e dizer se aquela norma atua ou não no caso concreto. Dessa forma, na conhecida estrutura “se A deve ser B”, o conceito jurídico integra a descrição do fato (A) e não o campo dos efeitos da norma (B).” Entretanto, a autora não explica o porquê dessa sua conclusão.

¹⁶⁰ Essa colocação, de forma mais genérica, abrange na verdade qualquer tipo de ‘indeterminação’ que se apresente na estatuição da norma, independentemente de haver o estabelecimento de sanção, medida ou explicitação da finalidade, **pois não há efeito prático nessa distinção**. Em verdade, o foco é o aspecto formal da estrutura da norma, ou seja, se a indeterminação está presente na hipótese ou na consequência jurídica, em sentido lato. Essa constatação tem o condão de evitar ou minimizar o esforço de alguns autores, como Filgueiras Júnior (2007, p. 152-153), que gastam ‘rios de tinta’ para tentar justificar cada uma das hipóteses de indeterminação. Nesses termos, assevera o autor: “Dentro da consequência jurídica prevista na parte consequente da norma, a fonte poderá inscrever-se tanto no conteúdo da norma (a consequência jurídica em si mesma), quanto na própria forma de implementar o comando jurídico, e também da finalidade da norma, que é o escopo maior que pretende atingir. Por vezes, a norma indica de modo preciso somente a finalidade, deixando ao agente público a responsabilidade de identificar o melhor ato a ser praticado e/ou a melhor forma de executá-lo. Ou podem também indicar de modo impreciso tanto a finalidade quanto a consequência jurídica propriamente dita (o que e como).”

¹⁶¹ “Art. 25 – É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I- ...

II- para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.” (BRASIL, 1993.)

inexigibilidade de licitação, no caso da singularidade do objeto a ser contratado, a notoriedade do prestador do serviço. Ora, nesse caso, se na situação concreta o administrador estiver diante da necessidade da contratação de escritório de advocacia para solver demandas judiciais, será necessária uma atividade interpretativa, haja vista que, de plano e *a priori*, não há como se extrair o sentido do que seja ‘singularidade’ e ‘notoriedade’.

O mesmo diploma normativo serve de base para exemplo relativo à indeterminação na estatuição ou consequência jurídica da norma. Nesse particular, o art. 87 disciplina que a inexecução total ou parcial do contrato – desde que observado o devido processo legal – poderá acarretar ao contratante, dentre outras sanções, a suspensão temporária de participação em licitação e o impedimento por um período de tempo de contratar com a Administração (inciso II)¹⁶². Nesse caso, quando da aplicação da penalidade, é necessária a atividade hermenêutica no gestor, no sentido de que a norma não delimita de forma precisa o alcance do que seja ‘Administração’¹⁶³.

3.4 Uma Paragem semântica

Impõe-se, neste momento, delimitar um ponto de inflexão. Isso porque o cético poderia trazer à baila o seguinte questionamento: o que se quis efetivamente demonstrar até o momento? Qual a importância, se é que ela existe, daquilo que está sendo rascunhado?

Ora, em verdade, a resposta a ser dada ao cético passa pela constatação de que toda essa perspectiva tradicional revela como pano de fundo uma excessiva preocupação com certezas fixas, duradouras, perenes, eternas, dentro daquilo que se pode denominar uma ‘semantização’ do mundo. Assim observa-se, de um lado, no plano da linguagem, nas diversas ontologias dos conceitos trabalhadas, não obstante as diferenças estruturais, uma tentativa de ‘naturalização’ do instituto, no sentido de se associar, de forma unívoca e cirurgicamente precisa, as palavras ou termos e as referências do mundo ou dos fatos, por meio, mesmo, de uma purificação da linguagem. Portanto, cultua-se o réquiem ao indeterminado, ao desconhecido, à incerteza, pois somente concebendo assim o mundo estaria garantida – pelo menos aparentemente – a sensação de segurança (pseudo segurança, na

¹⁶² “ Art. 87 - Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções

I

II- suspensão temporário de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

¹⁶³ Neste caso, poder-se ia questionar se ‘Administração’ quer significar Administração Direita e Indireta ou só Administração Direta, se se refere apenas ao ente federativo do qual faz parte o contratante ou se a penalidade se estende aos demais, etc.

verdade), que pelo menos parece ser uma condição de possibilidade antropológica.

No mesmo sentido, a sede de certeza invade os teóricos do Direito que, indefesos diante da semantização denunciada, sucumbem a um modelo de ordenamento jurídico que também busca, de forma clara, insofismável, aprisionar a deveras não remansosa realidade na limitada moldura da norma jurídica – tal qual o jogador que arremessa com precisão a bola, buscando a cesta perfeita –, em uma operação unidirecional de atribuição de um sentido, ou na vã esperança de encontrar o sentido, reduzindo a fórmulas e métodos um mundo que se recusa a ser domado dessa forma. Assim, o mundo finge que sucumbe ao mundo, e o homem, feliz, aplaca suas angústias no seu ‘porto seguro’. Pobres de nós...

Por fim, vale dizer que essa modelagem reverbera em diversos domínios do saber e consequentemente do direito como se poderá observar na sequência do trabalho.

4 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

É fora de questionamento que a adaptação da teoria dos conceitos à ciência do Direito deita raízes no Direito privado, em especial pelas bases romanísticas do modelo da *civil law* adotado nestas paragens. Assim, a indeterminação de conceitos poderia ser exemplificada na aplicação do sentido de ‘boa-fé’, ‘vícios redibitórios’ ou ‘propriedade’.

Entretanto, essa discussão ganha importância e contornos diferenciados na seara do Direito Administrativo na medida em que, para além das relações envolvendo particulares, esse ramo do Direito tem como protagonista o Estado, que se afigura como o gestor dos interesses coletivos em dimensões múltiplas. Nesse sentido, em função do plexo de demandas sociais que exigem intervenções constantes, rápidas e que, muitas vezes, pressupõem escolhas trágicas, agudiza-se a dimensão da escuridão determinação dos conceitos, propositalmente empregados pelo legislador em seus aspectos vagos ou imprecisos.

Assim, o português António Francisco de Sousa (1994, p. 73-74) expõe com clareza que os conceitos jurídicos indeterminados ganharam especial relevo no âmbito do Direito Administrativo dada

a natureza das funções da Administração, sobretudo devido ao fato de a Administração se orientar à satisfação das necessidades sociais. É que os conceitos indeterminados se apresentam a legislador como um instrumento privilegiado para a atribuição de certo tipo de competências às autoridades administrativas para que estas possam reagir a tempo e modo adequado aos imponderáveis da vida administrativa.

Nesse cenário, o relevo maior das contendas envolvendo conceitos jurídicos indeterminados na seara do Direito Administrativo envolve sua interrelação com a chamada ‘discricionariedade administrativa’, num contexto em que se exige o desenho adequado dessa moldura.

4.1 Direito Administrativo e discricionariedade administrativa

Para refletirmos acerca do desenvolvimento do instituto da discricionariedade administrativa, como se manifesta na contemporaneidade, faz-se necessário realizar uma breve digressão acerca do período de surgimento e formação do Direito Administrativo como ramo autônomo e independente, como registram os manuais¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Nesse particular, constata-se como os administrativistas possuem um fetiche por manuais. Talvez a ausência

Assim sendo, é inegável que, devido à sua própria natureza regulatória, percebe-se a existência de traços de um *proto* ‘Direito Administrativo’ mesmo em períodos anteriores aos das revoluções do fim do século XVIII, que alteraram a concepção de Estado Nacional. Cabe destacar, inicialmente, os três últimos livros do Código Justiniano, que no longínquo século VI possuía como objetivo munir o Império Bizantino de estruturas organizacionais no plano fiscal e administrativo¹⁶⁵. Destacam-se também as construções doutrinárias promovidas pelos jusfilósofos glosadores, que difundiram, nos séculos XIII e XIV, ideias e conceitos acerca da limitação do poder soberano, em textos como o *Liber Constitutionis*¹⁶⁶, e a obra de Bartolo de Sassoferrato¹⁶⁷, considerado o responsável por lançar os conceitos de uma teoria do Estado Moderno.

No entanto, o amadurecimento necessário para a criação de uma estrutura jurídica de controle do Estado, realizado de forma racional, não era então possível – especialmente na Europa continental – dada a estrutura de poder centralizada nas mãos do soberano, que detinha prerrogativas discricionárias ilimitadas, e o esfacelamento do poder político, próprio do medievo.

Nesse cenário, sobretudo na França, exemplo clássico de Estado Moderno Absolutista, percebiam-se insatisfações da emergente classe burguesa com o modelo estatal em vigor. Se as benesses advindas das reformas que culminaram no surgimento de um Estado unitário satisfaziam os comerciantes, a baixa participação política, somada à ingerência governamental em questões de cunho essencialmente privado, inspiraram o rompimento da modelagem típica do *ancién regime*. Nesse particular, para além dos influxos recebidos da doutrina contratualista, em especial com Rousseau, fundamental foi a influência exercida pelo construto articulado pelo Barão de Montesquieu, em meados do século XVIII, no qual se assentaram as bases para a ruptura com o paradigma absolutista anterior e a formação da estrutura administrativa moderna. Ao sistematizar a chamada ‘teoria da Separação dos Poderes’ ou ‘das funções estatais’, subsidiou a construção de um modelo de Estado baseado

de um ‘código administrativo’ sistematizado, sinônimo de segurança, leve os doutrinadores a buscá-la na edição de manuais, que representam esse sentido de agregação não fornecido pelo código.

¹⁶⁵ Indica-se a obra clássica de Andreas Bonello, *Commentaria super tribus postremis libris Codicis* – republicada em 1975 com o título *Commentarii in tres libros Codici* – que no século XIII já tinha consciência da importância do estudo da estrutura administrativa e arrecadatória de um Império que não mais existia, apenas como forma de exaltar a estrutura orgânica da Administração proposta à época.

¹⁶⁶ Publicadas pelo Parlamento de Melfi em 1231 e promulgadas pelo então Imperador Frederico II, após serem concebidas por uma assembleia legislativa composta por juristas, membros do clero e filósofos, que buscavam restaurar a autoridade imperial. (ZECCHINO, 2011.)

¹⁶⁷ Considerado um dos juristas mais importantes do século XIV e expoente da escola dos comentadores, superou o apego ao texto legal – objeto de estudo dos glosadores –, com o estudo do Corpus Juris Civilis, utilizando inovações metodológicas, conforme afirmado por Mario Losano (1979).

na limitação das prerrogativas do soberano a um arcabouço normativo próprio, produzido pelo parlamento¹⁶⁸. O cerne desse modelo é a distribuição dos poderes em três esferas distintas com atribuições próprias, mas cada uma delas subordinada a um conjunto soberano de regras elaboradas pelo Parlamento, estando previsto o controle mútuo entre os Poderes constituídos por meio do mecanismo denominado *checks and balances*, ou ‘freios e contrapesos’¹⁶⁹.

A difusão da teoria proposta em *O Espírito das Leis* (1748), somada à crescente insatisfação da burguesia com a política fiscal adotada por Luís XVIII e as vultosas despesas com a manutenção da estrutura social vigente, culminou na Revolução Francesa (1789-1799)¹⁷⁰ e na instituição de um novo regime institucional. Com o movimento separatista anglo-americano e as teorias políticas de John Locke, Voltaire¹⁷¹, Diderot¹⁷², e Montesquieu, formou-se a necessidade de se repensar a maneira de se conduzir o Estado, não mais sob a égide de um poder absoluto. A instabilidade provocada pela existência de um poder soberano, que possuía a ‘última palavra’ na política, na economia e nas questões judiciais, não mais conseguia se sustentar. Portanto, o objetivo da burguesia, alçada ao poder nos primeiros anos da França pós-revolucionária¹⁷³, era o de limitar a atuação do Estado – que deveria apenas promover a segurança e a paz social – e garantir um terreno fértil para o desenvolvimento econômico¹⁷⁴, sem a intervenção estatal, naquele modelo que denominou ‘*L’État gendarme*’, ou Estado de polícia.

Nesse contexto, observa-se com mais nitidez a vinculação do Estado aos pressupostos de controle, estruturado sob o princípio da legalidade¹⁷⁵, conforme destacado em diversos atos

¹⁶⁸ Idealizado em *O Espírito das Leis* (1748) de forma bicameral – corpo dos comuns, composto pelos representantes do povo, e corpo dos nobres – e sujeito a veto pelo Poder Executivo. (MONTESQUIEU, 1979.)

¹⁶⁹ Já ressaltava Montesquieu (1979), no século XVIII, na obra *O Espírito das Leis*: “Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, pois se pode esperar que este monarca ou esse senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.”

¹⁷⁰ Definida aqui como o conjunto de eventos ocorridos entre os anos de 1789 e 1799 que serviram para alterar significativamente o quadro social, político e econômico do Estado francês. Por óbvio, cabe destacar que o movimento revolucionário iniciou-se em períodos anteriores, devido à constante insatisfação dos grupos desprivilegiados pela forma como a monarquia dos Bourbon conduzia o Estado.

¹⁷¹ Iluminista que, em meio à decadência do modelo político adotado durante o Antigo Regime no século XVIII, lançou bases de fundamental importância para o estudo das liberdades, mediante a submissão de todos os indivíduos à lei.

¹⁷² Citado neste ponto por contribuir na difusão do pensamento europeu formado à época pelo movimento iluminista francês, sendo sua participação de fundamental relevância para o desenvolvimento, em conjunto com D’Alembert, da *Encyclopédie*.

¹⁷³ Após a queda do regime monárquico constitucional e o destronamento do rei em 1792, a França revolucionária passou por um período de instabilidade, sendo dirigida por diversos grupos políticos distintos até Napoleão I ser proclamado imperador.

¹⁷⁴ Nota-se que, mesmo no período pré-revolucionário, o Estado francês se destacava pela excelência da manufatura e pelo comércio de diversos produtos, além de um sistema financeiro bastante desenvolvido para a época. O sistema corporativo então vigente, que limitava a quantidade e as condições da produtividade, era motivo de descontentamento da burguesia, que acreditava no liberalismo e no livre comércio como supedâneo para o desenvolvimento da Nação.

¹⁷⁵ Tal estruturação é alvo de crítica de diversos autores, como Paulo Otero e Sérgio Guerra, que ressaltam a

normativos dos governos pós-revolucionários. A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, promulgada em 1789 pela Assembleia Nacional Constituinte francesa, já detinha dispositivos de regulação/limitação (MEDAUAR, 2009)¹⁷⁶ do Poder Público à lei¹⁷⁷. Contudo, a origem do Direito Administrativo¹⁷⁸ autônomo e organizado juridicamente data da entrada em vigor da Lei do 28 *Pluviose* do ano VIII (1800).

Esse último documento organizou juridicamente a Administração Pública no então novo Estado francês, tornando seus preceitos obrigatórios para toda a sociedade, além de orientar a resolução de litígios ocasionados por agentes que exerciam atividade tipicamente administrativa¹⁷⁹. Baseado em dois princípios, o da hierarquização e o da centralização – indispensáveis para possibilitar o surgimento da forma de governo típica de império idealizada por Napoleão Bonaparte –, visava cessar o entusiasmo revolucionário da população, que ainda se encontrava sob o efeito das alterações sociais provocadas pelas recentes reformas.

existência de uma ilusão garantística da gênese. Ressaltam que o Direito Administrativo francês teve início como uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime, e não como uma superação do modelo. (OTERO, 2003, p. 271.)

¹⁷⁶ Conforme exemplificam cristalinamente diversos dispositivos, como os arts. III, VII, XII, XV, XVI e XVII, transcritos abaixo:

Art. III: O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação. Nenhum corpo ou indivíduo pode exercer autoridade que não esteja prevista expressamente.

Art. VII: Nenhum homem pode ser acusado, preso ou detido sem que a conduta esteja determinada pela lei e segundo as formas por ela prescritas. Aqueles que solicitem, expeçam, executem ou façam executar ordens arbitrárias deverão ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou apreendido nos termos da Lei deve obedecer imediatamente, sob pena de se tornar culpado pela resistência.

Art. XII: A garantia dos direitos do Homem e do Cidadão necessita de um poder público: este poder é instituído para o benefício de todos e não para obtenção de vantagem pessoal daqueles aos quais esse poder é confiado.

Art. XV: A Sociedade tem o direito de exigir de todo agente público a prestação de contas da sua administração.

Art. XVI: Toda Sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a Separação de Poderes estabelecida não possui uma Constituição.

Art. XVII: Ninguém pode ser privado da Propriedade, direito inviolável e sagrado, salvo por necessidade pública, legalmente determinada, a exigir, obviamente, uma justa e prévia indenização. (DÉCLARATION..., 2011).

No original:

Art. III: Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.

Art. VII: Nul homme ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis; mais tout Citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance.

Art. XII: La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée.

Art. XV: La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration.

Art. XVI: Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

Art. XVII: La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

¹⁷⁷ Entendida aqui no sentido lato.

¹⁷⁸ Conceituado neste estudo de acordo com a doutrina de Odete Medauar, que o sintetiza como “o conjunto de normas e princípios que regem a atuação da Administração Pública”. (MEDAUAR, 2009, p. 34.)

¹⁷⁹ Ressalta-se aqui que a lei já distinguia claramente os agentes que exerciam atividade política dos demais, que cuidavam estritamente de atividades tipicamente administrativas.

Entretanto, apesar de a história oficial relacionar o surgimento do Direito Administrativo moderno a dois pilares que se afigurariam como um garante dos cidadãos egressos da Revolução Francesa: um político, representado pela separação dos poderes, e outro jurídico – o advento do Estado de Direito¹⁸⁰ –, autores, como Binenbojm (2006), desfazem esse mito de um Direito Administrativo garantista na origem¹⁸¹, ao colocar em relevo a sua gênese jurisprudencial, nos moldes das construções do Conselho de Estado¹⁸².

De toda sorte, considera-se o posicionamento firmado no ano de 1873 pelo voto vitorioso do Conselheiro Davi, do Tribunal de Conflitos, no célebre ‘Caso Blanco’, como definitivo para o estabelecimento do Direito Administrativo como ciência dotada de objeto, método, institutos, princípios e regime jurídico próprios. (DI PIETRO, 2009, p. 5.)

Nesse ‘*leading case*’, como frequentemente a doutrina costuma caracterizar o episódio, a garota Agnès Blanco, ao atravessar uma via pública na cidade francesa de Bordeaux, foi atingida por um vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, que transportava produtos de um prédio para outro da estatal. Após ser dirimido o choque de competência entre a Corte de Cassação e o Conselho de Estado, sendo declarada a jurisdição deste último órgão, o Conselheiro Davi julgou não ser aplicável ao caso a teoria de responsabilidade própria do Código Civil Napoleônico, devido à presença do Estado no polo passivo, como causador do dano.

Essa decisão, no plano jurídico, teve como desdobramento a construção de teorias de responsabilidade do Estado, segundo princípios de Direito Público, que se mostra presente em diversos sistemas jurídicos atuais¹⁸³. Com fundamento no art. 13 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DÉCLARATION..., 2011, tradução nossa).¹⁸⁴, aplicou-se a teoria

¹⁸⁰ O surgimento do Estado de Direito europeu na transição entre os séculos XVIII e XIX propiciou o desenvolvimento de ‘Estados Legislativos’, cuja soberania política derivava, em última instância, da lei. A vinculação da autoridade governamental a um plexo normativo bem definido, propiciado pela expansão do movimento constitucionalista, resultou no desenvolvimento de um sistema que se demonstrava igualitário apenas no plano formal, afastado dos preceitos de liberdade e igualdade que inspiraram a criação de um novo sistema político.

¹⁸¹ Essa questão será melhor explicada no decorrer da pesquisa, em especial no tópico 4.4.

¹⁸² Embora apenas com a queda da Segunda República Francesa e a promulgação da Lei de 24 de maio de 1872 o Conselho de Estado tenha sido dotado de caráter jurisdicional, funcionando como Corte de Justiça independente para criar sentenças que faziam coisa julgada. Tinha competência para a apreciação de recursos de cassação e apelação e, mesmo, para anular os atos administrativos tidos como discricionários. Anteriormente à propositura da lei não havia uma relação de independência material do Conselho de Estado, uma vez que suas determinações eram submetidas ao Primeiro Cônsul francês, que poderia não acatar as disposições.

¹⁸³ Sobre a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva no Brasil, dispõe o art. 37, §6º, da Lei Maior que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra os responsáveis no caso de dolo ou culpa”. (BRASIL, 1988.)

¹⁸⁴ “Art. XIII: Para a manutenção da aplicação da lei e as despesas administrativas, o imposto é indispensável. Deve ser igualmente dividido entre todos os cidadãos, na razão de suas faculdades. No original: “Art. XIII: Pour l’entretien de la force publique, et pour les dépenses d’administration, une contribution commune est

do risco, sendo a Administração responsável objetivamente – independente do aferimento de culpa – pelos danos ocasionados pelos serviços públicos prestados, desde que comprovado o nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido e a atividade estatal¹⁸⁵. (BRASIL, 1988).

Concomitantemente, no campo doutrinário, destaca-se o expoente trabalho de construção da teoria administrativista lançado pelos catedráticos da Universidade de Paris a partir do final da década de 1820¹⁸⁶, e a obra prima de Charles Jean Bonin intitulada *Principes d'Administration Publique*, de 1808, que inovou por propor bases principiológicas para diferenciar o Direito Administrativo do Direito Constitucional¹⁸⁷.

Como bem observado por Luiz Henrique Cademartori (2007, p. 35), não podemos nos convencer de que o surgimento de um plexo normativo que permitiu o controle dos estatais tenha sido fruto apenas das revoluções ocorridas no final do século XVIII¹⁸⁸, que despertaram a imposição de instrumentos regulatórios da discricionariedade do poder dos governantes. Inspirado na doutrina de Jean-Luis Mestre e Odete Medauar, afirma o autor que, desde o *Ancien Regime*, encontramos elementos de sujeição estatal a imperativos legais, e que a visão contemporânea de poder absoluto nas mãos dos monarcas foi desenvolvida *a posteriori*, em meio ao regular processo de ruptura institucional. Do ponto de vista da discricionariedade administrativa – objeto de estudo do presente trabalho –, resta claro que estruturas de restrição às faculdades reais já se encontravam evidenciadas na baixa Idade Média e durante o período histórico em que imperou o “Estado de Polícia”, principalmente após a elaboração do conceito de Coroa¹⁸⁹ e da Teoria do Fisco¹⁹⁰. Percebe-se de forma cristalina um movimento de

indispensable. Elle doit être également répartie entre tous les Citoyens, en raison de leurs facultes.” (DÉCLARATION..., 2011, tradução nossa.)

¹⁸⁵ Desde que configurados os seguintes pressupostos: “(a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; (b) que esse ato cause dano específico (porque atinge apenas um ou alguns membros da coletividade) e anormal (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal); (c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano”. (DI PIETRO, 2009, p. 642.)

¹⁸⁶ Após o a promulgação da Lei do 28 Pluviose, em 1800, e da instituição da cátedra de Direito Público e Administrativo nas Universidades de Milão (1814) e Paris (1819), iniciou-se na Europa Continental a produção dos primeiros manuais de Direito Público e Administrativo. Destacam-se as obras *Institutes du droit administratif français* do Barão de Gérando, compilação sistematizada de textos legais previamente selecionados; o *Cours de administration et de droit administratif*, do Conselheiro de Estado francês Macarel, e *Principi Fondamentali di diritto amministrativo*, de Gian Romagnosi. Para uma leitura mais aprofundada, recomenda-se Medauar (1992).

¹⁸⁷ A obra em questão se mostra relevante por sistematizar os princípios próprios do Direito Administrativo em meio a um período histórico marcado pela transferência de poder para as casas legislativas e a sujeição da administração a um plexo normativo.

¹⁸⁸ Embora essa corrente seja esposada por autores como Prosper Weil e Jean Rivero, que afirma o seguinte: “A quase totalidade da administração do Antigo Regime desaparece. É, pelo menos na aparência, a tábua rasa, a ruptura total com o passado [...]. Sobre o solo assim aplanado, vai tentar a Revolução edificar uma Administração racional, uniforme e coerente.” (RIVERO, 1981, p. 27.)

¹⁸⁹ Concebida como uma entidade jurídica separada do poder conferido ao monarca, expressando-se como a unidade do Reino. A importância dessa construção jurisprudencial é destacada na análise do regime jurídico imposto aos bens de propriedade do Estado, impossibilitados de serem objeto de doação, a partir da vinculação a

normatização latente, não sendo mais aplicada a noção de Poder Soberano absoluto. A partir de então, superou-se a concepção de livre-arbítrio das decisões administrativas reais, mediante a imposição de restrições de caráter legal, que restaram incorporadas aos regimes jurídicos presentes na contemporaneidade.

Após a segunda metade do século XIX, observa-se o enfraquecimento da atividade jurisdicional do Conselho de Estado francês, devido ao restabelecimento da monarquia de Luis XVII, e o desenvolvimento doutrinário da **teoria do ato político**¹⁹¹. Com o intuito de evitar embates diretos com o Poder Executivo – ao qual era vinculado institucionalmente –, tal órgão declarou por inúmeras vezes a não incidência do controle judicial na análise dos atos de governo e dos atos administrativos discricionários. O critério para determinar a discricionariedade de um ato administrativo se perfazia na existência ou não de um direito adquirido oponível por parte do seu destinatário. Quando um ato atingia apenas ‘interesses’ dos cidadãos (CADERMATORI, 2007, p. 51), sem que fosse demonstrada lesão objetiva a direito, a apreciação pelos tribunais administrativos só era admitida pela via recursal, por meio de recursos de ‘excesso de poder’¹⁹².

Tal conjuntura só foi superada pelo desenvolvimento da **Teoria do Desvio de Poder**¹⁹³ e sua difusão nos julgados do Conselho de Estado francês em meados de 1906, momento em que se iniciou a intelecção no sentido de que a vinculação finalística do ato ao princípio da legalidade deve ser manifesta, passível de exame pelos tribunais. Ademais, para que um ato fosse considerado válido, seria necessário não só que ele obedecesse aos ditames

um regime jurídico livre da discricionariedade do Rei.

¹⁹⁰ Teoria desenvolvida inicialmente no Estado inglês, sob inspiração da doutrina alemã, e difundida pelos Estados europeus em meados do século XVIII. A exemplo da noção de Coroa, proporcionou o deslocamento do poder decisório das mãos do soberano para as do Estado, por meio da criação de uma pessoa jurídica ficta detentora da propriedade dos bens estatais, incumbida de administrar os recursos sujeitos ao poder soberano. A partir de então, poderia o Fisco manter relações tipicamente de direito privado com particulares e se sujeitar à jurisdição dos tribunais, cujo nascimento se esboçava no panorama jurídico do período.

¹⁹¹ Coube à doutrina estabelecer diferenças entre os atos eminentemente administrativos – realizados para promover o regular funcionamento do serviço público – e os políticos (de governo), definidos por Cretella Júnior (1993, p. 170) como atos oriundos das esferas mais altas do Poder Executivo, que se concretizam por meio de manifestações volitivas do Governo, em sua missão de prescrever diretrizes para o desenvolvimento interno do país e em suas relações internacionais (diante do contexto delineado, surgiram diferentes teorias, que buscavam explicar a gênese dessa construção jurídica, destacando-se a teoria negativa, a teleológica e a da natureza do ato.

¹⁹² Sendo apenas analisado pelo Conselho de Estado a existência de vícios de incompetência e forma. Tal panorama foi modificado em meados de 1906, quando, pelo desenvolvimento da Teoria de Desvio de Poder, o Conselho de Estado passou a analisar igualmente atos administrativos que não causaram dano subjetivo.

¹⁹³ Teve seus contornos delineados inicialmente por julgados do Conselho de Estado francês, com especial destaque ao emblemático caso *Lesbats*, decidido em fevereiro de 1864. A esse respeito, vale menção às obras de administrativistas da primeira década do século XX, como Michoud, Diguit, Hauriou e Waline, importantes por difundirem a teoria para outros sistemas normativos. Na contemporaneidade, cita-se a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 90): “Entendia-se que o desvio de poder ocorre quando a autoridade administrativa, embora usando de competência legal, pratica o ato com finalidade diversa daquela para a qual foi outorgado o poder de praticá-lo. Nesses casos, a autoridade decide com base em considerações que dizem respeito às normas da boa administração”.

legais, mas, acima de tudo, que fosse realizado tendo em vista o interesse público.

Dessa forma, para o estudo da discricionariedade administrativa, observa-se que a tese da irresponsabilidade do governante, que, grosso modo, permite que se afirme que a discricionariedade era confundida com a ideia de uma liberdade incondicional, não encontra mais guarida nos contornos do Direito Administrativo oitocentista, na medida em que essa margem de liberdade – juízo de conveniência e oportunidade¹⁹⁴ – passou a ter como parâmetro o ordenamento jurídico.

4.2 Contornos básicos da discricionariedade administrativa

A doutrina clássica explica que o aprimoramento dos mecanismos de controle da atividade estatal só foi possível, no Brasil, com a vinculação efetiva do Poder Público ao princípio da legalidade, delimitado aqui pelos ensinamentos de Seabra Fagundes, segundo o qual “administrar é aplicar a lei de ofício”(FAGUNDES, 1973, p. 17.)

Ao contrário da seara privada¹⁹⁵, as ações promovidas pelos órgãos e Poderes do Estado só serão juridicamente válidas quando observada a regra de subsunção, tornando-se indispensável o embasamento da conduta em alguma norma permissiva disposta no ordenamento vigente.

O *status* conferido ao Poder Legislativo, a partir do advento do Estado de Direito, é o de regular, mediante a expedição de atos normativos, as diversas situações em que é devida a interferência da ação estatal, com a finalidade de conferir estabilidade e segurança jurídica, para que sejam alcançados os objetivos fundamentais do Estado. Para essa corrente doutrinária, haveria hipóteses, nem tão frequentes, em que a atuação administrativa é plenamente determinada pelo texto legal – que descreve com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos para a prática do ato (MELLO, 2008b) –, não sendo conferida ao agente margem alguma de apreciação subjetiva. Nesses casos, em que há obrigatoriedade de um agir determinado imposto ao agente pela própria lei, nos deparamos com o que a doutrina brasileira cunhou de **atos administrativos vinculados**¹⁹⁶.

¹⁹⁴ A doutrina e a jurisprudência costumam conjugar o binômio ‘conveniência e oportunidade’ sob o rótulo de **mérito administrativo**. Nesses termos, para Bandeira de Mello (2008b, p. 38), “Mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas será a única adequada”.

¹⁹⁵ Em que o princípio da legalidade se mostra pela máxima “o que não é proibido é permitido”.

¹⁹⁶ Parte da doutrina brasileira – v.g. José dos Santos Carvalho Filho. Edimur Ferreira de Faria (2011a) também menciona tal poder na 7ª edição de sua obra *Curso de Direito Administrativo positivo*, p.287 – trabalha com as

Nesse cenário, em síntese, os atos vinculados seriam aqueles em que o administrador necessita conformar-se rigidamente, quando da prática do ato, aos elementos que o estruturam, a saber: agente competente, objeto, forma, motivo e finalidade¹⁹⁷.

Como exemplo, citamos a licença conferida pela autoridade pública competente aos particulares que desejam conduzir veículo automotor e elétrico, cuja regulamentação se encontra imposta pelos art. 140 e 141 da Lei nº 9.503/97¹⁹⁸, Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997a). Se o interessado cumprir a totalidade das exigências formais requeridas, o órgão público competente se encontra obrigado a emitir a Carteira Nacional de Habilitação, vinculado à forma legalmente prescrita na legislação. O mesmo raciocínio deverá ser utilizado, por conseguinte, pelo Poder Público ao analisar um ato concessório de aposentadoria na modalidade compulsória, prevista no art. 40, §1º, II, da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988)¹⁹⁹. Não é dado ao agente que formaliza o ato o poder de emitir juízo subjetivo mediante a análise fática do caso concreto²⁰⁰.

No entanto, devido à própria estrutura da norma jurídica – criada para ter alcance amplo, em respeito ao delineado pelo princípio da igualdade²⁰¹ –, a regulação normativa promovida pelo Poder Legislativo por vezes se torna insuficiente para abarcar todas as situações que ocorrem no cotidiano.

Não há como o Poder Legislativo obter êxito em normatizar toda a conduta que interessa ao Direito, devido à impossibilidade de se prever, *a priori*, todo o rol de aplicações

noções de vinculação e discricionariedade, não especificamente nos atos administrativos, mas, sim, no estudo dos poderes administrativos. Este trabalho adota a premissa de que essa diferença de abordagem não interfere no cerne do debate proposto.

¹⁹⁷ Não obstante algumas divergências, esta é a classificação mais aceita na doutrina. Nesse sentido, confira-se Edimur Ferreira de Faria (2011a), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008), José dos Santos Carvalho Filho (2009), Gustavo Binembjom (2006). Em sentido contrário, ainda que com pequenas nuances Celso Antônio Bandeira de Mello (2008a) e Diógenes Gasparini (2009). Apenas a título exemplificativo, vale dizer que o segundo autor trabalha sete e não cinco requisitos do ato administrativo, a saber: agente público competente, finalidade, forma, motivo, **conteúdo**, objeto e **causa**. Assim, de um lado, diferencia o objeto (alguma coisa sobre a qual incide o conteúdo do ato) do conteúdo (aquilo que o ato enuncia, prescreve, dispõe); e, de outro, agrega o elemento ou requisito ‘causa’, que presume uma adequação entre os pressupostos que ensejaram a prática do ato e o seu conteúdo, em função da finalidade para qual foi editado.

¹⁹⁸ Art. 140. A habilitação para conduzir veículo automotor e elétrico será apurada por meio de exames que deverão ser realizados junto ao órgão ou entidade executivos do Estado ou do Distrito Federal, do domicílio ou residência do candidato, ou na sede estadual ou distrital do próprio órgão, devendo o condutor preencher os seguintes requisitos: I – ser penalmente imputável; II – saber ler e escrever; III – possuir Carteira de Identidade ou equivalente.

Art. 141. O processo de habilitação, as normas relativas à aprendizagem para conduzir veículos automotores e elétricos e à autorização para conduzir ciclomoteres serão regulamentados pelo CONTRAN. (BRASIL, 1997a.)

¹⁹⁹ §1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (...) II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. (BRASIL, 1988.)

²⁰⁰ A ruptura com essa forma de pensar, ou seja, de que existem juízos estritamente vinculados, será debatida posteriormente neste trabalho.

²⁰¹ Insculpido como direito fundamental no caput do art. 5º da Constituição da República, que determina a igualdade de tratamento aos particulares, sem distinção de qualquer natureza, perante a lei.

possíveis para determinada norma jurídica. Nesse contexto, ante a concepção de divisão dos poderes proposta por Montesquieu²⁰², em diversas circunstâncias confere-se à Administração um relativo poder de escolha, uma margem de liberdade – também denominada de ‘mérito administrativo’²⁰³ – frente às situações concretas, quando há mais de uma solução juridicamente possível²⁰⁴.

Sobre o tema, vale conferir explanação trazida por John Locke ainda no final do século XVII: “muitas questões há que a lei não pode em absoluto prever e que devem ser deixadas à discrição daquele que tenha nas mãos o Poder Executivo, para serem por ele reguladas, conforme o exijam o bem e a vontade do público”. (LOCKE, 1998, p. 529.)

Diante de tal situação, eclode um outro tipo de ato, denominado **ato discricionário**, assim classificado pelo grau de liberdade para sua prática, o qual é explicitado na problemática que envolve a discricionariedade administrativa, que passa a ser objeto de infundáveis esforços da doutrina e da jurisprudência no delineamento de seus contornos²⁰⁵.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2008a, p. 946) sintetiza a questão ao afirmar: “fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer, em proveito e a cargo do administrador, uma certa *esfera de liberdade*, perante o que cabe-lhe preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei”.

Em síntese, a discricionariedade no âmbito de atuação da Administração Pública se revela como uma forma prática de se aplicar o Direito frente à concretude dos fatos, devido à impossibilidade absoluta de regulação de todas as situações juridicamente relevantes pelo Poder Legislativo²⁰⁶.

²⁰² Para o autor, impõe-se ao Poder Executivo governar em estrita observância ao princípio da legalidade, não sendo permitidas ações contrárias às finalidades determinadas como precípua pelo texto constitucional.

²⁰³ A noção de mérito está umbilicalmente associada à discricionariedade, em especial quando se busca perquirir a extensão do controle judicial sobre os denominados ‘atos administrativos discricionários’. Nesses termos, os contornos do mérito administrativo são delineados por Mello [2008a, p. 949] como sendo “o campo de liberdade suposto na lei e que venha efetivamente a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais situações admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada”.

²⁰⁴ A doutrina tradicional do Direito Administrativo entendia que a discricionariedade seria maléfica para a atividade administrativa e que, portanto, deveria ser eliminada, dado seu enquadramento como resquício do poder absoluto, típico das monarquias europeias do Estado Moderno, visão que se encontra superada pela doutrina contemporânea, haja vista seu papel indispensável no cumprimento dos fins estatais.

²⁰⁵ Afirma Carvalho Filho (2008, p. 51): “A fisionomia jurídica da discricionariedade comporta três elementos: 1) norma de previsão aberta que exija complemento de aplicação; 2) margem de livre decisão, quanto à conveniência e à oportunidade da conduta administrativa; 3) ponderação valorativa de interesses concorrentes, com prevalência do que melhor atender ao fim da norma.”

²⁰⁶ No mesmo sentido, confirmam-se as palavras de Renato Alessi: “Discricionariedade é a margem de apreciação do interesse público concreto (conferido à Administração) para decidir sobre a oportunidade de atuar ou sobre o teor da atividade, nos casos em que os limites estabelecidos pela lei ao poder de atuar são imprecisos, a saber, indicado por

Cumpra frisar que a liberdade conferida ao administrador não pode prescindir da consideração do fim pretendido com a prática do ato, não pode se afastar da tutela do interesse da sociedade, sob pena de incorrer em desvio de finalidade²⁰⁷, ensejador da nulidade do ato, a ser sindicada, por exemplo, no exercício da autotutela administrativa²⁰⁸ ou pelo Poder Judiciário. Nesses termos, discricionariedade não se confunde com arbitrariedade nem pode ser adotada *contra legem*. Portanto, como bem salienta Edimur Ferreira de Faria (2011a):

A liberdade conferida ao administrador público pelo legislador decorre, principalmente, do fato de que ele está mais próximo da realidade social em virtude das atribuições constitucionais da Administração Pública. Na atividade permanente, no desempenho de suas competências, a autoridade deve saber o que é melhor para o interesse coletivo. Por isso, a lei lhe confere o poder de, na situação concreta, adotar a alternativa **que melhor atenda ao interesse público, finalidade da lei. O desvio dessa finalidade importa a ilegitimidade e a ilegalidade do ato. Esses vícios devem ser sanados pela Administração, por iniciativa própria ou por provocação do interessado, ou pelo Poder Judiciário.** (FARIA, 2011a, p. 289, grifo nosso.)²⁰⁹

Um ponto que vale menção, até por sua repercussão nos tribunais pátrios, embora não esteja relacionado com o escopo deste trabalho, é a questão do controle pelo Poder Judiciário dos denominados ‘atos discricionários’. Assim, numa visão clássica, tem-se que a teoria das nulidades dos atos administrativos admite as figuras da **anulação**, que cabe tanto ao Poder Judiciário quanto à própria Administração Pública, e da **revogação**, privativa da Administração Pública. Assim, enquanto a primeira trata de vício de legalidade, envolvendo,

determinações imprecisas do interesse público. Trata-se de uma margem de liberdade mais ou menos limitada, de apreciar qual o interesse público concreto suficiente para justificar a ação de acordo com critérios de oportunidade prática, nos limites mínimos determinados pela lei”. (ALESSI, 1970, p. 195, tradução nossa.)

No original: “[...] discrecionalidad es el margen de apreciación del interés público concreto, a fin de decidir sobre la oportunidad de actuar o sobre el contenido de la actividad, margen que tiene la Administración en caso de que los límites establecidos por la ley a la potestad de actuar conferida a aquélla sean imprecisos, es decir, señalados por determinaciones imprecisas del interés público. Se trata, pues, de un margen de libertad, más o menos limitada, de apreciar cual es el interés público concreto suficiente para justificar la acción conforme a criterios de oportunidad práctica, dentro de los límites del mínimo determinado por la ley.”

²⁰⁷ Os poderes administrativos, na verdade entendidos como verdadeiros poderes-deveres, visto que a inércia no seu exercício não é tolerada, devem ser exercidos dentro de limites, sob pena de incorrerem naquilo que a doutrina denomina ‘abuso de poder’. Esse abuso de poder, gênero, subdivide-se em excesso de poder, quando o agente pratica o ato fora dos limites de sua competência e o denominado ‘desvio de finalidade’, em que o agente desvia-se do objetivo a que se propõe o ato (em última análise, do interesse público), obrando em prol de interesses pessoais ou egoísticos, o que enseja a nulidade do ato.

²⁰⁸ A autotutela administrativa teve seu formato delimitado por construção pretoriana, nos termos da dicção da Súmula 473 do STF, verbis: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” (BRASIL, 1970).

²⁰⁹ No mesmo sentido, destaca-se o posicionamento de Hely Lopes Meirelles (2011), ao afirmar que “o bem comum, identificado como interesse social ou interesse coletivo, impõe que toda atividade administrativa lhe seja endereçada. Fixa, assim, o rumo que o ato administrativo deve procurar. Se o administrador se desvia desse roteiro, praticando ato que, embora discricionário, busque outro objetivo, incidirá em ilegalidade, por desvio de poder ou de finalidade, que poderá ser reconhecido e declarado pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário”.

como exemplificado, um ato praticado com desvio de finalidade, a outra diz respeito a uma aferição da margem de liberdade conferida ao Administrador, ou seja, ao seu juízo de conveniência e oportunidade. Nesses termos, uníssono era o entendimento de que pela própria ‘natureza’ da atividade discricionária, infenso seria ao Poder Judiciário sindicarem o mérito administrativo, haja vista configurar ingerência na função administrativa, a violar, mesmo, o princípio da separação dos poderes.

A título de exemplo, no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança (RMS) 11050/ RJ, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou provimento ao recurso de uma associação de moradores – por unanimidade, seguindo o voto da Relatora Eliana Calmon –, que questionava a distribuição de pontos de ônibus de uma determinada linha no Município, ao argumento de que se tratava de ato discricionário do Poder Público, não passível de ingerência por parte do Tribunal. Essa dinâmica foi bem espelhada pelo voto do Ministro Peçanha Martins, do qual se extrai o seguinte excerto:

Senhores Ministros, também acompanho a Ministra-Relatora. Não posso entender que há direito líquido e certo dos cidadãos a interferir no plano viário da cidade, para determinar onde será da conveniência ou não desse ou daquele grupo em parar nesse ou naquele ponto. A regra da separação dos poderes do Estado é indiscutível e o Judiciário não pode discutir as razões de conveniência do ato administrativo que é ditado por razões de ordem técnica e política. (BRASIL, 2000b).

A novidade, nesse cenário, como será demonstrado mais adiante, é que mais recentemente essa dinâmica vem sendo alterada, de modo que já se observa um movimento no sentido de se permitir que o Judiciário adentre o ‘mérito’ administrativo, quando o administrador exceda os cânones de razoabilidade e proporcionalidade²¹⁰ no exercício do seu juízo de conveniência e oportunidade ante o caso concreto. Numa situação similar à apresentada, por exemplo, se o Município de Belo Horizonte fixasse apenas duas paradas de ônibus entre a Savassi e a Pampulha, tal medida seria ‘desarrazoada’ ou ‘desproporcional’, a ensejar pronta atuação do Poder Judiciário.

Entendido em linhas gerais o desenho da discricionariedade, resta direcionar a abordagem, na sequência deste trabalho, para a verificação da existência ou não de uma correlação desta com os conceitos jurídicos indeterminados. Para tanto, será necessária uma sintética digressão sobre os contornos desses institutos na doutrina estrangeira e, principalmente, sobre as correntes que trabalham a questão na doutrina nacional clássica e também na jurisprudência.

²¹⁰ Uma crítica ao princípio da proporcionalidade como ‘técnica’ de solução desse tipo de questão será melhor discutida no tópico 5.3.2.

4.3 Discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados

4.3.1 *Direito estrangeiro*

Cabe ressaltar que o desenvolvimento do tema no âmbito jurídico de cada Estado Nacional não se deu de maneira linear, sendo possível o surgimento de correntes diametralmente opostas em países vizinhos em um mesmo momento histórico. Tal fato se deve às particularidades culturais, políticas e econômicas de cada um deles e no contributo de juristas de matizes distintos. Com essas observações, serão apresentadas, obviamente sem a pretensão de esgotar o tema, as doutrinas germânica, francesa, italiana, espanhola e portuguesa.

4.3.1.1 *Direito Germânico*²¹¹

O estudo da discricionariedade administrativa contextualiza-se nos países germânicos na emergência de um Estado de Direito de índole liberal, que buscava, em linhas gerais, a tutela de direitos individuais²¹². Nesse cenário, a lei passa a figurar como um freio, uma barreira ao agir ‘livre’ da Administração Pública, permitindo também o estabelecimento de contornos que separavam as atividades típicas de Governo – infensas, assim, a qualquer controle judicial – e as atividades administrativas, estas, sim, limitadas pela legislação e, portanto, sindicáveis pelo Poder Judiciário.

Nesse recorte histórico, em relação, especificamente, à relação entre a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados, surgem duas correntes com matizes radicalmente antagônicos: a primeira, defendida por Bernartizk (1), entende a existência da discricionariedade quando o administrador se depara com conceitos jurídicos indeterminados; a outra, lastreada por Tezner e Buhler²¹³ (2) entende pela separação completa entre ambas. Em resumo, essas posições conflitantes, deram origem às chamadas ‘teoria da **multivalência**’ e ‘teoria da **univocidade**’²¹⁴, assim delineadas:

²¹¹ As referências a autores de língua alemã feitas nesse tópico foram extraídas das obras de Di Pietro (2007), Faria (2011b), Queiró (1989), Sousa (1994) e Filgueiras Júnior (2007).

²¹² Importante frisar que no ano de 1871, com o fim da guerra franco-prussiana (1870-1871) e a coroação do imperador Guilherme I, finalizou-se o processo de formação do II Reich, com a nomeação de Otto von Bismark como Chanceler.

²¹³ Nesse ponto, não se pode deixar de mencionar a influência sobre esses dos estudos do renomado jurista alemão Paul Laband, em sua cruzada pela tutela dos direitos individuais.

²¹⁴ Destacada aqui, resumidamente, a concepção apresentada por Sousa (1994, p. 36), em sua obra *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*, o qual afirma que, de acordo com a teoria da Multivalência, a interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados constantes da lei se dão na existência de várias decisões certas, confundindo-se com a função discricionária. Já a teoria da univocidade afirma só existir uma

A primeira sustenta que a interpretação e a aplicação dos conceitos legais indeterminados levam a várias opções válidas, campo da discricionariedade. A segunda, ao contrário, expõe o entendimento segundo o qual os conceitos legais indeterminados comportam apenas uma solução válida em conformidade com a lei. Portanto, a decisão seria vinculada e não discricionária. (FARIA, 2011b, p. 186.)

Nesse contexto, para a corrente esposada por Bernartizk e que tanto influenciou o Supremo Tribunal da Áustria em fins do século XIX, o processo intelectual de estabelecimento de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados é de natureza extremamente complexa, o que invariavelmente conduz a múltiplas significações possíveis por não existirem critérios confiáveis para se trabalhar com a noção de univocidade. Portanto, a solução encontrada passa, exatamente, pela atribuição de discricionariedade ao administrador.

Em outra direção, Tezner foi quem iniciou a discussão a respeito da distinção entre a função discricionária conferida à Administração e os conceitos jurídicos indeterminados²¹⁵. Afirma que todos os conceitos utilizados pela lei para limitar a liberdade – tanto no âmbito público quanto no privado – são conceitos jurídicos, e, “ainda que se refiram a dados da experiência ou a elementos fornecidos por outras ciências, sua interpretação é sempre de ordem estritamente jurídica”. (TEZNER apud DI PIETRO, 2007, p. 101.)

Entende o autor que é dever congênito do Judiciário fiscalizar a correta aplicação pelo administrador desses conceitos, a fim de se evitar desmandos e abusos frente à legislação. Sendo assim, a atividade do agente administrativo só se torna livre de controle, atribuindo-se discricionariedade, quando o âmbito de escolha não atinge nenhum direito individual.

Conforme ensinamentos de Di Pietro (2007):

Dentro dessa doutrina, o emprego de conceitos imprecisos pelo legislador não significa outorga de discricionariedade à Administração, pois somente o juiz, com sua imparcialidade e seus conhecimentos técnicos, tem condições de encontrar a solução mais adequada a cada caso concreto. As autoridades incumbidas de aplicar a lei não têm liberdade de escolher, segundo seus próprios critérios, a solução que lhes pareça mais conveniente; elas têm que observar os limites legais e obedecer ao fim específico de interesse público expresso na lei, seguindo as regras da mais tradicional Administração. (DI PIETRO, 2007, p. 101-102.)

única solução correta na interpretação desses conceitos, sendo, portanto, uma variação da função vinculada. Cabe destacar a imensa influência deste debate no desenvolvimento do tema, tendo ambas as teorias apresentado um papel fundamental na construção de linhas doutrinárias posteriores em diversos países.

²¹⁵ Para o autor, é de natureza quantitativa a distinção entre conceitos jurídicos determinados e conceitos jurídicos indeterminados, na medida em que podem ser ‘medidos’ pelo grau de insegurança da palavra, o que pode proporcionar maior ou menor dificuldade para serem construídos, densificados. Entretanto, essa constatação não autoriza mais de uma forma de execução correta da norma jurídica, razão pela qual sustenta o abandono da teoria da multivalência. Ainda segundo o autor, a utilização de conceitos vagos pelo legislador exige um grau ainda maior de intervenção do Poder Judiciário como forma de se proteger os direitos individuais. (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 46-47).

Na mesma linha de raciocínio encontra-se a doutrina de Buhler, para quem “a lei tem como finalidade principal a proteção dos particulares contra intromissões arbitrárias da Administração” (BUHLER apud QUEIRÓ, 1969, p. 288), de forma que se pode admitir que todos os conceitos jurídicos repousam no âmbito da vinculação legal. Para tanto, apresenta o autor distinção entre normas protetoras de direitos individuais e normas protetoras do interesse público, cabendo o exercício de discricionariedade pela Administração diante da norma apenas no segundo caso. Nos casos de vinculação, a autoridade administrativa deve considerar, para efeito de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, o sentido legal do conceito e, então, decidir pela verificação, no caso concreto, se ocorreu ou não o referido conceito na realidade, porque *tertium non datur* (BUHLER apud SOUSA, 1994 p.36). Em síntese, para essa corrente a temática dos conceitos jurídicos indeterminados é questão exclusivamente de **interpretação**, não subsistindo traço algum de discricionariedade.

Nesses termos, vale dizer que a doutrina prevalente no Direito Alemão no período pós-guerra foi a de redução máxima da discricionariedade da Administração²¹⁶, haja vista que a utilização da teoria dos conceitos jurídicos plurissignificativos, conferindo discricionariedade à Administração, foi distorcida pelo Estado Nazista e utilizada por Adolf Hitler para praticar atrocidades cujos impactos são até hoje sentidos, pois, como bem afirmado por Queiró (1989), o homem é um ser histórico, que acaba por moldar o Estado de acordo com os traumas e as experiências típicas do seu passado²¹⁷.

No entanto, nos últimos 15 anos, iniciou-se um movimento de gradativa relativização no trato da matéria pelo Poder Judiciário²¹⁸. Entende-se que, principalmente nas áreas mais sensíveis da atuação Estatal²¹⁹, em que os serviços devem ser prestados com mais urgência, a lei pode usar de determinadas cláusulas expressas que reconheçam a discricionariedade administrativa ao intérprete, que detém certa margem de atuação (decisão), segundo seus próprios critérios (DI PIETRO, 2007, p. 108).

²¹⁶ Vale frisar que, mesmo após a guerra, vozes dissonantes, embora minoritárias, emergiram nas terras germânicas para sustentar a teoria da multivalência. Foi, por exemplo, o caso de Forsthoff, que, ao separar conceitos empíricos (de coisas existentes no mundo) de conceitos valorativos (que comportam um juízo de valor por parte do administrador), defendia que, no segundo caso, a atuação do agente é discricionária.

²¹⁷ De acordo com o autor português (QUEIRÓ, 1989, p. 205), “Uma tal concepção ou doutrina da interpretação está intimamente relacionada com a Weltanschauung da época, com as exigências sociais desse momento histórico e, por isso mesmo, com o “conceito” do direito então reconhecido. Não há uma teoria da interpretação com validade universal e intemporal. Todas as teorias jurídicas da interpretação, como todas as construções, têm validade espacial e temporal determinada. O critério das construções e das teorias jurídicas é a sua adequação às realidades sociais de cada momento histórico ou de cada país. Assim, uma teoria da interpretação é aceitável se, em tese geral, conduzir, quando correcta e ponderadamente utilizada, às soluções ou resultados que em cada época ou país se esperam dos tribunais e, de um modo geral, dos executores da lei.”

²¹⁸ Para avaliação das contribuições de Carl Hermann Ule e H. Wolff nessa direção, sugere-se a leitura de Silva (2008, p. 148-149).

²¹⁹ A exemplo das áreas de polícia administrativa, meio ambiente, intervenção no domínio econômico, etc.

Essa linha encontra respaldo na denominada ‘teoria da margem de livre apreciação da Administração Pública’, assentada nos ensinamentos de Otto Bachof, que defende a possibilidade de uma ‘margem de manobra’ do administrador, mesmo quando envolvidos conceitos jurídicos indeterminados, desde que autorizados pelo legislador, abrangendo tanto os conceitos de valor – como, por exemplo, utilidade pública ou notório saber – quanto conceitos de experiência, desde que envolvam situações fáticas complexas ou imponderáveis²²⁰.

4.3.1.2 Direito francês

O panorama da doutrina francesa acerca da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados foi construído com grande influência da jurisprudência obtida nos julgados proferidos pelo Conselho de Estado ao longo do século XX. Como dito anteriormente, o posicionamento tradicional no Direito francês é o de conferir menor grau de intervenção do contencioso administrativo no controle da atividade administrativa discricionária, ao contrário da doutrina majoritária desenvolvida em território germânico.

Inicialmente, o posicionamento do Conselho de Estado francês era o de negar competência no julgamento de atos administrativos produzidos quando da existência, na lei, de conceitos jurídicos indeterminados. No entanto, tal panorama modificou-se a partir da primeira década do século XX, particularmente como desdobramento dos julgamentos dos casos Gomes²²¹, em 04/04/1914, e Camino²²². Nessas ocasiões, as noções imprecisas utilizadas pelo legislador para delimitar o motivo do ato administrativo foram razões de conhecimento pela Corte, desencadeando o desenvolvimento de tal construção jurisprudencial, que perdura na atualidade: em face do caso concreto, depois de sopesados os interesses em causa²²³, os tribunais franceses decidem se devem, ou não, controlar a

²²⁰ Essa teoria, na verdade, que imuniza ações da Administração Pública contra o controle judicial é criticada por diversos autores, com especial destaque para os juristas Hans Rupp na Alemanha, Eduardo Garcia de Enterría na Espanha e Antônio Francisco de Sousa em Portugal. Para um maior aprofundamento do tema, sugere-se a leitura de Moraes (2004, p. 75-76).

²²¹ “Neste caso, tratava-se da aplicação de uma norma urbanística, segundo a qual o construtor de uma casa, antes de começar a obra, deveria submeter-se a certas prescrições ditadas, entre outros fins, para ‘a conservação das perspectivas monumentais’. A questão colocada consistia, pois, em saber se a praça ‘Beauvau’ de Paris constituía ou não uma ‘perspectiva monumental’. O Conselho de Estado estimou que se cuidava de uma questão submetida a seu controle, porque condicionada à aplicação da Lei: por isso, tendo constatado que a praça ‘Beauvau’ não forma uma perspectiva monumental, anulou a denegação da licença de construir”. (SAINZ MORENO, 1976, p. 254.)

²²² “Neste caso, o Conselho de Estado anulou uma Ordem que suspendia de suas funções o alcaide de Hendaya, doutor Camino, assim como um Decreto posterior que o removia de seu cargo, porque os fatos que se lhe imputavam, uns não eram materialmente exatos e outros não constituíam uma falta sancionada disciplinarmente.” (SAINZ MORENO, 1976, p. 254-255.)

²²³ Segundo Antônio Francisco de Sousa, “em termos gerais podemos constatar que, quanto à exatidão material

interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados.

Como representante do discurso tradicionalista de conferir maior liberdade à Administração para a realização dos seus atos, deve ser lembrada a teoria da discricionariedade construída por Bonnard, citado por Sousa (1994). O autor caracteriza a discricionariedade como um poder ilimitado, conferido pela lei ao Administrador, sempre que os motivos não estiverem previstos na lei, opondo-se, portanto, integralmente, à noção de poder vinculado. Ao contrário deste, o poder discricionário apresenta uma margem de livre apreciação quanto ao motivo, ao objeto, ao fim e à manifestação de vontade, em que não cabe a intervenção do Poder Judiciário, salvo em casos de erro manifesto²²⁴.

Em relação à problemática envolvendo os conceitos jurídicos indeterminados, assevera Bonnard que sua importância é notória quando há o questionamento sobre qual a finalidade da lei, quando se utilizam expressões que ensejam indeterminação. Por isso,

os motivos formulados serão suficientes para vincular o poder da Administração quando eles sejam constituídos por factos tais que não haja lugar à declaração da sua existência, mas à mera constatação de existência material... Pelo contrário, quando a existência dos factos enunciados como motivos não pode ser estritamente fixada, mas apenas aliada a uma certa liberdade de apreciação de qualidade e valor, o poder será, então, discricionário²²⁵.

Concluindo, apresentamos as principais características do cenário francês, apontadas no percuciente estudo realizado por Antônio Francisco Sousa sobre as doutrinas francesas, acerca da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados:

1. Predominância de casos em que o controle não é exercido;
2. Ausência de uma teoria específica dos conceitos indeterminados ou vagos e da chamada 'discricionariedade técnica';
3. Maleabilidade das decisões do juiz, baseada na natureza e importância dos interesses em causa;
4. Dificuldades, para o juiz, na adoção dos 'quadros teóricos', de controle mínimo e de controle normal;
5. Tendência para aumentar o controle do juiz nos casos em que a Administração

dos fatos, há um 'controle mínimo'; quanto à qualificação jurídica dos mesmos, isto é, quanto ao assegurar que os fatos são de 'natureza a justificar legalmente a decisão', o problema já é mais complexo. Aqui, podemos dizer que o Juiz controla sempre o erro de qualificação, relativamente às regras de origem jurisprudencial, embora não o faça sempre, quando tal erro seja relativo a textos legislativos e regulamentares; aqui, sim, o controle dependerá muito dos interesses em causa". (SOUSA, 1994, p. 99.)

²²⁴ Entendida aqui como uma modalidade de controle mínimo do Judiciário, aceito largamente pela doutrina e jurisprudência contemporânea. Define-se este controle como aquele que apresenta como objeto erros que saltam aos olhos, facilmente destacados por qualquer homem médio (sic). Como ressalta Di Pietro, "o Conselho de Estado já tem anulado atos com base nessa teoria, em matéria de apreciação do mérito do funcionário em uma promoção, de aptidão profissional, de fixação do valor de uma tarifa parafiscal e, inclusive, em matéria de sanção disciplinar, em que o colegiado já decidiu ter sido a pena escolhida excessiva em relação à infração praticada". (DI PIETRO, 2005, p. 110.)

²²⁵ BONNARD *apud* SOUSA 1994, p. 67.

- faz aplicação de conceitos indeterminados;
6. Enorme influência das decisões do Conselho de Estado sobre a doutrina;
 7. Papel central reconhecido ao maleável ‘erro manifesto’ e ao ‘*bilan coût avantages*’²²⁶ no controle da discricionariedade administrativa, especialmente no controle da qualificação jurídica dos fatos. (SOUZA, 1994, p. 72.)

4.3.1.3 Direito Italiano

A discussão da matéria no Direito italiano inicia-se com a diferenciação pela doutrina dos conceitos de discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa, desenvolvida na Áustria e que também influenciou a doutrina na Espanha e em Portugal.

Massimo Severo Giannini define o poder discricionário como “o poder de apreciar, dentro de uma margem determinada, a oportunidade de soluções possíveis a respeito da norma administrativa a ser aplicada”²²⁷.

Nesses termos, cabe à autoridade administrativa agir, levando em consideração o interesse público consagrado pela norma, havendo critérios para valorar os interesses percebidos na esfera social. Conclui-se que o poder discricionário seria, então, a ponderação comparativa de muitos interesses secundários em relação a um interesse primário.

Para Giannini (1939), a distinção entre discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa encontra-se no fato de que, na aplicação da primeira, o espaço de liberdade da decisão do agente se vincula a um arcabouço de regras técnicas, a uma valoração científica, ao contrário da segunda, pautada por uma valoração política, pautada na busca pelo interesse público. No entanto, mostra-se ainda presente a problemática envolvendo a identificação de quais são de fato as ciências determinadas como técnicas, caracterizadas por apresentarem uma única solução tecnicamente aceitável frente a situações juridicamente relevantes²²⁸.

Maior clareza e desenvolvimento sobre a matéria trouxe Renato Alessi (1960). O autor conceitua discricionariedade como a margem de apreciação do interesse público concreto, sendo sua atuação na seara administrativa manifestada de dois modos diferentes: pela utilização de critérios administrativos, como na expedição de vistos de entrada ou na concessão de porte de armas – em que há **discricionariedade administrativa** – ou de

²²⁶ Técnica de contabilização de custos e benefícios, introduzida na discussão jurídica francesa por meio do Aresto Ville Nouvelle Est, de 28/05/1971, assim resumida no voto do relator: “uma operação não poderá ser declarada legalmente como de utilidade pública se as limitações para a propriedade privada e o custo financeiro e os eventuais inconvenientes que dela resultarem forem excessivos em face do interesse que ela persegue”. (MORAES, 2004.)

²²⁷ “[...] il potere di apprezzare in un margine determinato l’opportunità di soluzione possibili rispetto allá norma amministrativa da attuare.” (GIANNINI, 1939, tradução nossa.)

²²⁸ Diante dessa discussão, o autor exclui do âmbito técnico ciências humanas como a sociologia, a psicologia e a antropologia, que, embora embasadas em regras técnicas, são capazes de indicar mais de um desenlace possível diante da observação de um acontecimento.

critérios técnicos bem definidos, como a demolição de um prédio que ameaça desabar ou o fechamento de um local insalubre – caracterizada a **discricionariedade técnica**. Conclui o autor que essas duas expressões são inconciliáveis, pois, quando a questão for meramente técnica (sic), não restará liberdade alguma para o agente administrativo, uma vez que os critérios oferecidos mostrar-se-ão suficientes para que o vínculo se mostre configurado. Entretanto, considera-se que, em dadas hipóteses, a Administração poderá valer-se de decisões técnicas como ponto de partida para a tomada de decisões administrativas. Nesses casos, nota-se a formação de nova espécie de discricionariedade, cunhada pelo autor como ‘discricionariedade técnico-administrativa’²²⁹.

Em relação à problemática envolvendo os conceitos jurídicos indeterminados, Renato Alessi (1970) traça os modos de indicação do interesse público, dividindo-os em precisos e imprecisos. Os primeiros encontram-se presentes quando a lei utiliza critérios que impossibilitam ao agente valorar ou apreciar dada situação, como, por exemplo, a idade, a ocorrência de uma data pré-determinada e a detenção de um título específico.

Já o interesse público indicado de maneira imprecisa remete ao administrador certa margem de apreciação, traduzindo-se em espaço de atuação discricionária, ocorrendo das seguintes formas: (a) indicação precisa das condições de fato, porém, deixando ao administrador – após a identificação das condições de fato – a função de verificar a oportunidade da edição do ato, a partir daquelas condições, para fins de atender ao interesse público; (b) indicação das condições de fato que em parte são precisas, podendo ser verificadas por ‘acertamento’, e em parte, imprecisas, exigindo uma apreciação valorativa da medida em que subsistem, ou seja, se as condições subsistem em maior ou menor grau, como se pode verificar das situações ensejadas a partir de termos e expressões como ‘pobreza’, ‘velhice’, ‘estado de necessidade’, ‘boa conduta’, ‘rendimento insuficiente’; (c) indicação da particular natureza do interesse público a ser perseguido, ensejando valoração: ‘interesse sanitário’, ‘cultural’, ‘estético’, ‘econômico’, ‘bom costume’, entre outros; e (d) indicação implícita do interesse público. Ocorre que, muitas vezes, a norma é omissa quanto ao interesse a perseguir. No entanto, considerando a *finalità naturale* da atividade administrativa, deve o Administrador perseguir o interesse público e eleger sua natureza por meio de seus próprios

²²⁹ A exemplo do ato administrativo que impõe a demolição de um edifício com risco de desabamento. O Poder Público deve valer-se de relatórios técnicos que comprovem o perigo de o prédio ruir; no entanto, a decisão que determina sua demolição é tomada mediante critérios de conveniência, considerando o local em que ele se situa e o perigo que corre a população. **É de se perguntar: existe questão ‘meramente técnica’? A desconstrução desse mito será estruturada em momento posterior deste trabalho.**

critérios, revelando também a natureza valorativa dessa eleição²³⁰.

Na atualidade, percebe-se o debate estimulado por Lorenzo quanto à discricionariedade técnica. Ressalta o autor a existência de decisões puramente administrativas, presente o momento volitivo e a concretização de uma verdadeira escolha, e outras puramente técnicas, em que se verifica presente um momento cognitivo-valorativo, traduzido como um momento fundado na cognição e na aplicação de disciplinas técnicas especializadas de diversos setores do conhecimento humano, sem que a decisão possa revelar que o administrador tenha feito uma escolha (LORENZO apud FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 60), na esteira do entendimento de Renato Alessi. Porém inova, ao trazer à tona a existência de uma terceira modalidade de decisões: as inferidas por meio de uma discricionariedade considerada mista ou complexa²³¹.

Por fim, considera Lorenzo Ieva, citado por Filgueras Júnior (2007), que, devido à transparência e imparcialidade do agente, a utilização da discricionariedade técnica pelo Estado é mais benéfica, por serem as decisões mais rigorosas e gerais, ao contrário da discricionariedade administrativa, caracterizada firmemente por decisões volitivas, de cunho político.

No âmbito jurisprudencial, percebe-se a tendência de o Poder Judiciário se declarar competente não apenas para examinar os pressupostos formais dos atos administrativos não vinculados, mas também para adentrar na análise da escolha dos critérios técnicos e procedimentos realizados pela Administração. Tal tese vem ganhando força nos tribunais italianos a partir da expedição da Lei Federal nº 205/2000²³², conforme salientado por Vincenzo Cerulli Irelli (2002), que aponta diversos julgados para corroborar a referida afirmação²³³.

²³⁰ ALESSI apud FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 59, tradução do autor.

²³¹ Consideradas aquelas em que se faz necessária a atuação volitiva do agente após ser proferida uma decisão de cunho eminentemente técnico. Tal discussão é baseada nos conceitos apresentados na doutrina de Renato Alessi, que relaciona a absorção de questões técnicas para a tomada de decisões de cunho administrativo.

²³² Promulgada em 21 de julho de 2000, permite o controle da discricionariedade técnica da Administração Pública pelo juízo administrativo, autorizado desde então a adentrar no mérito da decisão e impugnar o ato, quando constatadas irregularidades.

²³³ Cons. St., IV, 9.4.1999 nº610; cfr. Anche, IV, 10.2.2000 nº 715; TAR Puglia, Lecce, I, 28.9.2001 nº 5607; TAR Lazio, I, 5.12.2000 nº 11068 (IRELLI, 2002).

4.3.1.4 *Direito Espanhol*

Embora mais recente²³⁴, a discussão a respeito do tratamento jurídico dado aos conceitos indeterminados na Espanha afigura-se deveras relevante, a partir do robusto edifício teórico produzido por autores como Eduardo Garcia de Enterría – em conjunto com Ramón Fernandez (1988) – e Fernando Sainz Moreno (1976).

Nitidamente influenciados pela doutrina jurídico-administrativa alemã, Garcia de Enterría e Fernandez (1988) distinguem os conceitos presentes na lei de acordo com sua possibilidade de determinação²³⁵, **afastando por completo a ação discricionária da seara administrativa**. Definem discricionariedade como uma liberdade conferida ao agente de escolher entre alternativas igualmente justas, baseadas em critérios que não se encontram no campo jurídico – como juízos pessoais de âmbito políticos, econômicos e de oportunidade²³⁶. (GARCIA DE ENTERRÍA; FERNANDEZ, 1988, p. 458, tradução nossa.).

De outro lado, ressaltam que a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados se apresenta como uma hipótese de aplicação da lei em que se cuida de subsumir em uma categoria legal determinadas situações reais, sendo, portanto, ligada permanentemente ao princípio da legalidade²³⁷. Embora seja admitida a indeterminação *in abstracto* – pela possibilidade de existir mais de uma inteligência que possa merecer a qualificação para ser subsumida ao conceito –, compete ao agente, na aplicação frente à concretude dos fatos, realizar um exercício de interpretação para encontrar a melhor solução a ser tomada. Desse

²³⁴ Pela publicação em 1962 de um artigo na 38ª edição da Revista de Administración Pública por Eduardo de Enterría, intitulado “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo; discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos”.

²³⁵ Os autores seguem a doutrina desenvolvida no Direito alemão para afirmarem a existência de dois tipos de conceitos: os determinados, em que há uma delimitação inequívoca do âmbito de realidade à qual se reportam, e os indeterminados, conceitos de experiência ou de valor, cuja característica primordial é a de se referirem a situações cujo limite não se encontra bem delimitado pelo enunciado da lei. Defendem que a estrutura do conceito indeterminado é composta por um núcleo fixo, em que há dados prévios e seguros, denominado “zona de certeza”, e uma “zona de incerteza”, ou “halo”, prevista neste ponto como uma “zona de certeza negativa”.

²³⁶ Seguem, ainda, os autores: “essa solução única justa a que nos referimos não significa que somente exista uma única conduta capaz de merecer, entre todas possíveis, a qualificação apontada pelo conceito. O que se quer dizer exatamente é que a conduta específica que está sendo avaliada foi ou não praticada de boa-fé, o que remete a uma apreciação de juízos disjuntivos, na formulação alemã, visto que não pode ser as duas coisas ao mesmo tempo”. No original: “esa ‘unidad de solución justa’ a la que nos referimos no significa que haya sola y única conducta capaz de merecer, entre todas las posibles, la calificación a la que lo concepto apunta. Lo que quiere decir exactamente es que em un caso dado la concreta conducta objeto de enjuiciamiento o es de buena fe o no lo es, lo que remite a una ‘apreciación por juicios disyuntivos’, em la expressiva fórmula alemana, ya que no puede ser las dos cosas al mismo tiempo, como es evidente”.

²³⁷ Entendida pelos autores como vinculação positiva, de forma que as esferas da administração só podem fazer o que é permitido. Configuram-se como elementos dessa vinculação: a existência do poder, sua extensão, competência e fim.

modo, a atribuição de decisões volitivas pela Administração frente a estes conceitos²³⁸ deverá dar-se obrigatoriamente de forma vinculada, possuindo o Poder Judiciário total autonomia na análise e revisão desses atos²³⁹.

Cabe frisar que a orientação exposta pelos autores supracitados prevalece de forma majoritária na jurisprudência dos tribunais espanhóis até a atualidade, conforme demonstrado por Garcia de Enterría (1974) em seu manual e em julgados mais recentes proferidos sobre o tema²⁴⁰.

Ressalta-se que tal posicionamento influenciou substancialmente a construção doutrinária e jurisprudencial desse ramo do Direito Público nos países hispânicos da América Latina, com destaque, na Argentina, para Agustín Gordillo (1998) e Juan Carlos Cassagne (2002).

4.3.1.5 Direito Português

O estudo dos conceitos jurídicos plurissignificativos e sua relação com a discricionariedade no âmbito da Administração Pública se mostra em bastante evidência no Direito Público português, devido à riqueza dos trabalhos produzidos por Afonso Rodrigues Queiró e, na contemporaneidade, por António Francisco de Sousa.

No trabalho *Reflexões sobre a teoria do desvio do poder em Direito Administrativo*, publicado no ano de 1942²⁴¹, Queiró afirma a existência de discricionariedade²⁴² quando o órgão legislativo utiliza na norma conceitos jurídicos indeterminados, mais especificamente os denominados ‘conceitos de valor’. Isso porque, influenciado pela doutrina de Alessi, que distingue os conceitos em precisos e imprecisos, Afonso Queiró traz à tona a distinção dos fatos ou situações que a lei pretenda alcançar em pertencentes ao **mundo da natureza (da causalidade)** ou **da cultura (do valor)**. Afirma que esses últimos apresentam várias significações possíveis, que variam de acordo com o intérprete, não sendo fixadas por um

²³⁸ Como, por exemplo, os de urgência, preço justo, calamidade, medidas adequadas, necessidade pública, interesse público.

²³⁹ Prevalece em favor da Administração uma presunção *juris tantum*, que poderá ser destruída pelo Judiciário, se demonstrado que o poder foi utilizado de maneira desarrazoada frente ao caso concreto. (GARCIA DE ENTERRÍA; FERNANDEZ, 1988.)

²⁴⁰ ESPANHA. TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CONTENCIOSO. Recurso Contencioso Administrativo nº 124/2007; ESPANHA. TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CONTENCIOSO. Recurso Casación nº 6404/2005; ESPANHA. TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CONTENCIOSO. Recurso Casación nº 146/2006; ESPANHA. TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CONTENCIOSO. Recurso Casación nº 4772/2006; ESPANHA. TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CONTENCIOSO. Recurso Casación nº 3000/2007.

²⁴¹ Publicado pela primeira vez no Brasil nos volumes VI e VII da Revista de Direito Administrativo, sob o título “A teoria do desvio do poder em Direito Administrativo”, em 1946, e republicado com o posicionamento original sobre alguns pontos, como o conceito de discricionariedade, no mesmo periódico, em 1969.

²⁴² Definida pelo doutrinador português Afonso Queiró como “uma faculdade de escolher uma entre as várias significações contidas num conceito normativo prático, relativo às condições de fato do agir administrativo – escolha feita sempre dentro dos limites da lei.” (QUEIRÓ, 1946, p. 60-61.)

processo empírico-matemático. Delineia o autor que a existência de conceitos jurídicos plurissignificativos em determinada norma jurídica pressupõe-se um duplo agir por parte do administrador público: primeiramente desenvolve uma atividade interpretativa para, em seguida, agir, ainda que de forma mais ou menos restrita, discricionariamente, uma vez que o Direito sempre vai comportar juízos valorativos (subjettivos). Nesse sentido, consoante com o jurista português (1969):

Esse móvel pode ser maior ou menor conforme o caso. Na primeira fase, o atuar do administrador compreende a hermenêutica administrativa, interpretação da norma jurídica. Na segunda, prevalece a discricionariedade, faculdade de escolha segundo a conveniência. Esta, livre e incontrolável. Aquela, vinculada e controlável pelo Judiciário. (QUEIRÓ, 1969, p. 55-56.)

Dentre os autores de uma geração mais recente que se debruçam sobre o tema, Antônio Francisco de Sousa (1994) apresenta um posicionamento restritivo em face da existência de atividade discricionária nos conceitos jurídicos indeterminados, de forma bem sintetizada:

[...] a discricionariedade só existe no campo dos efeitos de direito e com expressa vontade do Legislador; seja através de “cláusulas discricionárias” (expressa, por exemplo, através de expressões como “pode”, “está autorizada”, etc.) ou de qualquer outro modo. Se a lei atribui ou não um poder discricionário à Administração, resulta, e só pode resultar, da vontade da lei, como unidade, e não de conceitos individuais, mesmo que se trate das chamadas “cláusulas discricionárias”, como “pode” ou “está autorizada”. A interpretação da lei quanto a saber se esta atribui ou não um poder discricionário, cai, como questão de direito que é, sob o controle jurisdiccional. Conceitos individualizados, desprendidos das leis em que se inserem, por mais indeterminados que sejam, não chegam para concluir pela existência ou não de poderes discricionários. (SOUSA, 1994, p. 328-329.)

Vale destacar igualmente o posicionamento esposado por Marcelo Caetano, citado por Sicca (2006), para quem não existem atos discricionários no âmbito da Administração, e, sim, elementos nos quais se confere liberdade ao administrador²⁴³. Para ele, a discricionariedade surgirá no limite da interpretação que considere o sentido literal e a finalidade da norma.

4.3.2 O debate na doutrina tradicional brasileira

Com o intuito de nivelar o debate, é importante deixar claro que, no Brasil, duas correntes principais, numa abordagem tradicional ou clássica, se debruçam sobre o tema da

²⁴³ SICCA, Gerson dos Santos. **Discricionariedade Administrativa**: conceitos indeterminados e aplicação. Curitiba: Juruá, 2006. p. 89.

correlação entre a discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados: a primeira delas entende que ao se deparar com conceitos plurissignificativos, deve o administrador exercer um trabalho hermenêutico, de interpretação, em uma atividade de inteligência que busque extrair o sentido daqueles termos em face das situações de aplicação²⁴⁴; ao passo que a outra adota o posicionamento de que na presença de um conceito jurídico fluido ou plurissignificativo é dado ao agente público um ato de volição (escolha) – portanto, de discricionariedade – desde que sejam admitidas soluções alternativas, como nos casos dos chamados ‘conceitos de valor’, que pressupõem uma atitude valorativa do administrador (juízo de valor), em face das opções que se lhe apresentam na situação de fato²⁴⁵.

Nesse cenário, na linha defendida pela segunda corrente, vale dizer que a vetusta e tradicionalíssima doutrina administrativista brasileira, principalmente de matriz paulista, integra, de forma clara, discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados.

Nesses termos, em trabalho largamente difundido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2008b), apresenta diversas situações em que se afiguraria possível a existência de uma esfera discricionária e, dentro desse modelo, expõe com clareza como se dá sua vinculação com os conceitos indeterminados. Para o autor, em síntese, podem ocorrer situações em que a norma jurídica não consiga delimitar de forma precisa a situação de fato que ‘case’ com a hipótese normativa, em especial pela **existência na norma de conceitos imprecisos, fluidos ou ‘elásticos’**. Pode, ainda, haver situações em que a norma explicitamente autorize o administrador a definir quando, como e de que forma o ato será praticado ou, ainda, que lhe assegure duas ou mais alternativas possíveis. Assim, em resumo, expõe o autor que a

²⁴⁴ Nessa linha de entendimento, vale menção ao magistério de Eros Roberto Grau (1988). Para o autor, como a abordagem da discricionariedade pelo administrador público não comporta um juízo de legalidade, mas, sim, de oportunidade (distinção qualitativa), seria então possível que seu exercício se desse ‘à margem da legalidade’, com desdobramentos que podem significar lesão a direitos. Para tanto, cita-se o exemplo de um concurso público no qual hipoteticamente o atendimento da finalidade, a partir do conceito indeterminado ‘seleção dos **melhores** candidatos’, fosse deixado a cargo da banca examinadora do certame. Nesse caso, o juízo de oportunidade de seus membros poderia se dar com base em critérios pessoais, subjetivos, o que iria de encontro ao fim estatuído no comando normativo.

²⁴⁵ Em linhas gerais, pode-se ainda falar em uma terceira corrente na doutrina brasileira como aquela defendida por Regina Helena Costa (1988). A autora, com base na já mencionada distinção entre conceitos descritivos, empíricos ou de experiência e conceitos de valor, admite a possibilidade de um agir discricionário do agente, no caso de conceitos de valor, mas, com uma pequena nuance, na medida em que combina um processo intelectual da norma (interpretação) e, subsidiariamente, caso ainda reste alguma zona cinzenta depois dessa atividade, a discricionariedade. Para Faria (2011b, p. 195): “Essa posição é compatível, em parte, com a de Afonso Queiró. Para esses autores, o administrador, ante os conceitos jurídicos vagos, procura reduzir-lhes o núcleo, mediante processo interpretativo. Esgotado esse procedimento, restando ainda campo obscuro, o intérprete se valerá de sua intuição subjetiva, para evidenciar e esclarecer a parte não clara. A primeira parte é vinculada, a segunda é discricionária. Apesar da convergência de pensamentos de Regina Helena Costa (1988) e Afonso Rodrigues Queiró há um ponto sobre o qual divergem. **Para a primeira, a discricionariedade é admissível nos conceitos indeterminados, mas não é necessariamente obrigatória. Para o segundo, a discricionariedade está sempre presente, no arremate da nucleação do conceito incerto.**” (COSTA 1988, grifo nosso.)

discrecionalidade pode decorrer (2008b, p. 19):

I) Da hipótese da norma, isto é, do modo impreciso com que a lei haja descrito a situação fática (motivo), isto é, o acontecimento do mundo empírico que fará deflagrar o comando da norma, ou da omissão em descrevê-lo.

II) Do comando da norma, quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de conduta, seja (a) quanto a expedir ou não expedir o ato, seja (b) por caber-lhe apreciar a oportunidade adequada para tanto, seja (c) por lhe conferir liberdade jurídica quanto à forma que revestirá o ato, seja (d) por lhe haver sido atribuída competência para resolver sobre qual será a medida mais satisfatória perante as circunstâncias.

III) Da finalidade da norma. É que a finalidade aponta para valores, e as palavras (que nada mais são além de rótulos que recobrem as realidades pensadas, ou seja, vozes designativas de conceitos), ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos *plurissignificativos* (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos ou indeterminados), (como ‘salubridade pública’, ‘higiene pública’, etc.). (MELLO, 2008b, p. 19).

Em face das causas determinantes de um agir discrecional acima listadas, Bandeira de Mello (2008) conclui que, em verdade, a manifestação ou localização da discrecionalidade se dá no elemento ‘conteúdo’ – para quem faz essa diferenciação – ou objeto do ato administrativo, pois é exatamente no momento, no instante da prática do ato, “na providência adotada é que realmente se traduz a discreção”. (MELLO, 2008b, p. 21.)

Na mesma linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende a possibilidade da estreita ligação entre discrecionalidade e conceitos jurídicos indeterminados, diferindo de Bandeira de Melo quanto à localização da discrecionalidade. Para o primeiro, a discreção se apresenta no elemento conteúdo (objeto), enquanto a professora Maria Sylvia aponta sua ocorrência nos elementos motivo e conteúdo (objeto). Ora, se coexistem no ordenamento jurídico duas ou mais enunciações idôneas para se atingir o fim almejado, configura-se a faculdade de escolha atribuível ao administrador para a prática do ato. Por outro lado, segundo Di Pietro (2009), a discrecionalidade em relação ao motivo ocorre quando:

1. A lei não o definir, deixando-o ao inteiro critério da Administração; é o caso que ocorre na exoneração ex officio do funcionário nomeado para cargo de provimento em comissão (exoneração ad nutum); não há qualquer motivo previsto na lei para justificar a prática do ato.

2. A lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos, que deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa; é o que ocorre quando a lei manda punir o servidor que praticar ‘falta grave’ ou ‘procedimento irregular’, sem definir em que consistem; ou quando a lei prevê o tombamento de bem que tenha valor artístico ou cultural, também sem estabelecer critérios objetivos que permitam o enquadramento do bem nesses conceitos. (DI PIETRO, 2009, p. 204.)

Compreendida a sistemática dessa corrente doutrinária, é importante apontar que boa parte dos mais recentes estudos na doutrina brasileira trata de diferenciar os dois institutos, conferindo-lhes feições distintas. O doutrinador José dos Santos Carvalho Filho (2009) busca um critério distintivo estrutural, ou seja, defende que a cisão entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados se dá no plano do arcabouço constitutivo da norma. Nesse aspecto, afirma Carvalho Filho (2009, p. 51):

A razão pela qual têm sido confundidos os institutos decorre da circunstância de que ambos se enquadram na atividade não vinculada da Administração, uma vez que neles a norma não exhibe padrões objetivos de atuação. Mas, enquanto o conceito jurídico indeterminado situa-se no plano de previsão da norma (antecedente), porque a lei já estabelece os efeitos que devem emanar do fato correspondente ao pressuposto nela contido, a discricionariedade aloja-se na estatuição da norma (consequente), visto que o legislador deixa ao órgão administrativo o poder de ele mesmo configurar esses efeitos. Nesta, portanto, o processo de escolha tem maior amplitude do que o ocorrente naquele. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 51.)

Entretanto, essa lógica defendida pelo autor fluminense é criticada pela doutrina nacional, com exemplos em Dinorá Grotti (1998/1999), Regina Helena da Costa (1988) e Onaldo Franco Janotti (1982)²⁴⁶, que defendem a possibilidade de localizarmos conceitos plurissignificativos em qualquer dos elementos da estrutura da norma jurídica, e mesmo na consequência jurídica da norma. Para tanto, citam como fundamento a doutrina de Karl Engisch (1988), e exemplificando com o § 231 do Código de Processo Penal alemão²⁴⁷, apontam a possibilidade de encontrarmos situações de indeterminação não só na chamada ‘hipótese’ da norma jurídica, mas também na ‘estatuição’²⁴⁸.

Assim, a distinção no plano doutrinário passa a ser delineada a partir de um critério qualitativo, em que as atividades do administrador, em um ou outro caso, têm contornos bem distintos. Dessa forma, se na abordagem da discricionariedade o foco é em uma faculdade de escolha do agente público, naquela dos conceitos jurídicos indeterminados há uma atividade intelectual ou cognitiva, ou seja, a abordagem é hermenêutica.

Para esclarecer melhor o tema, vale menção ao trabalho de Luciano Ferreira Leite (2006). Nesse particular, o autor afirma que a interpretação se faz necessária e indispensável pela própria estrutura generalista e abstrata das normas legais e se diferencia da

²⁴⁶ O autor exemplifica com uma lei que determinasse a concessão anual de prêmios a funcionários que preenchessem determinadas condições, sem, entretanto, especificar em que consistiria a premiação. Neste caso, haveria, sem dúvida, discricionariedade na fixação dos prêmios, embora o pressuposto estivesse rigidamente determinado e não houvesse liberdade de conceder, ou não, o prêmio. (JANOTTI, 1982.)

²⁴⁷ “O juiz-presidente pode tomar, relativamente ao acusado que compareceu em juízo, “as medidas apropriadas” a evitar que ele se afaste para longe.” Conforme tradução da língua alemã para o português utilizada na obra.

²⁴⁸ Para outro exemplo na legislação brasileira, remete-se o leitor ao item 3.3.5.4, Indeterminação e estrutura da norma jurídica.

discrecionalidade, que, por outro lado, não se encontra admitida em nenhuma das partes constitutivas da lei – hipótese ou estatuição. Como preleciona o autor:

Caracteriza-se a interpretação, indubitavelmente, por uma atividade cognoscitiva – volitiva por parte do órgão aplicador que busca o significado das normas legais bem como seus propósitos; a discrecionalidade, de sua parte, decorrente de atuação optativa, implica, a toda evidência, procedimentos caracterizados por juízo subjetivo a cargo das autoridades administrativas; tem lugar, conforme visto, na específica hipótese de inexistir prefixação de modo e fins imediatos na norma legal, indicadores do iter a ser adotado. (LEITE, 2006, p. 85.)

Portanto, embora conferido a ambos os processos cognitivos um espaço subjetivo de intelecção, a distinção aqui indicada se encontra precipuamente no destaque dado à **intenção volitiva** do agente que detém o poder discrecional, caracterizado pelo exercício de atividade típica de criação de direito (sic), adotando critérios de oportunidade e conveniência na solução do caso concreto de acordo com os ditames da lei. Tal característica não se encontra presente na interpretação, que, conforme citado por Emilio Betti, “permanece sempre vinculada e subordinada à linha de coerência lógica, que se demonstra imanente na ordem jurídica considerada na sua totalidade orgânica. A atividade interpretativa é explicativa de valorações já explícitas”. (BETTI; AZZARITI apud DI PIETRO, 2005, p. 123.).

Nesse cenário, em verdade, existem duas agudas críticas que podem ser dirigidas a esse critério distintivo da interpretação e da discrecionalidade: a primeira aparece cristalina nos dizeres de Andreas Krell (2004, p. 34), ao afirmar que, sob essa perspectiva, “parece extremamente difícil – e provavelmente impossível – fixar critérios para definir-se onde termina o trabalho de interpretação e começa a discrecionalidade”. A outra tem correlação com as próprias limitações do ato discrecional. Para não alongar a discussão neste momento, vale mencionar a ‘miraculosa’ solução defendida por toda a doutrina nacional, como expõe Regina Helena Costa (1988, p. 29), de que o parâmetro para a atuação discrecional se encontra no respeito ao princípio da razoabilidade e na proporcionalidade²⁴⁹ entre a ação e a solução encontrada (sic).

²⁴⁹ Interessante é que ‘razoabilidade’ e ‘proporcionalidade’ são termos tratados por boa parte da doutrina como se fossem sinônimos em tudo, desconsiderando-se que suas respectivas gêneses lhes conferem contornos distintos. Enquanto a razoabilidade deita raízes nos países do *common law* – aqui, no caso específico, na Inglaterra –, a proporcionalidade, como critério de decisão, é uma construção alemã, com especial destaque conferido à sistematização de Robert Alexy. Para uma visão mais completa do assunto, sugere-se Ferraz (2009).

4.3.3 Abordagem jurisprudencial do tema

Neste tópico, buscar-se-á apresentar um panorama básico de como a problemática envolvendo os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade no âmbito da Administração Pública é atualmente discutida em diferentes cortes superiores, com enfoque aos julgados proferidos na vigência da Constituição da República de 1988.

Com essas considerações, vale dizer que a jurisprudência pátria, seguindo a tendência dos tribunais estrangeiros, caminha no sentido de uma crescente imposição de limites ao espectro de atuação discricionária dos agentes públicos, enquanto confere ao Poder Judiciário a prerrogativa de investigar se há ou não correlação lógica entre os suportes materiais do ato e o conteúdo idôneo para o atendimento dos fins que a lei elegeu como objeto de persecução em cada caso (MELLO, 2008a, p. 975). Nesse particular, é preciso apontar ainda que o posicionamento dos tribunais brasileiros tem passado por mudanças em relação ao tratamento dado aos conceitos jurídicos determinados como fonte de discricionariedade administrativa.

Tradicionalmente, a atuação judicial sobre a matéria mostrava-se mais restrita, inspirada pela teoria francesa do **desvio de poder**²⁵⁰, por meio de declarações de nulidade de atos administrativos produzidos em divergência ao disposto pela legislação²⁵¹, e nesse sentido, portanto, sem adentrar na margem de liberdade conferida ao administrador público na prática do ato. Em diversos julgados datados do início da década de 1990 conferia-se ao agente público o poder de emitir juízo de conveniência próprio, quando deparava com situações em que a aplicação da lei ao caso concreto estava sujeito à interpretação de conceitos jurídicos indeterminados. Nesse sentido, citam-se julgados relativamente recentes no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁵², de Minas Gerais²⁵³ e do Rio de

²⁵⁰ Georges Vedel e Pierre Devolvé (*Droit Administratif*, 1984, p. 774) apresentam como aspectos necessários para que o Judiciário analise um recurso por excesso de poder: (1) verificar se o ato foi realizado por autoridade competente segundo a forma prescrita (regularidade formal); (2) verificar se houve conformidade entre o conteúdo do ato e o direito (regularidade material), sob os aspectos (a) objetivo – se o conteúdo do ato, independentemente da intenção do autor, está conforme o direito; (b) subjetivo – se o autor do ato perseguiu o fim que a lei atribui aos atos dessa categoria (desvio de poder). (DI PIETRO, 2007, p. 95-96.)

²⁵¹ Edilson Farias, em sua obra, apresenta dois exemplos clássicos de controle na aplicação da teoria do desvio de poder: (a) a remoção de funcionários públicos para outras localidades como forma de punição e (b) a fixação de horários de linhas de ônibus, a fim de beneficiar determinada empresa (FARIAS, 1994, p.163 e seguintes).

²⁵² Exaltam-se aqui alguns dos julgados proferidos pelo Desembargador Magalhães Coelho, que, por diversas vezes, amparado na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, pugnou pela existência de discricionariedade nos casos em que a lei prescreve mais de uma opção inteligível para a resolução de um fato (BRASIL, *Apelação Cível* nº 155.004-5/3-00. *Acórdão* nº 00281074, 2000c); (BRASIL, *Apelação Cível* nº 172.002-5/9-00. *Acórdão* nº 00271300, 2000d); (BRASIL, *Ação Civil Pública. Agravo de Instrumento* nº 187.909.5/2,2000e).

²⁵³ MINAS GERAIS, *Mandado de Segurança* nº 1.0024.06.255754-1/003, 2010; MINAS GERAIS, *Apelação Cível* nº 1.0194.03.031452-1/004, 2006.

Janeiro²⁵⁴. A título de ilustração, observa-se ementa do voto de relatoria do Desembargador Laerson Mauro, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, em sede de Embargos Infringentes de Apelação Cível, aborda com esmero a matéria, vazada nos seguintes termos:

AÇÃO POPULAR - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO - MEMBRO DO TRIBUNAL DE CONTAS - NOMEAÇÃO - QUESTÃO INTERNA CORPORIS - Ação popular e ação civil pública. Nomeação de membros do Tribunal de Contas em vaga de Assembléia Legislativa, no âmbito do estado do Rio de Janeiro. Ato administrativo de natureza complexa, tanto que sua interação exige a participação do chefe do Executivo e a escolha pelo Legislativo, dois poderes do Estado, os quais, juntamente com o judiciário, devem atuar no modo independente e harmônico entre si (CF, art. 2º). **Privativa do Poder Legislativo, a escolha é um ato político e, portanto, discricionário, nada obstante a sua vinculação às diretrizes do §1º do art. 128 da Constituição Estadual, corolário da simetria imposta pelo art. 75 da Carta Magna. Idoneidade moral e reputação ilibada, dois dos requisitos exigidos para a escolha e a nomeação do Conselheiro do Tribunal de Contas. Expressões de conceito indeterminado cuja valoração pertence exclusivamente ao legislativo, em relação ao preenchimento das vagas que lhe são constitucionalmente destinadas. Vale dizer, os critérios para aferição da idoneidade moral e reputação ilibada, *in casu*, são políticos e pertencem privativamente à Assembleia, apresentando conotação subjetiva. Trata-se de atuação interna corporis. Logo, por serem critérios políticos, subjetivos e privativos da Assembleia, são, por lógica e técnica, conceptualmente discricionários, insusceptíveis, dessarte, ao controle do Poder Judiciário, pena que quebra daquele postulado insculpido no art. 3º da Carta da República. Inconcebível que o judiciário substitua, na escolha, os critérios políticos do legislativo pelos seus, sabidamente técnicos.** Muito menos por aqueles que envolvam apenas o subjetivismo do magistrado, às vezes emanam de sua formação filosófica e cultural. Embora uma conquista da evolução do Direito Público, a ideia da ampliação do controle jurisdicional do ato administrativo, sob cuja égide se costuma apregoar sempre o dever de anular-se o praticado de forma ilegal ou atentatório à moralidade administrativa, não pode alçar-se ao ponto de justificar e estimular, aos eflúvios de multifários argumentos e critérios empíricos, não raro impregnados de subjetivismo e preconceitos, a intromissão do poder judicial na atuação dos demais poderes. **O judiciário precisa conservar-se no seu papel institucional de guardião dos direitos, segurança única de preservação do Estado de Direito, como MARSCHALL já alardeava. Donde competir-lhe, tão-somente, o exame dos aspectos jurídicos do ato administrativo ou legislativo, nunca o seu mérito.** Na espécie-escolha do Conselheiro para o Tribunal de Contas do Estado em vaga pertencente à Assembleia, ao judiciário só seria legítimo anular, não o ato de nomeação, mas, antes, o de escolha (não se olvidar que a vaga é da Assembleia, sendo privativa, *interna corporis*, a indicação), se o escolhido fosse, inequivocadamente, um elemento de conduta social reprovável e desprovido de condições morais para o exercício do cargo, isto tudo comprovando-se por situações concretas e objetivas, V.G. condenações criminais infamantes anteriores à indicação, ou não por campanhas sensacionalistas veiculadas por jornais, baseadas em acusações de cunho notoriamente político-partidário e de adversários e defasados pessoais. A condenação criminal, em certos casos, em sendo posterior à nomeação do conselheiro, pode acarretar-lhe a perda do cargo, não a nulidade da nomeação. O controle judicial não abrange os atos pelos quais os demais poderes desempenham em suas funções próprias e típicas, que são funções políticas, nesse passo convindo lembrar PEDRO LESSA: “poder meramente político é um poder discricionário”, corolário de postulado da interdependência dos poderes, as competências e

²⁵⁴ BRASIL, Embargos Infringentes da Apelação Cível nº 11/98. Rel. Des. Laerson Mauro, 1998c.

atribuições próprias de cada um baseiam-se no princípio da discricção quanto ao respectivo exercício, descomportável a interferência da jurisdição nas que forem cometidas aos outros poderes. A oportuna lição de eminente constitucionalista prof. Manuel Gonçalves Ferreira Filho invocando Gomes Canotilho (fl. 365): “... E em princípio, quando a lei emprega os chamados conceitos indeterminados (‘segurança pública’, ‘ilibada reputação’, ‘notável saber’), isso corresponde a um poder discricionário. É o titular deste que há de, em face de seu juízo sobre o conceito, aplica-lo ao caso concreto. É ele quem o ‘valora’”. Também a doutrina de Maria Sylvia Zanella di Pietro (Direito Administrativo, São Paulo, ed. Atlas, 1989, p. 166): “se, para delimitação do conceito, houver necessidade de apreciação subjetiva, segundo conceitos de valor, haverá discricionariiedade.”. Em suma, “a seleção de Conselheiros para integrar o Tribunal de Contas, ainda mais quando este irá ocupar vaga que a Constituição reservou a escolha do Poder Legislativo, é ato discricionário deste. Em consequência, descabe a interferência do Poder Judiciário”. É mais: “a apreciação de ‘idoneidade moral’ e de ‘reputação ilibada’ pertence exclusivamente ao Poder Legislativo.” São afirmações acatáveis, da lavra do sobremencionado constitucionalista paulista. Julgado que se apartou dessas diretrizes, assim a merecer reversão para dar lugar ao primeiro voto vencido, que afastou a preliminar da nulidade da sentença e enfrentou no mérito as lides deduzidas, dando pela improcedência das mesmas. Provimento de ambos os embargos infringentes pelo pedido principal, prejudicados os sucessivos. (FRANCO; MARTINS, 2003).

Transcreve-se, igualmente, trecho da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Ordinário de Mandado de Segurança nº 20.975-5²⁵⁵, em que ficou decidido que a mera interpretação da lei, por si só, se mostra suficiente para conferir discricionariiedade para o agente administrativo:

[...] Resta, assim, o Estatuto dos Funcionários. E nele, estou em que o atendimento ao pedido de remoção subordina-se, sim a juízo discricionário sobre a conveniência e a oportunidade do deslocamento.

Nesse sentido, o acórdão recorrido refere o art. 18, I, do D. 53.481/64, o qual, regulamentando o art. 56 do Estatuto explicita que a remoção a pedido “far-se-á [...] atendida a conveniência do serviço”.

[...] Correto, o ensinamento de André Gonçalves Pereira, invocando no memorial do jovem e talentoso patrono da recorrente, de que “o poder discricionário não resulte da ausência de regulamentação legal de dada matéria, mas sim de uma forma possível de sua regulamentação: através da concessão de um poder, ou seja, do estabelecimento por lei de uma competência, cuja suscetibilidade de produzir efeitos jurídicos compreende a de dar validade a uma decisão, a uma escolha que decorre da vontade psicológica do agente”.

Mas daí, se resulta, é certo, como também se lê no publicista português, que “a distinção entre legalidade e discricionariiedade deve hoje ter-se por totalmente superada”, dado que é a lei que concede e estabelece a discricionariiedade” (Em Ilegalidade no Acto Administrativo, Lisboa, 1962, p. 25), não menos certo é que a existência e a extensão do poder discricionário podem decorrer de interpretação sistemática da lei, não sendo de rigor que seja criado e dimensionado por norma explicita. (BRASIL, 1989b).

²⁵⁵ BRASIL. Recurso Ordinário de Mandado de Segurança nº 20.975-5/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgado pela Primeira Turma na sessão realizada no dia 29 ago. 1989b.

Entretanto, ao longo da última década, por influência do debate trazido pelo então recém-empossado Ministro Eros Grau²⁵⁶, a Corte Constitucional brasileira paulatinamente foi formando entendimento diverso quanto ao tratamento dado à doutrina da discricionariedade administrativa e sua relação com os conceitos jurídicos indeterminados, influenciando os julgados de outros tribunais²⁵⁷. Por via oblíqua, ganhou força a corrente que determina a competência do Poder Judiciário na apreciação do mérito administrativo e sua estrita vinculação ao cumprimento das finalidades inseridas no ordenamento jurídico pátrio.

Em decisão²⁵⁸ em sede de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, a Primeira Câmara do STF deliberou, com base em voto do Ministro Eros Grau, que a discricionariedade dada ao administrador público não é entendida pela utilização de conceitos jurídicos indeterminados. Segundo o eminente julgador o agente administrativo só possui o poder de decidir entre duas ou mais opções quando a norma jurídica válida assim prescreve, e o faz por meio da formulação de juízos de oportunidade, à margem da lei – não cabendo, portanto, a interferência do Judiciário. Lado contrário, assevera o consagrado Ministro que, em todas as hipóteses em que um agente prescreve juízos de legalidade mediante interpretação ou aplicação do Direito, é devido aos tribunais o livre exercício do controle jurisdicional do mérito administrativo. *In verbis*:

EMENTA: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE.

1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, *caput*, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90.

2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. **Os atos administrativos que envolvem a aplicação de “conceitos indeterminados” estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato**, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.

3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito

²⁵⁶ Indicado pelo ex-Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva para ocupar a vaga deixada pela aposentadoria do Ministro Maurício Corrêa, foi empossado em 30 de junho de 2004.

²⁵⁷ BRASIL, Recurso Especial nº 764.085. Rel. Min. Humberto Martins, 2009f; BRASIL, Recurso Especial nº 1.114.012. Rel. Min. Denise Arruda. Primeira Turma, 2009i; BRASIL, Recurso Especial nº 879.188/RS. Rel. Min. Humberto Martins. Segunda Turma, 2009a; BRASIL, Recurso Especial nº 718.203/SP. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma, 2005.

²⁵⁸ BRASIL, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.699-9. Rel. Min. Eros Grau. Primeira Turma, 2004a. Observam-se também diversos julgados proferidos de competência do Supremo Tribunal de Justiça: BRASIL, Recurso Especial nº 813.408, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2009h; BRASIL, Mandado de Segurança nº 12.489, 2009c; e BRASIL, Recurso em Mandado de Segurança nº 15.959/MT, 2006c.

administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos.

4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão.

Recurso ordinário provido.

[...]

De mais em mais, como tenho observado (GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 191 e ss), a discricionariedade, bem ao contrário do que sustenta a doutrina mais antiga, não é consequência da utilização, nos textos normativos, de “conceitos indeterminados”. Só há efetivamente *discricionariedade* quando expressamente atribuída, pela *norma jurídica válida*, à autoridade administrativa, essa margem de decisão à margem da lei. Em outros termos: a autoridade administrativa está autorizada a atuar *discricionariamente* apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Insisto em que a *discricionariedade* resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas. Comete erro quem confunde discricionariedade e interpretação do direito.

A administração, ao praticar atos discricionários, formula juízos de oportunidade, escolhe entre indiferentes jurídicos. Aí há decisão à margem da lei, porque à lei é indiferente a escolha que o agente da Administração vier então a fazer.

Indiferentes à lei, estranhas à legalidade, não há porque o Poder Judiciário controlar essas decisões. Ao contrário, sempre que a Administração formule juízos de legalidade, interpreta/aplica o direito e, pois, seus atos hão de ser objeto de controle judicial. Esse controle, por óbvio, há de ser empreendido à luz dos princípios, em especial, embora não exclusivamente, os afirmados pelo artigo 37 da Constituição.

Daí porque essa Corte tem assiduamente recolocado nos trilhos a Administração, para que exerça o poder disciplinar de modo adequado aos preceitos constitucionais. Os poderes de Comissão Disciplinar cessam quando o ato administrativo hostilizado se distancia do quanto dispõe o art. 37 da Constituição do Brasil. (BRASIL, 2004b.)

A questão também foi abordada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, embora ainda não se encontrem definidos os exatos contornos acerca dos limites impostos à discricionariedade administrativa, que sofrem variações de acordo com as nuances encontradas no caso concreto²⁵⁹.

Entretanto, a linha que passa a ser a prevalente nos tribunais superiores pode ser bem captada na análise do julgamento do agravo regimental interposto em face do indeferimento liminar da Medida Cautelar n. 4.053, relator Ministro Paulo Medina, em acórdão publicado no

²⁵⁹ Conforme exemplificado pelos processos citados a seguir, todos eles relatados nos últimos cinco anos pelo Superior Tribunal de Justiça, conferindo, por diferentes razões, um *locus* de atuação discricionária ao administrador: AgRg nos EDcl no Agravo de Instrumento n° 1.160.369/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 23/03/2010; BRASIL, Recurso Especial n° 859.388/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 2008c; BRASIL, Recurso em Mandado de Segurança n° 15.037, Rel. Min. Maria Thereza Moura, 2008; BRASIL, Mandado de Segurança n° 12.629, Rel. Min. Felix Fischer, 2007a; BRASIL, Recurso em Mandado de Segurança n° 22.055/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 2007c.

dia 12/11/2001²⁶⁰. Naquela assentada, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pelo reconhecimento na legislação de conceitos jurídicos indeterminados, caracterizados pela fluidez e incerteza. No entanto, fundamentando sua decisão com os ensinamentos propostos por Florivaldo Dutra de Araújo (2005), o julgador remete à doutrina de García de Enterría para concluir que, **mesmo diante da indeterminação auferida pela utilização de conceitos legais, não há discricionariedade administrativa na escolha das decisões pelo agente administrativo em questão** – no caso, o presidente daquela Corte – e, sim, uma “*unidade de solução justa*”²⁶¹, manifestada como uma espécie de ato vinculado. Constata-se, igualmente, que não restou afastada a possibilidade de o Judiciário, mediante o exame das nuances materiais de cada situação, aferir a ocorrência de lesão a bens jurídicos tutelados, nos termos dispostos abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO DENEGATÓRIA DE MEDIDA CAUTELAR ORIGINÁRIA. EFEITO SUSPENSIVO ATIVO. RECURSO ESPECIAL EM PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. ANÁLISE DO CABIMENTO E PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. NÃO - CONFIGURAÇÃO DO FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. MEDIDA INDEFERIDA. AGRAVO REGIMENTAL.

1. Juízo positivo em medida cautelar só é possível quando coexistem os requisitos autorizadores da tutela, o fumus boni iuris e o periculum in mora, revelando a viabilidade do processo cautelar e a plausibilidade do direito. 2. Medida cautelar intentada para conferir efeito suspensivo “ativo” ao Recurso especial aviado na instância de origem. Possibilidade do relator proceder ao exame, ainda que perfunctório, da viabilidade do recurso, perquirindo sobre seu cabimento e ocorrência dos pressupostos específicos de admissibilidade. 3. Recurso Especial interposto contra decisão proferida em pedido de suspensão de liminar. Cabimento. O art. 4º da Lei n. 8.437/92, bem como o art. 4º da Lei n. 4.348/64, ao disciplinarem a suspensão de liminares contra o Poder Público pelos Presidentes de Tribunais, valem-se, no seu enunciado, de “conceitos jurídicos indeterminados”, o que, no entanto, não autoriza a conclusão de existência de ilimitado poder discricionário de decisão. 4. O Presidente de Tribunal, ao analisar pedido de suspensão de liminar e demais tutelas, poderá, sempre, no caso concreto, aferir se existe lesão à ordem pública, à economia pública, à saúde, ao interesse público, e, diante dessa constatação, deverá, necessariamente, suspender a medida que cause o gravame. Não se trata de exercício de juízo político ou de conveniência e oportunidade sobre suspender ou não a medida impugnada. 5. Superada a questão do cabimento do Recurso Especial, a análise dos pressupostos de admissibilidade do recurso determinam sua inviabilidade. Ausência de indicação dos dispositivos federais reputados violados. Deficiência na fundamentação, a impedir a exata compreensão da controvérsia. Incidência da Súmula 284/STF. 6. A inadmissibilidade do Recurso Especial impede o seguimento da medida cautelar intentada, por falta dos requisitos autorizadores de seu processamento. 7. O Agravo regimental não se presta à correção dos defeitos do recurso especial. O sistema recursal não contempla a

²⁶⁰ BRASIL, Agravo Regimental em medida cautelar. Processo n. 2001/0097334-9. Rel. Min. Paulo Medina. Acórdão publicado em 12 nov.2001.

²⁶¹ García de Enterría prescreve que, nas hipóteses em que o agente administrativo se encontra diante de conceitos jurídicos indeterminados, não pode agir livremente, de acordo com suas próprias convicções, devido à existência no plano da razão de apenas uma conclusão que atenda o interesse público. Nas palavras do autor, “há utilidade pública ou não há; ou se dá, com efeito, uma perturbação de ordem pública, ou não se dá; ou o preço que se assinala é justo ou não é, etc. Tertium non datur”. (GARCIA DE ENTERRÍA, 1974, p. 35.)

possibilidade de a parte após a interposição do recurso, verificando a imprestabilidade deste, vir a "emendá-lo" com o fito de sanar os vícios que o maculam. 8. Inexistência, no agravo regimental, de qualquer razão a fundamentar a necessidade da reforma da decisão recorrida. 9. Manutenção da decisão monocrática. 10. Agravo Regimental improvido.

[...]

A tese de não cabimento de Recurso Especial em pedido de suspensão de liminar funda-se, dessa forma, na existência de um âmbito de atuação do Judiciário que não estaria sujeito a qualquer controle ou possibilidade de revisão, nem mesmo em sede recursal, em virtude de suposta atribuição de competência para o exercício de juízo de conveniência e oportunidade ("mérito") para a prática do ato, a cargo do Presidente do Tribunal, subtraído o exame de legalidade, legitimidade, moralidade, razoabilidade, etc.

[...]

A previsão legal reporta-se a casos de manifesto interesse público, flagrante ilegitimidade, grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Tais conceitos são plurissignificativos, ressentindo-se de certa fluidez, de alguma incerteza. Por serem atinentes ao mundo da razão prática, da sensibilidade, não possuem, sempre e literalmente, significado objetivo ou unívoco, sendo, por isso, denominados "conceitos jurídicos indeterminados".

No entanto, se, em abstrato, esses conceitos se revestem de relativa incerteza, no caso concreto é possível aferir o único sentido possível em que podem ser tomados e, por isso, na esteira da moderna doutrina administrativista, pátria e estrangeira, a hipótese analisada é entendida como caso de vinculação (ou regulação direta) e não campo de exercício de discricionariedade.

[...]

Conclui-se, dessa forma, que o Presidente de Tribunal ao analisar pedido de suspensão de liminar e demais tutelas, poderá, sempre, no caso concreto, aferir se existe lesão à ordem pública, à economia pública, à saúde, ao interesse público, etc., e, diante dessa constatação, deverá, necessariamente, suspender a medida cautelar que cause o gravame, não podendo, ao seu exclusivo alvedrio, decidir por suspender ou não a medida impugnada. (BRASIL, 2001.)

Portanto, como se observa nos arestos colacionados, a tendência contemporânea na jurisprudência dos tribunais superiores pátrios é não vincular os conceitos jurídicos indeterminados à discricionariedade conferida aos agentes administrativos. Nesse sentido, prestigiou-se a corrente doutrinária que defende a abordagem adequada dos conceitos jurídicos indeterminados, que pressupõe o exercício de uma atividade interpretativa da norma jurídica – cujo deslinde, sob essa ótica, é a obtenção ‘vinculada’ de uma solução única –, sindicável, na sua totalidade, pelo Poder Judiciário.

Ora, com as constatações do arrazoado desenvolvido neste capítulo, evidencia-se a relevância de uma discussão aprofundada, especialmente para esta tese, dos conceitos trabalhados no âmbito do Direito, haja vista a imensa repercussão que o assunto desperta tanto na doutrina como na jurisprudência. Entretanto, é forçoso reconhecer, em verdade, que todo esse debate se assenta, infelizmente, em premissas de um paradigma superado, mas altamente hegemônico, que desconsidera os avanços do giro linguístico-pragmático, como se observará nos desdobramentos posteriores do trabalho.

4.4 Visão contemporânea da discricionariedade

A assimilação pelas diversas correntes doutrinárias dos conceitos jurídicos indeterminados e sua relação com o estudo da discricionariedade no âmbito administrativo promoveu o amadurecimento da discussão sobre o tema na Academia brasileira.

Sobre tal ponto, destacam-se os posicionamentos apresentados por Gustavo Binembojm (2006) e Sérgio Guerra (2008), que serão objeto de uma análise mais pormenorizada na sequência do trabalho.

4.4.1 O posicionamento de Gustavo Binembojm

Gustavo Binembojm (2006), na obra intitulada *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, apresenta uma série de conclusões sobre temas pertinentes na seara administrativista contemporânea, partindo da premissa de que há uma crise dos paradigmas clássicos do Direito Administrativo.

Para tanto, o autor inicia sua argumentação desconstruindo a noção dominante na doutrina tradicional – que atribui o surgimento do Direito Administrativo a uma gênese “milagrosa” –, difundida ao longo das décadas como fruto da subordinação do poder estatal à lei, como mencionado anteriormente neste trabalho. Salaria Binembojm que o nascimento de tal ramo do estudo jurídico na França pós-revolucionária apresenta-se como um erro histórico, uma vez que o despertar das inovações jurídicas típicas do Direito Público – como supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade e insindicabilidade do mérito administrativo – constituiu-se mais como uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime do que de sua superação. Prossegue o autor explicando que a falácia presente na afirmativa de que o Direito Administrativo surgiu da submissão do Estado à vontade heterônoma do legislador é demonstrada pela simples constatação de que o desenvolvimento de princípios gerais e normas jurídicas na França do século XVIII só foram possíveis devido à postura ativista e insubmissa do *Conseil d’État* ao Parlamento. Assim, permite-se a conclusão de que a “criação de um direito especial da Administração Pública resultou não da vontade geral, expressa pelo Legislativo, mas de decisão autovinculativa do próprio Executivo”. (BINENBOJM, 2006, p. 11).

Desse entendimento, destaca-se a introdução do contencioso administrativo na estrutura privativa do Poder Executivo e a criação de normas de Direito Processual

distintas²⁶², em desobediência ao princípio de separação das funções estatais previsto expressamente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Conforme bem explicitado pelo autor, a gênese da doutrina administrativista apresenta uma série de contradições, dentre elas a inexistência de conteúdo garantidor nas normas que institucionalizam o modelo de controle das atividades públicas.

Após discorrer sobre os equívocos ocorridos no desenvolvimento do Direito Administrativo, o autor assinala a ocorrência de um abalo estrutural na teoria jurídica em voga no Brasil, que se caracteriza como uma crise de paradigmas²⁶³, ocasionada pelo descrédito de antigas premissas teóricas e pela emergência de novas, mais condizentes com a atual configuração do Estado Democrático de Direito. Gustavo Binimbojm afirma que se encontram em xeque os seguintes componentes do paradigma clássico:

- a. O dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que serviria de fundamento e fator de legitimação para todo o conjunto de privilégios de natureza material e processual que constituem o cerne do regime jurídico-administrativo.
- b. A legalidade administrativa como vinculação positivo à lei, traduzida numa suposta submissão total do *agir administrativo* à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo. [...].
- c. A intangibilidade do mérito administrativo, consistente na incontrolabilidade das escolhas discricionárias da Administração Pública, seja pelos órgãos do contencioso administrativo, seja pelo Poder Judiciário (em países, como o Brasil, que adotam o sistema de jurisdição una), seja pelos cidadãos, através de mecanismos de participação direta na gestão da máquina administrativa.
- d. A ideia de um Poder Executivo unitário, fundado em relações de subordinação hierárquica entre a burocracia e os órgãos de cúpula do governo. (BINENBOJM, 2006, p. 23-24.)

O autor destaca a superação desse paradigma por outros, dotados de maior consistência teórica e comprometidos com a busca finalística do princípio da dignidade da pessoa humana, utilizando como premissas a constitucionalização do Direito Administrativo e a adoção do sistema democrático e dos direitos fundamentais.

²⁶² Que consagra a quebra de isonomia entre os polos processuais, reservando inúmeros privilégios em favor da Administração. Assevera o autor: “O velho dogma absolutista da verticalidade das relações entre o soberano e seus súditos serviria para justificar, sob o manto da supremacia do interesse público sobre o interesse dos particulares, a quebra de isonomia” (BINENBOJM, 2006, p. 14).

²⁶³ Cita-se aqui posicionamento semelhante defendido por Marçal Justen Filho: “Ocorre que o instrumental teórico do Direito Administrativo se reporta ao século XIX. Assim se passa com os conceitos de Estado de Direito, princípio da legalidade, discricionariedade administrativa. A fundamentação filosófica do Direito Administrativo se relaciona com a disputa entre DUGUIT e HAURIOU, ocorrida nos primeiros decênios do século XX. A organização do aparato administrativo se modela nas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar. [...] O conteúdo e as interpretações do Direito Administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do Direito Administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás.” (JUSTEN FILHO, 2005. p. 13.)

Dentre as concepções desenvolvidas pelo autor na crítica ao discurso jurídico atual, nos ateremos neste trabalho à temática tratada no terceiro item, a respeito das inconsistências lógico-conceituais presentes na aplicação do poder discricionário.

Após percorrer as nuances do desenvolvimento do instituto ao longo dos séculos, desde a ideia de parametrização jurídica²⁶⁴ até a doutrina positivista normativa desenvolvida por Kelsen²⁶⁵, Binembjom apresenta a percepção tradicional da discricionariedade como categoria fundamental do Direito Administrativo, que congrega um feixe de competências decisórias externas ao direito, fora da esfera de atuação do Poder Judiciário. (BINEMBJOM, 2006, p. 197.)

Nota-se desde o século XIX uma evolução nesse panorama, ocasionado pela atribuição de parâmetros normativos que visavam frear o ímpeto autoritário da Administração, resumidos pelo autor em quatro etapas:

- a. a teoria dos elementos do ato, com a possibilidade de sindicância dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários (competência, forma e finalidade)²⁶⁶;
- b. o desenvolvimento de teorias de controle a partir de parâmetros implícitos na lei;
- c. o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados;
- d. o desenvolvimento da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais²⁶⁷.

Constatou-se que a evolução teórica do instituto da discricionariedade se deu em etapas que se sucederam no tempo, as quais culminaram na atual concepção presente no

²⁶⁴ O Direito francês do século XIX desenvolveu a ideia de que o poder discricionário consistia em uma liberdade de escolha ou apreciação, com vistas a atender o interesse público.

²⁶⁵ Para quem a discricionariedade se justifica como uma consequência inelutável da subdeterminação das diversas etapas de produção normativa. Assim, na medida em que a Administração Pública está inserida em uma dessas etapas de produção jurídica, sua atuação não pode justificar-se senão como uma concretização paulatina e gradual de normas jurídicas procedentes. (BINENBOJM, 2006, p. 196.)

²⁶⁶ Em um primeiro momento, com a publicação da teoria dos elementos do ato administrativo, a doutrina e a jurisprudência admitiam o controle jurisdicional apenas quanto à competência, finalidade e forma do ato, cujos elementos eram sempre vinculados. Indica-se como data-base para a mudança do entendimento o surgimento da teoria do desvio do poder e a decisão proferida pelo Conselho de Estado francês no arrêt Lesbats em 1864 e, no Brasil, a Apelação Cível nº 1.422, de relatoria do então Desembargador do TJRN Seabra Fagundes. A partir de então, passou-se a sustentar que a discricionariedade não deveria mais ser concebida como um poder, mas como um dever de atender à finalidade estampada na lei, sendo devida a controlabilidade judicial também aos aspectos materiais (ligados à finalidade e ao motivo) do ato. (BINENBOJM, 2006, p. 198-205.)

²⁶⁷ Diante da evolução doutrinária a respeito da discricionariedade, percebe-se uma mudança nos parâmetros de controle da atividade administrativa: o princípio da legalidade cede espaço à incidência direta dos princípios – dotados de eficácia normativa –, ou seja, à ideia mais ampla de juridicidade. Com isso, substitui-se a dicotomia até então existente no exame de mérito entre atos vinculados e discricionários e atos com diferentes graus de vinculação, classificados em uma escala de densidade normativa vinculativa decrescente, nos seguintes termos: atos vinculados por regras, atos vinculados por conceitos jurídicos determinados e atos vinculados diretamente por princípios – que serão tratados com mais detalhes posteriormente. Em outras palavras, o grau de vinculação de um ato administrativo ao ordenamento jurídico modifica a concepção de ato discricionário e vinculado presente na doutrina clássica. (BINENBOJM, 2006, p. 198-211.)

ordenamento jurídico das nações que adotam as premissas típicas do Estado Democrático de Direito. A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e sua relação com os poderes discricionários da Administração se mostram bastante relevantes, mas os dois institutos não podem ser confundidos entre si²⁶⁸. A partir de uma construção acerca da evolução teórica do problema ao longo dos anos, com foco no desenvolvimento efetuado pelo Direito germânico²⁶⁹, é ressaltada a prevalência, na contemporaneidade, de soluções intermediárias, caracterizadas por conceder aos referidos conceitos uma margem de livre apreciação por parte da autoridade administrativa, sujeita, porém, a balizamentos jurídicos controláveis pelo Judiciário. Sobre esse ponto, cabe a transcrição integral dos ensinamentos de Almiro do Couto e Silva (1990), para quem a diferença no controle entre os dois institutos se dá da seguinte forma:

- a. O exame judicial dos atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados não está sujeito a um limite *a priori* estabelecido na lei. O próprio julgador, no instante de decidir, é que verificará se há um limite, ou não, ao controle judicial. Haverá limite se, em face da complexidade do caso, da diversidade de opiniões e pareceres, não podendo ver com clareza qual a melhor solução, não lhe couber outra alternativa senão a de pronunciar um *non liquet*, deixando intocável a decisão administrativa.
- b. O exame judicial de atos administrativos que envolvem exercício de poder discricionário está, *a priori*, limitado pela lei, a qual fixou desde logo as linhas dentro das quais poderá a autoridade administrativa livremente tomar suas decisões. Dentro daquele espaço, qualquer uma delas será juridicamente incensurável e inexaminável pela autoridade judiciária. (COUTO E SILVA, 1990, p. 60.)

No entanto, destaca Binjenbojm (2006), influenciado pelos ensinamentos de Phillip Heck, que a atuação dos tribunais frente aos conceitos jurídicos amplos deve se submeter a limites, definidos pela existência de demarcações próprias, típicas da estrutura formal dos conceitos indeterminados²⁷⁰. O controle realizado pelo Poder Judiciário deve ter o propósito

²⁶⁸ Com esboço no estudo desenvolvido por Germana de Oliveira Moraes e Andrea Krell, salienta o autor que, embora tanto a discricionariedade quanto os conceitos indeterminados sejam técnicas legislativas que traduzem a abertura das normas jurídicas, ressaltam-se nítidas diferenças no contorno de cada instituto: enquanto o ato discricionário se caracteriza por pressupor um poder de escolha do administrador, presente na norma de competência (discricionariedade de escolha) ou pela finalidade (discricionariedade de decisão), os conceitos jurídicos indeterminados não se apresentam como fruto de uma opção do administrador: se é que há uma eleição, esta é do próprio legislador, que empregou termos vagos e conceitos imprecisos, cuja aplicação será resolvida com a interpretação de seu sentido. (BINENBOJM, 2006, p. 217-218.)

²⁶⁹ Citando-se a doutrina de Bernatzik, Tezner, até as mais contemporâneas, com o posicionamento de Otto Bachof, Carl Hermann Ule, J. Wolf, Hartmut Maurer e Andreas Krell.

²⁷⁰ Segundo Germana de Oliveira Moraes, todo conceito revela uma “zona nuclear ou fixa (núcleo) e uma zona periférica, orla ou auréola (halo)”. A partir dessa premissa, possibilita-se a definição dos conceitos jurídicos indeterminados como aqueles que apresentam a zona periférica extensa e difusa e o cerne inusitadamente reduzido. A partir de então, desenvolveu-se o entendimento de que o conceito apresentaria uma zona de certeza positiva (o que é certo que ele é) e uma zona de certeza negativa (o que é certo que ele não é), estando o controle judiciário pleno nos fatos que, com certeza, não se enquadrariam no conceito ou no enunciado. A controvérsia sobre a abrangência de situações que o sigilo encerra surgiria na zona intermediária, de penumbra, na qual se preserva a chamada “margem de apreciação administrativa”, intocável pelo Judiciário. (BINENBOJM, 2006, p. 219.)

de constatar se a operação intelectual mostra-se “sustentável”, amparada em balizas incorporadas pelo ordenamento vigente, e não apenas “correta”²⁷¹. O parâmetro para se verificar se a interpretação e aplicação dadas são sustentáveis deve considerar as circunstâncias próprias tomadas frente ao caso concreto e a observância aos princípios constitucionais e legais da Administração Pública. Nestes termos, conclui que

um controle judicial gradual dos conceitos indeterminados, variando a sua densidade de acordo com a respectiva área temática e o grau de objetividade do conceito, parece a solução mais adequada para alcançar uma concordância prática entre os princípios da separação dos poderes e da inafastabilidade do controle jurisdicional. (BINEMJBOM, 2006, p. 223.)

Para tanto, o autor lança o desafio de construir um sistema de critérios ou padrões, fundados em considerações materiais, procedimentais e funcionais, capaz de servir como um norte para o controle judicial dos atos administrativos em geral. Inicialmente, formula uma escala decrescente de vinculação dos atos praticados na função administrativa, diretamente relacionada à densidade do controle efetuado pelos magistrados, resumido nos seguintes moldes:

- a. Atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares): nesses casos, devido à presença de uma ou mais normas impositivas de obrigação, cabe ao administrador o dever de adotar a conduta descrita no relato normativo. O controle judicial só poderá ser realizado se a aplicação da norma à concretude dos fatos se revelar contrária à finalidade subjacente.
- b. Atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados: adota-se um posicionamento intermediário de vinculação à juridicidade. Cabe ao juiz, se provocado a fazê-lo, realizar um controle mais brando, atendo-se apenas a afastar as soluções manifestamente incorretas²⁷², em deferência ao princípio da separação dos poderes e ao grau de especialização técnica dos administradores.

²⁷¹ Que pressupõe a existência de apenas uma saída viável, frente ao Direito, em cada situação, balizada na doutrina alemã dos conceitos jurídicos indeterminados, desenvolvida em meados do século XX. (BINENBOJM, 2006, p. 222.)

²⁷² O autor exemplifica tal passagem com a indicação pelo Presidente da República de um nome para ocupar vaga no Supremo Tribunal Federal, em que devem ser observados alguns critérios: além da idade mínima de 35 anos, o indicado deve satisfazer o binômio reputação ilibada e notório saber jurídico. Satisfeito o limite etário, figurem-se três exemplos para fins didáticos: (a) um professor titular de renomada faculdade de direito, cujo nome jamais esteve envolvido em escândalos criminais ou políticos; (b) um engenheiro mecânico que nunca exerceu função ligada à seara jurídica; (c) um político alinhado com o perfil ideológico do Presidente, bacharel em Direito e membro, por vários anos, da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, que foi alvo de acusações – não foram provadas – de uso de recursos não contabilizados na campanha eleitoral. Binenbojm destaca que cabe ao magistrado procurar desenhar os círculos de certeza positiva dos direitos jurídicos indeterminados (o que é com certeza: o candidato “a”), de certeza negativa (o que com certeza não é apto: o candidato “b”) e a zona de penumbra, de incerteza (o candidato “c”), sendo devida a inabilitação para a indicação apenas ao candidato “b”, pois só em relação a ele foi possível formular um juízo seguro de não preenchimento dos requisitos constitucionais. (BINENBOJM, 2006, p. 227-228.)

- c. Atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares): recai sobre o agente a tarefa de escolher, dentre as opções jurídicas e materialmente disponíveis, o que melhor concretiza os fins colimados pela norma de competência. Se na análise fática o magistrado concluir que o ato administrativo viola algum dos princípios setoriais da Administração Pública ou que a ponderação administrativa foi mal feita, será legítimo o exercício de controle: (a) **ablativo**, restringindo-se a determinar a invalidação do ato ou (b) **ablativo ou mandamental**, determinando qual a única decisão conforme o direito para solucionar o caso²⁷³.

Em seguida, Binenbojm propõe responder aos questionamentos²⁷⁴ que surgem quando o instrumento da ponderação proporcional dos princípios, por si só, não oferece critérios necessários para a resolução dos conflitos. Para isso, lança mão de um sistema de *standards* decisórios, composto não só pelo elemento normativo, mas também pelo procedimental e funcional, com vistas a construir uma teoria jurídico-funcional adequada da monitoração judicial do agir da Administração. Encontra-se aqui a base da teoria do controle apresentada, que pretende alcançar a totalidade dos atos administrativos vinculados, sejam eles fundamentados por regras, princípios constitucionais ou conceitos jurídicos amplos, sistematizando o tratamento dado, conforme os seguintes parâmetros (BINENBOJM, 2006, p. 235):

- a. Quanto maior o grau de restrição a direitos fundamentais, mais intenso deve ser o grau de controle judicial;
- b. Quanto maior o grau de objetividade extraível dos relatos normativos incidentes à hipótese em exame, mais intenso deve ser o controle judicial;
- c. Quanto maior o grau de tecnicidade da matéria, menos intenso deve ser o grau de controle judicial;
- d. Quanto maior o grau de politicidade da matéria, menos intenso deve ser o grau de controle judicial;
- e. Quanto maior o grau de efetiva participação social, menos intenso deve ser o controle judicial.

²⁷³ Seguindo a linha de Hartmut Maurer, os vícios de discricionariedade podem ser divididos em: (a) não utilização ou subutilização do exercício do poder discricionário; (b) excesso de poder discricionário; (c) uso defeituoso do poder discricionário; (d) violação dos direitos fundamentais. Constatado o vício, o Poder Judiciário pode determinar a invalidação do ato ou sua substituição. A substituição se dará nas hipóteses em que se verificar o que se convencionou chamar de “redução da discricionariedade a zero”. (BINEBOJM, 2006, p. 229-230)

²⁷⁴ “Qual a intensidade do controle que devo realizar sobre os exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, feitos pelo administrador? Poderá o juiz controlar se a medida eleita é a que promove melhor, com maior intensidade ou de forma mais segura o fim perseguido? Poderá o juiz controlar se a medida eleita é a que promove melhor, com maior intensidade ou de forma mais segura, o fim perseguido? Poderá o juiz aquilatar os aspectos em que a medida eleita é menos gravosa e aqueles em que é menos gravosa vis-à-vis do que oferecerem as medidas alternativas? Poderá o juiz refazer o sopesamento entre os graus de promoção e os graus de restrição produzidos pela medida eleita?”

É ressaltado ainda que, diante da concretude dos fatos, haverá situações de choques entre os *standards*. Nesses casos, caberá uma espécie de juízo de ponderação entre eles, tendendo o magistrado pela aplicação de um controle mais brando ou mais rígido, de acordo com o “lado da balança” que agrupar a maior quantidade de *standards*. No entanto, em casos de confrontos objetivos, propõe Binenbojm que o magistrado siga uma linha de preferências ou prioridades, que o autor denomina “*standards dos standards*” e dispõe da seguinte maneira (2006):

- 1º) o juiz deverá dar preferência à proteção do sistema de direitos fundamentais, como uma das expressões da sua posição de centralidade no ordenamento jurídico brasileiro (controle mais severo);
- 2º) o juiz deverá dar preferência ao grau de objetividade do relato normativo (controle tanto mais brando quanto menor o grau) aplicável ao caso;
- 3º) o juiz deverá dar preferência tanto à legitimidade de investidura da autoridade, em relação às matérias políticas (controle mais brando), como à especialização técnico-funcional da autoridade, em relação às matérias que demandam expertise e experiência (controle mais brando), conforme o caso;
- 4º) o juiz deverá considerar, ainda, o grau de participação social no processo de tomada da decisão, como fator a ensejar um controle mais brando. (BINENBOJM, 2006, p. 238.)

4.4.2 O posicionamento de Sérgio Guerra

O estudo da discricionariedade no âmbito da Administração e seu vínculo com os conceitos jurídicos plurissignificativos encontra-se em constante evidência na doutrina contemporânea do Direito Público. Em consonância com o pensamento de Gustavo Binenbojm (2006), Sérgio Guerra (2008) exalta as mudanças ocorridas na seara administrativista, em decorrência, principalmente, de influências trazidas pelo modelo neoliberal, do crescente processo de globalização, a partir da segunda metade do século XX, e da busca por um novo marco teórico para a Administração Pública.

Além da redução do rol de atividades típicas do Estado, outro elemento que desponta desse modelo é o **princípio da subsidiariedade**²⁷⁵, que situa o indivíduo como protagonista das decisões estatais, passando o Estado a agir apenas como ente regulador, estimulando a iniciativa privada, e não mais de maneira intervencionista. Destacando a noção de **interesse**

²⁷⁵ Nos dizeres de Maria Silvia Zanella Di Pietro, o princípio da subsidiariedade pode ser entendido como aquele pelo qual “o Estado só deve atuar quando o particular não tiver condições de **atuar sozinho**, hipótese em que **deve estimular, ajudar, subsidiar a iniciativa privada**”. (DI PIETRO, 2008, p. 26.) Interessante frisar que a noção dessa função, não mais em torno da pessoa do Estado, em busca de uma melhor gestão dos interesses comuns, em verdade não é nova e deita raízes na doutrina da Igreja Católica a partir do final do século XIX, no bojo das encíclicas *Rerum Novarum* (1891), escrita pelo Papa Leão XIII, *Quadragesimo Anno* (1931), por Pio XI, *Mater et Magistra* (1961), por João XXIII, e, já no final do século passado, *Centesimus Annus* (1991), por João Paulo II, escrita exatamente 100 anos depois da primeira.

público – conceito aberto, indeterminado, sujeito a concretizações pontuais – e seu emprego sob diferentes ângulos à luz de determinado caso concreto, percebeu-se a opção adotada de se conferir ao Executivo a ‘palavra final’ no processo de interpretação, mediação e aplicação das normas primárias. No entanto, para que de fato consiga atender ao interesse público, Sérgio Guerra (2008) afirma que o Estado deve adotar práticas gerenciais modernas e eficientes, de modo que o ato administrativo não seja a simples concretização da escolha estatal.

Diante do exposto, em sua obra *Discrecionariiedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*, Sérgio Guerra (2008), baseado na necessidade cada vez mais presente no Direito Administrativo de perseguirmos uma verdade objetiva – e não absoluta – e uma democracia material – e não meramente formal – propõe o desafio de criar um novo regime jurídico de escolhas administrativas (com foco na atuação regulatória desse Estado subsidiário), denominado ‘reflexividade administrativa’. O propósito do autor é contribuir para a evolução da disciplina, visando a uma adequação dos instrumentos utilizados pelo Estado para a escolha, dentre as situações possíveis, aquela que alcance, com o máximo de eficácia, a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Para o autor, o desafio a ser superado no tocante às escolhas administrativas se encontra na inexistência no modelo constitucional brasileiro de alguma fórmula que identifique com clareza os limites da atividade primária de interpretação para dar lugar às escolhas pelo Poder Executivo, de modo a garantir a segurança jurídica nas relações público-privadas (GUERRA, 2008, p. 29-31). Tal evidência, somada ao fato de as decisões administrativas serem pautadas apenas na legalidade (estrita ou não), no juízo de valor frente a conceitos jurídicos amplos, e, por fim, na teoria da discrecionariiedade administrativa – esta exercida por meio do binômio conveniência/oportunidade da Administração, que sofre limitado controle judicial – apresentam um risco para toda a sociedade, que se depara frequentemente com atos administrativos produzidos com base nessa margem de liberdade peculiar conferida ao administrador.

Nos primeiros capítulos de sua obra, Sérgio Guerra (2008) objetiva identificar os pontos capitais da evolução das categorias de escolha administrativa no tempo, para então criticar as fórmulas ou os institutos incompatíveis com as relações presentes entre os sistemas econômico e social e o sistema jurídico. A partir de então, propõe materializar uma teoria que identifique, sob uma nova categoria, um novo instituto de escolha, conduzido pelo Poder Executivo, que se apresente como um estágio original decorrente da mutação da função legislativa. Nas palavras do autor:

Partir-se-á da premissa de que o atual Direito Administrativo deve ser um instrumento propício para sustentar uma atuação estatal executiva voltada não mais à simples definição isolada de um interesse público, unívoco e com prevalente superioridade sobre direitos individuais em todos os casos. Este deve, especialmente, ser a base para uma atividade administrativa próxima e permeável à colaboração dos cidadãos na identificação do interesse geral, sopesando os conflitos inerentes à cotidiana ambivalência.

Ultrapassada essa fase e considerando que a Constituição da República Federativa do Brasil [...] não desceu a detalhes sobre a forma de implementação das escolhas regulatórias, e a doutrina administrativista pátria, malgrado a relevância do tema, vem comentando a constitucionalidade do modelo regulatório brasileiro ainda de forma superficial – isto é, do ponto de vista formal – intenta-se demonstrar que a nova categoria de escolha administrativa é compatível com o padrão jurídico-constitucional brasileiro. [...].

A execução da hipótese principal [...] visa a contribuir para a teorização, no âmbito do Direito Administrativo econômico, de uma fórmula que sustente as escolhas a serem feitas pelo Administrador Público, que, de um lado, (i) seja compatível com a necessária amplitude decorrente da complexidade contemporânea, e, de outro, (ii) privilegie o protagonismo da sociedade/dignidade da pessoa humana e permita alcançar maior previsibilidade (segurança jurídica). (GUERRA, 2008, p. 30-32.)

No que tange às observações produzidas a respeito da discricionariedade do agente público frente a esse panorama de mudanças institucionais, percebe-se a censura a vários pontos que hoje influem no processo de escolha administrativa, os quais não conseguem trazer respostas objetivas para essa nova faceta governamental.

A primeira crítica refere-se à aplicação do princípio da legalidade no Direito contemporâneo, reproduzido nos moldes iluministas. Ressalta Sérgio Guerra que a dualidade entre “ser” e “dever ser” não se mostra suficiente na atualidade para propiciar uma decisão proporcional diante dos inúmeros conflitos sociais encontrados. Não foi proposta a desconsideração absoluta da regra legiferante, que se apresenta como um pilar do sistema jurídico-constitucional brasileiro, mas, sim, a adequação da competência normativa do Poder Legislativo. Afirma o autor que a redefinição clássica das tarefas atribuídas a cada Poder, afastando o legislador primário das minúcias normativas e incumbindo o Executivo de encontrar a melhor solução em determinados casos – por estar em melhores condições de avaliar o grau ótimo de execução das políticas públicas – deve ser imposta, com vistas a alcançar a “vontade geral” elencada pela Constituição. (GUERRA, 2008, p. 257-258.)

Cabe registrar igualmente os posicionamentos da doutrina administrativista, no que se refere à configuração do conceito jurídico indeterminado como instituto de integração da norma na busca da única solução regulatória possível. O autor destaca, como já abordado neste trabalho, a existência de duas correntes contrárias: a que admite a integração dos conceitos por meio de um simples processo interpretativo, em que o agente administrativo obrigatoriamente deve buscar a única decisão justa frente ao caso concreto; e a outra, à qual se perfilha, que acredita que a concretização dos termos fluidos identifica-se com o instituto da

discricionariedade. Salienta o autor que a própria gênese dos conceitos indeterminados se dá, diversas vezes, em razão de acordos parlamentares efetuados entre bases partidárias distintas, o que leva à redação de atos normativos contraditórios, ambíguos e obscuros, resultando, portanto, a indeterminação de má técnica legislativa **e não da existência de apenas uma solução adequada ao ordenamento legal**. Nas palavras do autor:

A solução justa, no ambiente de ponderação de interesses e observância dos custos e benefícios da escolha inerentes à intervenção reguladora, somente poderá existir em um plano da filosofia pura, não se sustentando diante de todos os casos concretos em que o regulador precisa trabalhar com categorias econômicas e sociais na decisão a ser tomada diante de conflitos distributivos.

Chegou-se à conclusão de que pensar que somente existe uma solução justa seria aniquilar qualquer tentativa de se perseguir uma atuação estatal mediadora de interesses públicos e privados, extinguindo-se a consensualidade. Mais do que isso, suprimindo-se a possibilidade de se alcançar qualquer termo de ajustamento de conduta nos casos em que fosse menos oneroso ao interesse público a aplicação pura e simples da lei interpretada de forma uníssona. Especialmente na integração de conceitos jurídicos indeterminados que, para serem concretizados, dependem de outros aspectos a serem sopesados, a atuação determinante do particular no fornecimento de dados e informações essenciais para a tomada de decisão final pelo poder público pode conduzir a situação do caso a soluções nem mesmo vislumbradas pelo Estado e mais benéficas à sociedade. (GUERRA, 2008, p. 257-258.)

Deve-se frisar igualmente a crítica ao instituto da discricionariedade administrativa. Sérgio Guerra (2008) afirma que os pilares que sustentam o mérito da escolha – oportunidade e conveniência – são incompatíveis com o papel do Executivo no novo modelo (neo)constitucionalista, em que há a tendência de diminuição da esfera discricionária de atuação do agente, e, igualmente, maior complexidade das relações cotidianas, que impõem maior atuação e espaço para a escolha administrativa.

Durante o desenvolvimento do tema, Sérgio Guerra chega a concluir o seguinte: (i) a discricionariedade decorre da abertura daquilo que foi disciplinado por lei – inclusive, para a corrente que o defende, quando há integração de conceitos jurídicos indeterminados–; (ii) a discricionariedade tem como fulcro os critérios de oportunidade e conveniência, constituindo o mérito da escolha executiva pública, formulados por ela mesma, isto é, de acordo com seus próprios valores; e (iii) a complexidade exige, a cada dia, pluralidade de fontes com regras legiferantes abstratas (*standards*), ampliando os espaços para as escolhas do Executivo. (GUERRA, 2008, p. 260.)

No panorama atual, a decisão administrativa é pautada pela heterogeneidade de interesses e centros de pressão de grupos e indivíduos, que querem ter suas reivindicações atendidas pelo Poder Público. Tentou-se, com a teoria da discricionariedade técnica, promover uma maior limitação jurisdicional no controle de seu exercício, sendo impostas as

escolhas especializadas pela administração, que seriam intocáveis pelo controle do magistrado. Sérgio Guerra (2008) salienta, no entanto, que não se encontra atualmente no ordenamento jurídico brasileiro exemplo em que a escolha do agente se dê isolando dos aspectos técnicos despersonalizados os valores e questões políticas que permeiam as decisões tomadas pela Administração.

Diante desse contexto de incertezas, propõe-se legitimar a regulação administrativa por meio da deslegalização de matérias, a ser realizada pela cooperação entre os Poderes Executivo e Legislativo para possibilitar a criação de subsistemas especializados, com poderes para complementar o marco regulatório existente, de acordo com o contexto jurídico-constitucional.

Em sede de conclusões preliminares, Sérgio Guerra (2008) sintetiza parte de sua teoria das escolhas administrativas nos seguintes termos:

Após tentar sistematizar a função normativa na escolha regulatória, faltava ainda a identificação de um instituto que fosse compatível com as características dessa nova categoria. Concentrou-se, portanto, a proposta de estruturação desse novo instituto na *reflexidade administrativa*. Para além da reflexão a ser feita pelo regulador público nas questões postas diante de si para a construção da escolha administrativa, intentou-se que a mesma molde a capacidade do regulador de pensar a situação concreta em si mesma para estabilizar o subsistema e minimizar a segurança jurídica.

Sob bases de *prevenção* e *mediação*, partiu-se da ideia de que o regulador deve, por meio de uma “clausura auto-referencial” do subsistema, permitir que brote, de forma cíclica, a produção de encaminhamentos decorrentes das próprias condições originárias de produção do subsistema. O regulador deixa de fazer suas escolhas com base exclusivamente em sua ótica, naquilo que reputa ser “conveniente” e “oportuno”, de difícil – se não impossível – compreensão e sindicabilidade por terceiros, para encarar o caso concreto de forma sistemática e transparente, sob uma interpretação analítica e empírica. (GUERRA, 2008, p. 263-264.)

Dessa forma, em síntese, seria possível, por meio da aplicação do conceito de reflexidade administrativa, racionalizar as escolhas no exercício efetivo das atividades públicas, evitando a tomada de decisão pautada na noção de legalidade estrita e no poder discricionário conferido ao agente. Essa postura, para Guerra (2008), tem o condão de retirar das mãos do administrador a possibilidade de decidir de acordo com suas próprias convicções pessoais – substituídas por padrões teóricos objetivos –, ensejando decisões razoáveis, que coadunem com os fins perquiridos pelo ordenamento jurídico.

Nesse ponto, resta concluído o edifício da visão clássica, tradicional dos conceitos, a partir das noções de ‘determinação’ e ‘indeterminação’ na esfera do Direito, bem como encontra-se estabelecida a relevância do debate do tema a partir de sua conexão com o instituto da discricionariedade administrativa, trazendo, para além das teorizações clássicas

sobre o assunto, a ‘renovada’ postura adotada pelos autores Gustavo Binenbojm e Sérgio (2006) Guerra (2008), que buscam empreender uma leitura do tema, estruturada sob outros filtros. Será que são bem sucedidos nessa empreitada? Essa, com certeza, é uma pergunta que este trabalho se propõe a responder, mas que exige, para tanto, uma reviravolta na forma de se conceber os conceitos (jurídicos), explicitando, nesse particular, as mazelas dessa concepção limitada pela dimensão semântica da linguagem e procurando agregar um componente qualitativo da pragmática, tal qual empreendido pela filosofia analítica, sem descurar de pitadas hermenêuticas de Heidegger e Gadamer e dos processos de aprendizagem de Jurgen Habermas. É o que se discutirá a seguir.

5 VISÃO JUSFILOSOFICAMENTE ADEQUADA DOS CONCEITOS JURÍDICOS

5.1 Críticas tradicionais ao modelo semântico

A abordagem tradicional dos conceitos – da forma estruturada neste trabalho, ainda no seio das tradições que não lidam com os ganhos de abordagens assentadas no segundo giro linguístico e na pragmática – enfrenta objeções de diversas ordens.

Em primeiro lugar, uma visão macro, que concebe a existência de uma isomorfia entre linguagem e mundo, numa noção de correspondência – como nas visões realistas da metafísica clássica – afigura-se por demais reducionista, na medida em que “segundo essa tradição filosófica, há um ‘verdadeiro’ e ‘único’ significado das expressões da linguagem, que deve ser captado investigando-se uma misteriosa realidade não empírica”. (NINO, 2010, p.294.)

Isso porque em qualquer proferimento, é falaciosa a pretensão dessa correspondência absoluta. Um fato hipotético, em que seja visualizada uma criança ao lado de seu cachorrinho de estimação, pode gerar a seguinte expressão linguística: “a criança está à direita de seu cachorrinho de estimação”. De plano, a imagem mental da realidade estabelecida nessa situação é configurada com dois atores: a criança e o animal. O enunciado linguístico, a seu turno, possui, além da criança e do animal, a asserção de que o primeiro está situado à direita do segundo. Ora, como se infere, sem maiores discussões, a pretensa isomorfia não existe. Além disso, outros pontos podem ser levantados: mudando-se o ângulo de observação, não se poderia afirmar que ‘o cachorro está à direita da criança’? Ou não seria factível que essa visão reducionista da lente do observador, de asseverar a relação entre a criança e o animal, tenha deixado para trás vários outros componentes da realidade, como o fato de a criança usar uma corrente para segurar o cachorro, de o dia estar chuvoso ou de sua mãe estar acompanhando a cena a uma distância pequena? E, ademais, seria a criança observada realmente uma criança? Não poderia ser um adolescente com um retardo no crescimento? Como, então, captar a essência do ser nesse caso?

Segundo Bouvier, Gaido e Brigido (2007), com esteio nos ensinamentos de Wittgenstein, uma outra crítica, relacionada à visão subjetivista dos conceitos de matriz lockeana, afirma que essa modelagem coloca em cheque a própria base da teoria: primeiro, pelo fato de que os conceitos só seriam idôneos para representar objetos do mundo empírico, o que, de plano, não se sustenta. Se assim fosse, como estabelecer conceitos de ‘democracia’, ‘conhecimento’ ou mesmo de ‘direito’? Segundo, ao se considerar os conceitos como retratos

da realidade, de caráter estático, alojados no cérebro e provocados por fatos físicos individuais (espaço-temporalmente situados), não há como explicar como um mesmo conceito pode ser aplicado para situações diferentes daquela que gerou a impressão inicial. Por fim, se o que o intelecto consulta na mente não é o fato observado no mundo externo, mas sim uma ideia mediada, continua sem resposta o que vincula o fato representado com uma representação determinada, e não com qualquer outra e vice-versa. (Bouvier, Gaido e Brigido, 2007, p. 15.)

A modelagem semântica de Frege também não é isenta de questionamentos. A primeira delas, de matriz naturalista, sustenta que somente aquilo, objeto ou coisa, que se encontra situado dentro do binômio espaço/tempo pode ser referido. Nesse caso, a fragilidade da teoria fregeana estaria em sua incapacidade de demonstrar e explicar como algo, como, por exemplo, ‘igualdade’ ou ‘liberdade’, pode ser conceituado sem nenhuma propriedade física.

A outra crítica, bem mais elaborada, é efetuada pela construção da denominada ‘semântica K-P’, em homenagem aos autores Saul Kripke e Hilary Putnam, e se situa no bojo de apontamentos gerais de falhas existentes nas denominadas ‘teorias descritivas de sentido’. Esses ‘flancos débeis’, nos termos dispostos em Bouvier, Gaido e Brigido (2007), podem ser resumidos da seguinte forma: de um lado (1), partindo da premissa de que o conceito designa qualquer objeto que satisfaça um conjunto de propriedades ou características associadas com ele, o ato do sentido, de forma estrita, determina a referência; de outro (2), a defesa de um determinado conceito pressupõe um determinado estado psicológico, totalmente desvinculado do mundo, em relação a essas propriedades que qualificam o objeto, fazendo com que os conceitos sejam dependentes, ao final, da mente e de nada além delas, exatamente porque a construção da intensão, como uma representação conceitual de um objeto, é determinada por estados internos do sujeito.

O primeiro apontamento necessita de um exame mais acurado. O que a semântica K-P defende é que, diferentemente do que afirma Frege – que a uma igual intensão corresponde, obrigatoriamente, uma igual extensão²⁷⁶, na linha de que o sentido determina a referência –, é

²⁷⁶ Em outras palavras: “A doutrina tradicional acerca da relação que se verifica entre a intensão de uma expressão linguística e a sua extensão é a de que esta é invariavelmente determinada por aquela. E, no mínimo, isto significa o seguinte: a qualquer diferença em extensão corresponde necessariamente uma diferença em intensão (mas não conversamente); ou seja, é impossível expressões com a mesma intensão terem extensões diferentes, embora seja possível expressões com a mesma extensão terem intensões diferentes.” (EXTENSÃO/INTENSÃO, 2011). No mesmo sentido, interessante é o exemplo trazido por CRUZ (2011, p. 88), quando expõe que outro exemplo “[...] se deu nos anais da Biologia, há algumas décadas atrás. A descoberta dos vírus colocou a comunidade científica diante do dilema de olhar, por um lado, para uma bactéria e, de outro, para um vírus e indagar: esses dois seres são seres vivos? A intensão do conceito de vida, até então, exigia que o ser vivo fosse composto por células, que tivesse a capacidade de movimento, de crescimento e de reprodução independente, seja sexuada ou assexuada. Ora, tais características não se verificavam no vírus. A solução foi exatamente a ampliação dos elementos intencionais de “vida” para que o vírus pudesse merecer a condição de

possível que diferentes pessoas compartilhem o mesmo conjunto de propriedades (intensão) e, portanto, construam um conceito, sem que obrigatoriamente estejam se referindo ao mesmo objeto (extensão).

Essa situação é explicada pelo famoso experimento das ‘terras gêmeas’, desenvolvido por Putnam (2003). Imagine-se um habitante da Terra, denominado Oscar, que possui um clone, uma réplica perfeita, célula a célula, átomo a átomo, denominado Toscar, que vive em um planeta gêmeo da Terra, denominado Terra Cover, significando, desse modo, que os clones se encontram em um mesmo estado psicológico, o que lhes assegura a mesma representação conceitual, portanto intensão ou sentido, do líquido inodoro, incolor e insípido que se lhes apresenta. Entretanto, *in casu*, o signo linguístico ‘água’ difere em extensão na Terra e na Terra Cover, tendo em vista que no primeiro a fórmula molecular é H_2O , enquanto na segunda é XYZ. Logo, diferentemente do que afirmava Frege, não é verdade que o sentido determina a referência.

Outro ponto da teoria de Frege que carece de sustentação, apontada pela semântica K-P, diz respeito à ideia de que o matemático constrói seu modelo para fugir das aporias do psicologismo, mas acaba enveredando por aquilo de que busca se afastar. Isso porque, não obstante a natureza abstrata dos conceitos por ele propugnada, a atividade de captação (*grasping*) desse conjunto de características ou propriedades é puramente mental. Assim, explicam Bouvier, Gaido e Brigido (2007):

dado que o que se capta é um sentido ou intensão, e dado que a intensão determina a referência, este tipo de esquema obrigaria a dizer, de um lado, que duas pessoas **não podem captar o mesmo conceito e estar em distintos estados mentais e, por outro, que estar em um mesmo estado mental leva à determinação de um mesmo referente. Ambas as assunções são desafiadas pelo experimento das terras gêmeas.** (BOUVIER; GAIDO; BRIGIDO, 2007, p. 22-23, grifo nosso, tradução nossa.)²⁷⁷

Nesse cenário, os críticos impõem a Frege a pecha de internalista, na medida em que sua teoria exige a intervenção da mente, e individualista, pois seu construto pressupõe o falante em termos individuais, sem considerar o grupo social como importante ou

ser vivo.” Um último exemplo de dilema sobre as condições intensionais pode ser tirado das dificuldades da comunidade científica, em especial aquela ligada à astrofísica, quanto à classificação como planeta do astro “Plutão”. Por que Urano seria um planeta e Plutão agora perdera esse status, tornando-se um planeta anão?

²⁷⁷ No original: “Dado que lo que capta es un sentido o intensión, y dado que la intension determina la referencia, este tipo de esquemas obligaría a decir, por um lado, que dos personas no pueden haber captado el mismo concepto y estar em distintos estados mentales y, por outro, que estar em el mismo estado mental conlleva la determinación del mismo referente. Ambas asunsiones son desafiadas por el experimento de lãs tierras gemelas.”

indispensável²⁷⁸.

Essa tradição das teorias descritivas, na qual se assenta o modelo fregeano, também é alvo de uma mordaz crítica, e aqui já acessível ao domínio do Direito, em especial nas obras de Dworkin, naquilo que se costuma chamar *semantic sting* ou, em bom português, ‘agulhão semântico’²⁷⁹.

No plano teórico, em linhas gerais, o agulhão semântico impede que participantes de uma mesma comunidade linguística compartilhem o mesmo conceito de algo, como, por exemplo, o conceito de justiça, de democracia ou de direito, simplesmente porque possuem diferentes critérios para defini-los. Nessa linha de entendimento, um desacordo acerca de critérios significaria, de plano, a adoção de conceitos diferentes, o que não se pode aceitar.

Essa constatação pode ser bem delineada a partir de duas interessantes observações. A primeira delas tem correlação com o desenvolvimento da tecnologia, que, por óbvio reconfigura os padrões criteriosais até então vigentes, sem, contudo, desfigurar o objeto que se está a estudar. Ora, se se adotar uma postura distinta, típica das teorias descritivas, estar-se-ia a admitir que alterar a descrição quer significar alteração do conceito, o que leva à alteração também do objeto referido. Exemplificadamente, até o descobrimento dos moderníssimos microscópios eletrônicos, o átomo era compreendido como parte indivisível da matéria. Atualmente, é cediço que existem subpartículas atômicas, o que de modo algum autoriza a dizer que não se está diante de um átomo, mas de algo radicalmente diferente. A outra, por exemplo, permite afirmar que a adoção da teoria descritiva transforma qualquer discussão de fundo epistêmico em uma pseudodiscussão, pois qualquer equívoco de natureza teórica (como

²⁷⁸ É importante frisar que teóricos como Putnam adotam uma perspectiva externalista, na medida em que a construção de um conceito, que aqui ganha o sentido de ‘identidade’, pressupõe a existência de um objeto no mundo, e não qualquer objeto que o sujeito associe com o conceito. Nesse caso, pode-se dizer que os conceitos são, pelo menos em parte, *mind independent*. Ademais, e aqui seu entendimento é compartilhado com Habermas, Putnam sustenta que devemos ser capazes de nos referir a um mesmo objeto, ainda que sejam alteradas as características ou propriedades a ele associadas.

²⁷⁹ Em sua obra *A Justiça de Toga* agudiza as críticas a autores que se deixam ‘aferroar’ por essa pressuposição, em especial os positivistas, que só conseguem enxergar a veracidade das proposições jurídicas – que Dworkin denomina ‘conceito doutrinário de direito’ –, sob o prisma da elucidação dos critérios compartilhados por esses juristas, cujo centro, obviamente, é a lei, o que os impede de verificar que dissensos genuínos não invalidam o atingimento da chamada ‘reposta correta’. Assim, expõe com clareza o jurista americano: “Em 1986, adaptei essa formulação do agulhão semântico de modo a ajustá-lo aos argumentos em defesa do positivismo jurídico, então corrente. Todavia, uma nova geração de filósofos do direito tornou-se mais sofisticada na filosofia da linguagem, que só fez avançar desde que escrevi, e minha descrição mostrou-se demasiado estreita. Devo agora definir mais amplamente o agulhão: esse conceito inscreve-se no pressuposto de que todos os conceitos dependem de uma prática linguística convergente do tipo que descrevi na Introdução: uma prática que demarca a extensão do conceito ou por meio de critérios comuns de aplicação ou pela vinculação do conceito a um tipo natural distinto. A infecção provocada pelo agulhão semântico, devo dizê-lo agora, consiste no pressuposto de que todos os conceitos de direito, inclusive o doutrinário, dependem de uma prática convergente em uma dessas duas formas. A patologia do agulhão semântico permanece a mesma. Os juristas que forem agulhoados vão supor que uma análise do conceito do direito deve ajustar-se – e não mais que isso – àquilo que, para a quase totalidade dos juristas, constitui o direito.” (DWORKIN, 2010, p. 318-319.)

a física pré-einsteiniana) poderia simplesmente ser refutada, ao argumento de que se tratava de conceitos diferentes, considerando-se que cada um dos ‘falantes’ associa ao objeto propriedades diferentes. (BOUVIER; GAIDO; BRIGIDO, 2007, p. 21.)

Com essas ponderações, encontra-se amadurecido o caminho para uma construção adequada dos conceitos, em especial dos conceitos jurídicos.

5.2 O caminho

5.2.1 Da Pragmática

Para que se possa conceber uma nova teoria sobre o tratamento adequado dos conceitos e também do Direito, fundamental é, em um primeiro momento, colocar em relevo a dimensão pragmática da linguagem, pois, sem dúvida, é com ela que se começa a desvelar o caminho, na medida em que permite trabalhar o foco comunicacional da linguagem e, paralelamente, o foco em um resgate discursivo das pretensões de validade de enunciados, como se procurará demonstrar.

Assim, Warat (1995), sob o entendimento de que a consideração das funções sintáticas e semânticas da linguagem é limitadora e tem a nefasta consequência de adormecer a linguagem, expõe a ideia que já se explicitou neste trabalho: que “os discursos científicos alienados dos processos de sua comunicação criam uma ilusão de univocidade”. Nesse sentido, especificamente no que concerne ao Direito, denuncia o autor que a

realidade adquire um valor que não admite nenhuma suspeita e, portanto, rejeita no plano do saber as necessidades de mudança. Desta maneira, o discurso científico das ciências sociais e jurídicas perde toda a possibilidade de converter-se em um discurso de denúncia, de diagnóstico das desigualdades e dos mecanismos de dominação. (WARAT, 1995, p. 48.)

Nesse contexto, parte-se da premissa que esse angustiante panorama é exatamente o que a ‘redescoberta’ da dimensão pragmática da linguagem busca desmistificar e traz como diferencial o fato de que o eixo dos debates passa a ser transferido para a relação dos signos com os falantes (emissores) e ouvintes (receptores), e a forma como os proferimentos linguísticos afetam os participantes de um processo de comunicação, cuja análise, então, tem estreita correlação com usos²⁸⁰ ou funções da linguagem. Assim o **sentido gira em torno do**

²⁸⁰ Nesse particular, assevera Warat (1995, p. 65): “Indagar sobre um uso linguístico ou modo de significar é realizar uma análise das alterações significativas que as palavras sofrem no processo de comunicação. Os

dito e do calado.

Esse cenário traz a interessante constatação de que se pode falar em uma ‘teoria dos modos de significar’, em que se observa um chamado ‘deslocamento de significação’, a partir da alteração de um sentido pré-concebido (algo já nos é dado como algo), em função dos contextos de uso que, com certeza, redefinem de forma macro a estrutura conceitual, cujo êxito da comunicação depende de como o ouvinte ou receptor do proferimento consiga interpretar o sentido latente.

Assim, exemplificadamente, o proferimento linguístico “joga água” pode ser compreendido de inúmeras formas, dependendo do contexto em que se a emprega: pode representar o chefe dos bombeiros conclamando seus subordinados a apagar um incêndio, pode ser o pedido de um engenheiro a seus operários, para que se possa fazer a cura do concreto na construção de uma laje, ou, ainda, nos remeter ao programa ‘Pânico na TV’, em que a referida expressão vincula-se ao quadro ‘afogando o ganso’, em que mulheres de biquíni descem em uma pista escorregadia e tentam acertar um frango de borracha em um recipiente. Essa constatação é importante porque ruídos na comunicação podem levar a uma total dissonância entre aquilo que se quer comunicar e aquilo que é apreendido pelo receptor.

É interessante, nesse ponto, a partir dessa visão macro da pragmática, proceder a uma crítica ao modelo estático, apartado da realidade, explicitado pela semiótica de Ferdinand Saussure (2006) – visto que se fecha para tudo aquilo que não seja signo –, tendo como esteio a teoria sistêmica de Luhman.

Nesse sentido, de acordo com a cirúrgica construção de Cruz (2011):

Parece que a compreensão da linguagem como um sistema semiótico deva observar e aprender com as concepções do sistema a partir das lições de Niklas Luhmann. O mundo é e sempre será ambiente para esse sistema da semiótica que se fecha operacionalmente para fundar sua autopoiese, para garantir que a significação seja sempre construída com e pelo seu uso, sempre a partir da gramática profunda, com o horizonte de uma forma de vida, mas que se abre à irritação da realidade. Não se trata de uma relação de correspondência, de denotação ou de espelhamento, mas de reconhecer que a linguagem interage com o mundo.

Como sistema, a linguagem deveria obedecer a um código que garantisse seu fechamento, tal como se observa a dualidade sacro/religioso na Religião, poder/não poder na Política e lícito/ilícito, para o Direito. Nesses moldes esse código poderia ser o adequado/inadequado para o emprego de proposições dentro de um contexto de um jogo específico de linguagem. (CRUZ, 2011, p. 111-112.)

Essa codificação não se dá em torno de regras absolutas, rígidas, de modo a se pensar em um fundamento último para o conhecimento. Contudo, a partir de uma lógica não formal,

significados socialmente padronizados possuem sentidos incompletos; são expressões em aberto, que apenas se tornam relativamente plenas em um contexto determinado. Assim, é impossível analisar o significado de um termo sem considerar o contexto no qual se insere, ou seja, significação conceito.”

de pressupostos não hierárquicos, construindo uma rede de racionalidade de modo original, a noção de linguagem como um sistema impede que os jogos de linguagem sejam vistos como uma prática indiscriminada, irracional, impedindo o discernimento entre o emprego adequado, correto, e o uso inadequado, incorreto da palavra no contexto de um jogo específico de linguagem. Isso porque as regras dos jogos se firmam na prática social, de modo que o sistema se abra permanentemente à irritação do ambiente que o circunda²⁸¹.

5.2.2 *O caminho do caminho*

Com essas considerações gerais sobre a pragmática, vale dizer que a ruptura da modelagem semântica tradicional, na verdade ‘o pulo do gato’, que permite romper as amarras semânticas da linguagem e posteriormente foi retrabalhada e desenvolvida por diversos autores, inclusive por Habermas, parte de uma interessante premissa trabalhada por Donald Davidson sintetizada por Cruz (2011):

Davidson parte da concepção de Quine pela qual a semântica deveria ser distinguida em dois planos, o extensional e o intensional. O plano extensional ligar-se-ia à teoria da referência, que examina as potencialidades da linguagem de designar, o que incluiria a capacidade da correspondência de conceitos com objetos singulares. O plano intensional seria estudado pela teoria da significação, que examinaria como e por que as características de um conceito seriam capazes de conhecer e de distinguir alguma coisa. Quine afirmava que a teoria da referência encontrava-se em um estágio muito superior ao da teoria da significação. Portanto a tarefa seria desenvolver a teoria da significação. (CRUZ, 2011, p. 72-73.)

Nesses termos, propõe uma abordagem da linguagem sob uma perspectiva ‘holística’, o que, nesse particular, o afasta das visões semânticas – como, por exemplo, a de Tarski –, que ficam presas a uma análise individualizada dos termos (ou partes) que compõem uma sentença linguística, e não a uma análise global dependente do contexto e inserida em um modelo de linguagem ordinária ou natural.

Assim, afastando-se de qualquer vinculação da apreensão de significados a partir de um confronto ou ‘espelhamento’, Davidson afasta-se das teorias da referência e foca a questão da significação, na medida em que “sua proposta está muito além de uma visão

²⁸¹ Importante aqui deixar claro desde logo que Wittgenstein (2004) faz uma precisa distinção entre gramática rasa, entendida como um conjunto de normas para a correta construção de frase, e a *gramática profunda*, entendida como um plexo de normas constitutivas de determinado jogo de linguagem. Assim, acorde com Oliveira (2006, p. 141)” é a partir da tematização dessa gramática profunda que vêm à tona a pluralidade dos modos da linguagem humana e, ao mesmo tempo, o critério correto para o emprego das palavras, porque é correto o uso da palavra que é aceito como tal na comunidade linguística que a emprega, pois é, precisamente um acordo entre os membros da comunidade que tornam a comunicação possível.”

meramente semântica da linguagem, eis que a aferição extensional dos significados somente pode ser estabelecida no interior da própria linguagem, ou seja, conecta-se muito mais à pragmática do que a semântica.” (CRUZ, 2011, p. 75.)

Em outras palavras, imaginar um termo ou uma frase fora de um jogo de linguagem, como em Wittgenstein, traria como ‘fatalismo’ a impossibilidade de se lhe atribuir sentido. Nessa senda, compreende-se melhor o caminho delineado pelo Wittgenstein tardio²⁸² para uma abordagem adequada dos conceitos na medida em que

o conceito no pragmatismo assume a condição de uma ‘peça’, de um elemento dentro do jogo de linguagem. Não há futebol sem bola assim como não há comunicação sem conceitos. No futebol, encontramos jogadores mais ou menos habilidosos no trato da bola. Nos diferentes discursos, a habilidade de jogar com a língua também distingue os homens. (CRUZ, 2011, p. 99.)

5.2.3 A pragmática analítica²⁸³ do segundo Wittgenstein e uma abordagem renovada dos conceitos

O gênio irrequieto de Ludwig Wittgenstein (2001) lhe exigiu um hercúleo esforço para romper com sua visão de construção de uma linguagem perfeita para representar o mundo – desenhada no *Tractatus lógico-philosophicus*²⁸⁴ – e construir um projeto filosófico que radicaliza os pressupostos do giro linguístico para um rumo que se direciona a uma “crítica radical à tradição filosófica ocidental da linguagem, cuja expressão última havia sido precisamente o *Tractatus*.” (OLIVEIRA, 2006, p. 117.)

Nesse ponto, as ácidas críticas dirigidas a essa modelagem deitam raízes naquilo que se convencionou denominar **o paradoxo da escada**²⁸⁵, que trata da impossibilidade de a

²⁸² Obviamente, foge ao escopo deste trabalho uma reconstrução completa do legado desta segunda fase de Wittgenstein, de sorte que a abordagem concentrar-se-á naqueles pontos relacionados com o tratamento dos conceitos que se quer buscar.

²⁸³ Essa denominação ‘pragmática analítica’ teve como inspiração Oliveira (2006) e deve ser compreendida como um novo olhar sobre a linguagem, nos termos desenvolvidos nesta tese, sendo ainda possível de alguma forma associar Wittgenstein ao pragmatismo. Nesse ponto, é importante deixar claro que “O pragmatismo é conhecido como uma corrente de pensamento tipicamente norte-americana. Isto é correto. Mas não se pode dizer que ele não tenha tido simpatizantes tipicamente europeus. **Nietzsche**, por exemplo, foi reconhecido por muitos como tendo uma postura pragmática no campo da teoria do conhecimento. [...] **Wittgenstein** esteve próximo de posições pragmatistas em vários momentos, se é que não adotou algumas. Atualmente, **Habermas** tem se voltado para Peirce e Dewey, os pioneiros norte-americanos do pragmatismo, e Derrida, por sua vez, é hoje um interlocutor do pragmatismo, a quem responde de modo provocante.” (GHIRALDELLI JÚNIOR, 1999.)

²⁸⁴ Para essa visão da teoria da figuração desenvolvida pelo primeiro Wittgenstein, consultar por todos OLIVEIRA, 2006, p.93-114.

²⁸⁵ Interessante, nesse ponto, é a compreensão de que o trabalho do segundo Wittgenstein, que se apresenta como a mola propulsora desta tese, inicia-se exatamente nessa instigante constatação. Assim, de um lado, se para a primeira fase do autor essa questão é uma contingência intransponível da linguagem, para o segundo deixa de ser até mesmo um problema, pois se afasta da busca empreendida na sua teoria da figuração de uma linguagem

linguagem lidar com sua autorreferência, na medida em que se ela possui o ônus de descrever o mundo: sendo a linguagem situada nesse mundo, como seria possível descrever a própria linguagem sem dela sair?

A solução empreendida pelo filósofo austríaco, passa pela percepção de que

o primeiro passo é perceber que a representação do mundo deixa de ser um problema e passa a ser encarada como um fetiche, um encantamento trazido pela má compreensão da linguagem. Assim, se estamos perto de um leão, e alguém grita ‘LEÃO’, ninguém necessitará de mentalmente ligar a palavra com o animal pois a questão da representação cede diante das observações feitas pela noção pragmática da linguagem. (CRUZ, 2011, p. 99.)

Ora, os méritos dessa concepção elaborada por Wittgenstein não são poucos, na medida em que contribuem para uma destrancendentalização dos pressupostos da comunicação – papel fundamental da linguagem, influenciando sobremaneira autores do escol de Austin²⁸⁶, Putnam e Brandon, cujo sentido é precisamente captado por Habermas (2004b, p. 82):

A virada pragmática da semântica da verdade para a teoria da compreensão fundada no uso – e da única língua universal representativa de fatos para as muitas gramáticas de jogos de linguagem – não significa apenas uma bem-vinda destrancendentalização da linguagem. Com sua abordagem descritiva do uso da linguagem factualmente estabelecida, Wittgenstein ao mesmo tempo nivela a dimensão cognitiva da linguagem. Tão logo as condições de verdade que se devem conhecer para poder utilizar corretamente proposições assertóricas sejam reconhecidas apenas na práxis *habitual* da linguagem, desaparece a diferença entre validade e valor social – aquilo a que estamos autorizados assimila-se àquilo a que meramente estamos acostumados. Na medida em que transfere a espontaneidade formadora de mundo para a variedade dos jogos de linguagem e formas de vida históricos, Wittgenstein sela o primado do *a priori* de sentido sobre o estabelecimento de fatos: “Toda prova, toda confirmação e refutação de uma hipótese já ocorre no seio de um sistema. E tal sistema não é ponto de partida mais ou menos arbitrário e duvidoso de nossos argumentos, mas pertence à essência do que denominamos uma argumentação.” Assim como Heidegger, Wittgenstein conta com o pano de fundo de uma compreensão do mundo que, sem poder, ela mesma, ser verdadeira ou falsa, fixa de antemão os critérios para enunciados verdadeiros e falsos. (HABERMAS, 2004b, p. 82.)

Nesse cenário, a grande manobra empreendida pelo Wittgenstein tardio (2005), no que diz respeito aos conceitos, é sua dissociação tanto das posturas essencialistas quanto daquelas

‘ideal’, capaz de representar o mundo tal qual ele é.

²⁸⁶ De forma bastante rasa, a denominada ‘escola de Oxford’ desenvolve a chamada ‘teoria dos atos de fala’, cuja influência é significadamente sentida na construção da sua teoria da ação comunicativa. Assim, um ato de linguagem possui uma dimensão locucionária, que se limita a uma afirmação sobre algo, ou seja, a comunicar uma ideia; uma dimensão ilocucionária, na qual a comunicação assume seu aspecto performativo (v.g. apelo, ameaça, advertência, etc.) e uma dimensão perlocucionária, que se afigura como desdobramento das dimensões anteriores no que diz respeito às consequências ou resultados que são provocados nos receptores da mensagem. (CRUZ, 2006, p. 85-86.) Assim, se uma moça diz “olha o gato”, ela em um primeiro momento simplesmente comunica aos ouvintes esse proferimento, que, dependendo do contexto – imaginemos que seja um homem bonito –, adquire um tom de valiosa informação, provocando em suas amigas um alvoroço incontido.

de feição mentalista, ao associar os conceitos a habilidades relacionadas ao seu emprego e uso nas situações ordinárias de aplicação, sem nenhuma vinculação ou demanda por rigorosas linguagens lógico-formais estruturadoras do mundo objetivo. Essa visão marca, mesmo, a transformação da abordagem conceitual da lógica do *knowing that* para a do *knowing how*²⁸⁷.

Em outros termos, abandona-se a noção da busca de um sentido único, fechado – a essência da palavra – para trabalhar com sentidos convencionais, sob a perspectiva de “jogos” de linguagem em que o falante se insere nas práticas contextualizadas daquele jogo, como um participante efetivo, para então compreender, naquele ‘microuniverso’, a apropriação que se busca dar aos termos e frases. Essa visão representa uma radicalização na abordagem dos conceitos, na medida em que incorpora os contornos do giro linguístico, que guarda estrita consonância com a perspectiva que se busca neste trabalho. Assim, pode-se afirmar que

O ensino de uma palavra para Wittgenstein é comparável com o ensino de uso de uma peça no jogo de xadrez. Quando alguém é ensinado a jogar xadrez não aprende as funções da peça denominada “rei do xadrez” apenas ao ser mostrado a forma da figura de um rei, mas sim ao ser descrito as regras de uso da referida peça, onde são relatados os lances válidos com a figura do rei no interior do jogo.

Assim como apontar para a peça “rei do xadrez” e pronunciar seu nome não irá elucidar o uso desta peça no jogo, a associação de nomes a objetos não elucidará os diversos usos da palavra. No caso da compreensão da palavra, ela ocorre em conjunto com uma determinada instrução ou regra de uso nos distintos contextos. Neste sentido, ensinar o significado de palavras tem como função proporcionar o uso destas a partir da isenção em diferentes contextos, em diferentes circunstâncias de uso através da delimitação das finalidades que a palavra pode cumprir. (SILVA, 2011.)

Isso porque, conforme expõe Cruz (2011),

Wittgenstein percebe a impossibilidade de a semântica denotativa dar conta de tal desafio, percebendo que a formação de sentidos, referências e significados são uma possibilidade, ou seja, estão abertos à construção e à reconstrução permanentes, expostos permanentemente ao risco dialético do entendimento sobre o sentido proposto ou não, ou seja, da compreensão ou da incompreensão. Assim, se seu *Tractatus lógico-philosophicus* parte de uma análise semântica da linguagem, suas *Investigações Filosóficas* trazem como elemento central a percepção de que os significados somente podem ser percebidos pelo outro em um contexto de uso da linguagem. (CRUZ, 2011, p. 92.)

²⁸⁷ Sob o ponto de vista dessa lógica, o *know that* representaria ‘um saber o que’ é necessário para designar um objeto, ao passo que o *know how* trabalha sob uma perspectiva radicalmente distinta, no sentido de abandonar a noção de se estabelecer ‘padrões’ de determinação para trabalhar sob o prisma dos usos e contextos do conceito. Em síntese, como explica CRUZ (2011, p. 96), ‘esse know how implica uma técnica na qual os indivíduos empregam vários elementos como o motor, o auditivo, a imaginação. Os processos de imitação, de ampliação, bastante empregados na infância, quando uma “tota tola” se transforma em “coca cola”, permanecem e são revitalizados todo o tempo ao longo de nossas vidas”.

Assim, a lógica do *know how* na concepção dos conceitos tem relação com aquilo que o autor denomina de ‘gramática profunda’, pois se o espelhamento do mundo pode ser considerado no máximo uma gramática de superfície²⁸⁸, a primeira assume “o papel de reconhecer a umbilical relação entre as diferentes formas de vida e o modo como o uso e a significação da linguagem se dariam”. (CRUZ, 2011, p. 97)

Desse modo, as intercambiantes gramáticas das formas de vida são fontes geradoras de significações próprias²⁸⁹. Assim, ao se ouvir um proferimento do tipo ‘a artéria principal está entupida’, um médico poderá associar tal assertiva ao fato de que alguém necessita urgentemente de um procedimento cirúrgico cardíaco, enquanto o Diretor de Operações da Empresa de Controle de Tráfego Municipal imediatamente procurará intervir com medidas que busquem desafogar o fluxo de veículos na via mais importante da cidade. Assim,

Os conceitos não são mais entendidos como um *know that*, estão sempre a caminho da determinação em uma prática/jogo na qual o risco do mal entendido, de uma compreensão truncada ou diversa daquela que pretendia o falante, ou até mesmo da incompreensão, estão sempre presentes. (CRUZ, 2011, p. 96.)

A importância da pragmática em face de uma teoria dos conceitos pode ser também exemplificada tomando como parâmetro termos linguísticos que de acordo com determinada gramática (profunda) ou jogos de linguagem adquirem sentidos radicalmente distintos dos encontrados nos dicionários ou em nosso dia-a-dia. Um típico exemplo ocorre com ‘justiça’, que adquire como padronagem, mesmo para o leigo, um sentido positivo, de forma que é compreendida como algo que deve ser sempre buscado, almejado, alcançado. Não raro, nas ruas, são ouvidos os gritos: “Justiça! Queremos justiça!” Na mesma toada, os dicionários (FERREIRA, 2010, p. 1.221) registram que justiça é “a faculdade de julgar segundo o direito e melhor consciência.” Ora, com frequência se noticia na mídia que bandidos, verdadeiros ‘donos’ de determinadas comunidades, estabelecem ‘tribunais’ em que, por exemplo,

²⁸⁸ Nessa correlação entre os tipos de gramática por ele trabalhadas, verifica-se que “com a gramática profunda, nosso autor pretende demonstrar que o esforço de espelhamento do mundo era um vício de linguagem que esteve presente em toda a história da filosofia. Wittgenstein não nega que os nomes gerados em uma linguagem a partir de um esforço de representação se equivocam ao tentar descobrir a essência lógica que estaria por detrás de tal empreendimento. A seu ver, a ostensividade, presente no ato de apontar para um carro e dizer carro, não passa de uma técnica, de uma habilidade na comunicação humana. Não há qualquer essência no mundo que garanta ao signo um sentido único. Ele sustenta que a empreitada da filosofia mentalista (aqui entendida pelo autor mineiro em sentido amplo, abarcando tanto a metafísica clássica como a filosofia da consciência) é metafísica e jamais chegará a bom termo. A semântica não percebe que o relevante na comunicação humana é o significado que a palavra recebe em determinado jogo de linguagem.” (CRUZ, 2011, p. 97-98.)

²⁸⁹ Assim, “Wittgenstein utiliza a expressão ‘gramática da linguagem’ no sentido amplo de uma ‘gramática da forma de vida’ porque toda linguagem natural está entrelaçada, por sua função comunicativa, com a articulação dos conceitos fundamentais da imagem de mundo e da estrutura social da comunidade linguística.” (HABERMAS, 2007, p. 85.)

bandidos de facções rivais, sob o aplauso de muitos moradores, são executados sumariamente sob o raciocínio de que se está fazendo exatamente justiça... No caso, o sentido construído é radicalmente oposto ao usual, o que escancara as mazelas do culto a um essencialismo que previamente ontologiza o que as coisas são (ou o que o estado delas é).

Na mesma linha e com rara felicidade, Gibson (2008) traslada essa concepção para a seara do Direito Administrativo, aduzindo que

admita-se a hipótese de quando se ouve um determinado som de apito ressonado por uma criança. Neste aspecto, não há razões que apontem para a relevância jurídica de tal somido. Entretanto, se a mesma sensação auditiva for provocada por uma agente público no exercício de sua função de polícia administrativa na organização do tráfego urbano, certamente ela terá seu sentido totalmente diverso daquele externado pela criança, podendo *significar* uma ordem para que se dê seguimento ao fluxo de carros, ou, ao revés, que o motorista permaneça parado. Embora a criança possa ter feito propagar as mesmas ondas sonoras que o agente de trânsito, por certo que o silvo do apito do agente terá um sentido completamente distinto, fazendo repercutir diferentes reações naqueles que recebem tais sons. Da mesma forma, acaso o mesmo somido seja propalado por um árbitro de futebol no desenrolar de uma partida, também os seus efeitos serão diferentes, embora as ondas sonoras possam ser invariavelmente iguais. Repise-se que o som do apito é o mesmo, mas não há atribuição de sentido, uma *essência invariável* pelo qual buscava [o primeiro] Wittgenstein em sua pesquisa filosófica. (GIBSON, 2008, p. 161-162.)

5.2.4 Excurso: o construto de Dworkin

Em sua mais recente obra, *A Justiça de toga* (2010), Ronald Dworkin, quase que em uma homilia autobiográfica, defende, a partir de um diálogo com todos os seus interlocutores e críticos – de pragmatistas a positivistas – que a veracidade das proposições jurídicas são dependentes das convicções morais dos juízes – dentro de seu intransigente moralismo ‘forte’. Essa construção exige que seu conceito (doutrinário) de ‘direito’ seja interpretativo, o que, para ele, não é compreendido por vários de seus oponentes, em especial por Hebert Hart. Para tanto, apresenta uma teoria própria dos conceitos que, na verdade, representa uma interessante composição, que abarca, além da noção essencialista da metafísica clássica, **a concepção criterialista das semânticas tradicionais**, bem como **a visão dos conceitos na lógica do *know how***, já em conformidade com a linha filosófica do segundo Wittgenstein. Assim, trabalha basicamente uma taxionomia dos conceitos, subdividindo-os em **conceitos de espécies naturais, conceitos baseados em critérios** - que pressupõem uma prática fundamental convergente²⁹⁰ - e os denominados ‘**conceitos interpretativos**’.

²⁹⁰ No fundo, o que Dworkin (2010) busca sustentar é que o acordo ou convenção não esgota o conceito de direito.

Em relação aos **conceitos de espécies naturais**, Dworkin (2010) afirma que “as pessoas compartilham alguns conceitos cujos exemplos têm uma estrutura física ou biológica natural – metais, como o ouro, e animais, por exemplo –”, de sorte que, independentemente do grau de profundidade do conhecimento dos falantes acerca da composição ou estrutura molecular e biológica do tigre, é possível a concordância sobre o fato de que o tigre é ‘uma fera muito grande, perigosa e listrada, que pode ser encontrada tanto em zoológicos quanto na selva’, permitindo que a ciência pudesse infirmar a descoberta da verdadeira essência de conceitos desse tipo.

Dentro de sua tipologia, os denominados ‘conceitos baseados em critérios’, não pressupõem, como no tipo anterior, uma essência comum, mas, sim, a existência de concordância sobre os critérios que permitem uma definição, precisa ou não, do termo. Nesse sentido, por exemplo, o conceito de triângulo é considerado preciso, pois não há discussão em entendê-lo como uma figura geométrica que possui três lados, e não quatro ou cinco. Por outro lado, os critérios para se definir o que é casamento são muito menos precisos, seja pelas diversas roupagens sob as quais o instituto pode se apresentar nas mais diversas sociedades, seja pela noção de pluralidade e inclusão, que leva, mesmo, a apaixonados debates, envolvendo a validade desse instituto para casais homoafetivos²⁹¹.

Em resumo, a prática linguística determina a aplicação correta de ambos os tipos de conceito, o de espécies naturais e o baseado em critérios. Nesse cenário, sustenta Dworkin (2010) um terceiro gênero, os denominados ‘conceitos interpretativos’, cujo funcionamento difere daquela tipologia anteriormente descrita²⁹² e que diz respeito “a conceitos seminais de moralidade política e pessoal – de justiça, liberdade, igualdade, democracia, certo, errado, crueldade e insensibilidade”. Nesses termos, as pessoas compartilham o conceito de justiça, no sentido de que é necessário refletir, interpretar e debater sobre essa prática, não obstante ser possível a existência de “agudas divergências tanto acerca dos critérios para a identificação da injustiça quanto acerca da verificação de quais instituições são injustas”.

(Assim), as pessoas do universo do boxe compartilham o conceito de vencer um assalto, ainda que muitas vezes não estejam de acordo sobre o vencedor de determinado assalto e sobre os critérios concretos que deveriam ser utilizados para

²⁹¹ A esse título, recentemente a quarta turma do STJ, no julgamento do RESP 1183378-RS, reconheceu a validade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, avançando, nesse ponto, em relação ao STF, que nos julgamentos da ADI 4277 (BRASIL, 2009b) e da ADPF 132 (BRASIL, 2008d) conferiu natureza de união estável a esse tipo de relação.

²⁹² Para Dworkin (2010, p. 19), “os conceitos interpretativos também exigem que as pessoas compartilhem uma prática: elas devem admitir consensualmente que o conceito seja tratado como interpretativo. Mas isso não significa que também devam estar de acordo quanto à aplicação do conceito. As pessoas podem compartilhar tal conceito mesmo quando divergem drasticamente quanto a seus exemplos”.

se decidir tal questão. Cada uma delas entende que as respostas a essas perguntas dependem da melhor interpretação das regras, convenções e expectativas, bem como de outros fenômenos do boxe, e do melhor modo de aplicar tudo isso conjuntamente quando da decisão de uma situação específica.

[...]

Portanto, uma boa teoria de um conceito interpretativo – uma teoria da justiça ou de se ganhar um assalto em uma luta de boxe – não pode simplesmente descrever os critérios que as pessoas usam para identificar casos ilustrativos ou apenas expor a estrutura profunda daquilo que a maioria entende como exemplos. Uma boa teoria de um conceito interpretativo deve ser, em si mesma, uma interpretação, de caráter provavelmente polêmico, da prática em que está inserido o conceito. (DWORKIN, 2010, p. 16-19.)

Portanto, conclui o autor:

Para elaborar o conceito, atribuímos valor e propósito à prática e formulamos concepções sobre as condições de veracidade das afirmações particulares que as pessoas fazem no contexto da prática, à luz dos propósitos e valores que especificamos. (DWORKIN, 2010, p. 19.)

Em que pese a sólida construção do jurista americano, suas conclusões não estão imunes a críticas. Isso porque parece que Dworkin (2010) cai em uma contradição: será que ao buscar se afastar de uma visão essencialista do Direito - que visa assegurar-lhe um sentido único, hermético –, construindo uma taxionomia²⁹³, também ele não estaria aprisionando o sentido do Direito nessas classificações? Será que o autor americano não se encontra preso exatamente àquilo de que busca se afastar? Não seria mais adequado compreender todos os conceitos de Direito por ele trabalhados como convencionais e dependentes de interpretação e contextualização?

Nesse particular, será que os ‘conceitos baseados em critérios’ também não exigiriam uma postura interpretativa do operador, na medida em que fica evidente que somente em uma gramática linguística pode-se construir o sentido do que seja um ‘critério’? ; e de outro, como não admitir, por exemplo, o fato de que o suposto ‘cientificismo’ do conceito de espécie natural *homo sapiens*, na verdade não agrega um componente interpretativo, na medida em que pressupõe a consideração filosófica da modernidade de um ‘homem sábio’, racional, que controla e domina o ‘objeto’ natureza?

²⁹³ Segundo DWORKIN (2010, p. 315), conceitos de Direito podem ser assim estabelecidos: “o conceito doutrinário, que usamos para afirmar o que o direito de alguma jurisdição requer, proíbe ou permite (‘A ignorância não é defesa perante o direito’), o conceito sociológico, que usamos para descrever uma forma específica de organização política (‘Os romanos desenvolveram uma forma complexa e sofisticada de direito’); o conceito taxionômico, que usamos para classificar uma regra ou um princípio específico como um princípio jurídico, e não de outro tipo (‘Embora a regra de que sete mais cinco são doze conste de alguns argumentos jurídicos, em si mesma ela não constitui uma regra de direito’); e o conceito aspiracional, que usamos para descrever uma virtude política particular (‘O Tribunal de Nuremberg preocupava-se com a natureza da legalidade’)”.

Em outras palavras, o que se busca apontar é que a linguagem envolve a formulação de ‘conceitos de conceitos’ em uma espiral que se sustenta na gramática profunda de um jogo de linguagem nos moldes de uma análise pragmática da linguagem com esteio nos ensinamentos do segundo Wittgenstein.

Nesse contexto, um outro ponto que merece ser destacado é sua suposta ojeriza ao pragmatismo. Ora, o que deve restar claro é que, na verdade, suas investidas são dirigidas contra a posição do (neo)pragmatista Richard Rorty (2005), que sustenta a falácia da existência da verdade, e por consequência, de uma ‘resposta correta’ - e para o caso do Direito - dos proferimentos judiciais²⁹⁴.

Isso porque uma abordagem que sustente a teorização desenvolvida por Dworkin - ainda que o autor não faça essa associação direta - permite que se correlacione em especial seu modelo de conceitos de espécies naturais com a noção de ostensividade trabalhada em Hilary Putnam (2003). Nos dizeres do pragmatista americano:

[...] o modo intuitivo para a formação de conceitos observa a noção de que a intensão implica a extensão. Quando mostramos dentro de um copo a água e apontamos para ela dizendo “água!”, intuitivamente reconhecemos a extensão do conceito. Essa forma ostensiva de aprendizado dos significados indica uma técnica, uma habilidade do homem de lidar com conceitos. Essa intuição se explicaria porque, a seu ver, **os tipos naturais** possuiriam um componente indexical que faz com que nós nos satisfaçamos com a relação de ser a mesma coisa aquilo que tem propriedades semelhantes. A língua tem componentes ostensivos para formação de conceitos que são dados a nós desde sempre, ou seja, desde que os indivíduos se tornam pessoas que detenham capacidade de interação competente dentro de uma língua. Logo, mais uma vez, essa **ostensividade** não é uma criação do indivíduo, mas um construto social imanente a qualquer linguagem, ou seja, possui um componente convencional. Os conceitos deixam de ser ‘formas de pensamento’ e assumem a condição de uma habilidade reconhecida dentro de uma comunidade de falantes. (CRUZ, 2011, p. 89.)

5.3 Uma Paragem pragmática

5.3.1 A resposta

Nesse ponto da tese, faz-se necessário um novo ponto de parada. De fato, com o construto feito até o presente momento, resta delineado que a visão encampada, ao exortar as potencialidades pragmáticas da linguagem, não admite qualquer distinção apriorística entre conceitos determinados e conceitos indeterminados. Nesse particular, a primeira constatação, e seria despidendo repetir a argumentação desenvolvida, é que se afigura totalmente falaciosa

²⁹⁴ Para maiores detalhes sobre esse ponto específico, consultar a introdução e o capítulo 2.

a tentativa de se conferir univocidade de sentido a um termo ou frase com base em características ou propriedades idôneas a captar as essências, o que, em verdade, constitui um fetiche da linguagem. A esse respeito e com refinada ironia, o poeta argentino Jorge Luis Borges zomba dessa postura, emoldurando sua ácida crítica com os seguintes versos:

Se o nome é o reflexo da coisa
(como diz o grego no Crátilo),
nas letras de ‘rosa’ está a rosa
e todo o Nilo na palavra ‘Nilo’
(CATARSE..., 2012).

Com essa primeira perspectiva, vale dizer que buscar as noções de determinação e indeterminação com base nas construções derivadas da metafísica clássica ou na semântica fregeana, que correlaciona os signos com suas respectivas intensões e extensões (ambas essencialistas a seu modo), também não se sustenta perante a navalha pragmática, que escancara as mazelas da busca daquilo que algo ‘é’.

Para exemplificar essa constatação, será usada, como ponto de partida, uma análise dos conceitos das entidades integrantes da Administração Pública Indireta²⁹⁵, em função da sofisticada construção fregeana²⁹⁶, que permite a inferência de que a determinação ou indeterminação é ‘medida’, no plano intensional, por um maior ou menor número de características ou propriedades, ávidas a encontrar a essência de um ‘objeto’ ou estado de coisas a ser referenciado. O roteiro para demonstrar essa falácia começa por um detalhado estudo crítico do conceito (determinado) do que seja uma Empresa Pública a partir de algumas das características infirmadas a esse tipo de entidade pela legislação brasileira de regência – Decreto-Lei 200/67 –, transita por uma avaliação menos pormenorizada das sociedades de economia mista, pela posição da jurisprudência pátria em face das autarquias e fundações públicas e fecha o ciclo exemplificativo com uma análise crítica do conceito de justa indenização no instituto da desapropriação; e, por fim, como desdobramento ampliado, por uma crítica a alguns institutos clássicos do Direito Administrativo, que se apresentam, no conjunto da obra, como as balizas da sua desconstrução nos moldes intentados neste trabalho.

²⁹⁵ A doutrina tradicional ou clássica elenca como entidades pertencentes à Administração Pública as Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. A perspectiva é dita clássica, pois, dentre os novos formatos em que o Estado pode se estruturar, incluem-se, ainda, na Administração Indireta, os denominados ‘consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público’, nos termos da Lei 11.107/2005 (BRASIL, 2005a), e, no caso do Estado de Minas Gerais, por exemplo, as entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado, nos termos da expressa previsão estatuída no art. 14, § 1º, V, da Constituição do Estado de 1989.

²⁹⁶ A opção por Frege para essa demonstração se dá exatamente pela estruturação lógica de seu modelo, o que facilita a compreensão do leitor.

5.3.1.1 Crítica à natureza jurídica das entidades da Administração Indireta

5.3.1.1.1 Empresa Pública

O Decreto-Lei 200/67 (BRASIL, 1967), instrumento normativo que disciplina a Administração Pública Federal, em seu art. 5º, II, conceitua Empresa Pública como sendo

a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito (BRASIL, 1967)²⁹⁷.

Dessa construção legislativa, podem ser extraídas algumas propriedades intensionais correlacionadas, que se prestam a identificar univocamente (sic) essa entidade da Administração Indireta. Assim, de acordo com a lei, ligam-se a uma empresa pública as seguintes noções:

- a. Pessoa jurídica
- b. De direito privado
- c. ‘Criada’ por lei
- d. Capital exclusivo da União
- e. Desenvolvimento de atividades econômicas
- f. Qualquer forma societária admitida pelo Direito

Segundo esse modelo, poderíamos captar, então, a essência do que seja uma empresa pública com base nessas propriedades descritivas. Certo? Errado! Assim, essa constatação dar-se-á pela desconstrução de cada uma dessas características para demonstrar que por meio delas não é possível estabelecer *a priori* o que uma empresa pública é, ou, em outras palavras, qual a sua natureza jurídica. Isso porque, ao ficar demonstrado que se as próprias características associadas às entidades abordadas são variáveis, mutáveis no curso das situações cotidianas do mundo da vida, portanto desprovidas de essência, por óbvio fica desnudada a falácia da natureza ou essência daquilo que elas se prestam a determinar de

²⁹⁷ Pelo princípio da simetria, essa definição pode ser amplificada para os demais entes federativos como Estados e Municípios.

forma precisa, clara, determinada.

a. Pessoa Jurídica²⁹⁸

A primeira vista, o leitor (crítico) pode imaginar que o ‘conceito’ de pessoa jurídica é algo unívoco, determinado aprioristicamente. Nesse sentido, como um passe de mágica, bastaria consultar a um manual de direito civil, por exemplo, para que todas as suas inquietações fossem dissipadas. Em síntese, no imaginário do operador desavisado, em sua sede de certeza e segurança, esse conceito (eterno) estaria de plano disponível nas prateleiras das lojas ou bibliotecas. Contudo, (in)felizmente, a vida não se comporta dessa forma simplista. Explica-se melhor.

De início, vale dizer que não é sem sentido afirmar que as robustas construções teóricas (tradicionais) que se debruçam sobre a temática das pessoas jurídicas, a ponto de envolver no debate autores como Savigny, Kelsen ou Hart, padecem de um mal comum que este trabalho busca denunciar: o incontrolável fascínio que a busca da essência de algo exerceu e continua a exercer sobre o homem, o que se afigura quase como um vício incurável, que o obriga invariavelmente a perquirir o que uma coisa ou estado delas é²⁹⁹, como condição de possibilidade para que possa ter algum significado.

Essa ousada constatação pode ser delineada a partir das inúmeras teorias que se propuseram (ou tentaram) explicar aquilo que uma pessoa jurídica essencialmente é³⁰⁰, conforme expõe Nino (2010, p. 264-277), aqui apresentadas em suas linhas gerais.

Assim, de um lado, **as teorias negativas** assentam-se na premissa de que só podem ser sujeitos de direito as pessoas físicas, de sorte que as sociedades ou pessoas coletivas, na verdade, são visualizadas a partir (ou sob a ótica) dos indivíduos que a compõem. Então quando se diz que a ‘empresa X é a proprietária de um prédio’, está-se a fazer referência, em verdade, a uma ‘substituição’ de ‘empresa X’ por um grupo (conjunto) de pessoas físicas.

Por outro lado, **as teorias “realistas”** defendem a existência real das pessoas coletivas, que se apresentam como um ente autônomo em relação aos indivíduos que dela fazem parte, como um (super)organismo ‘vivo’, dotado de vontade própria e independente³⁰¹.

²⁹⁸ Já de início, convém apontar que a própria noção de pessoa jurídica apresenta uma contradição, na medida em que é compreendida conceitualmente sob a roupagens de *pessoas coletivas* em oposição a *pessoas naturais*, o que tornaria inadequada, por exemplo, a existência de empresas individuais.

²⁹⁹ Em outras palavras, seria necessário fazer referência, ainda que indireta, a algo no mundo.

³⁰⁰ Esse fetiche em relação ao fundamento pelo qual as pessoas jurídicas podem ser sujeitos de direitos e obrigações surge exatamente pelo fato de, diferentemente das pessoas naturais, não possuírem existência ‘real’, palpável.

³⁰¹ Nesse particular, notar a semelhança dessa construção com a denominada ‘teoria organicista da sociedade’,

Assim, o foco dessa abordagem considera como se a ‘empresa X’ fosse, de fato e de verdade, a ‘empresa X’.

Uma terceira via, **a teoria da ficção**, desenvolvida por Savigny, admite que do ponto de vista de confrontação com a realidade (empírica) só existem as pessoas naturais, mas não há nenhuma vedação para que o ordenamento jurídico admita, **de forma fictícia**, que determinadas entidades possam ser sujeitos de direito, afigurando-se como uma ‘entidade simulada’. Importante frisar que nesse modelo as pessoas coletivas são reféns do Estado, que ao deter o monopólio do direito, pode criá-las, extingui-las e atribuir-lhes uma ‘vontade artificial’ para que possam cumprir suas finalidades³⁰². Desse modo, finge-se ou imagina-se que a ‘Empresa X’ existe e seus atos são praticados por ‘homens imaginários’.

Por fim, **a teoria de Kelsen**, que aborda a questão sob uma perspectiva própria e original, que de modo bem resumido considera que

muitas vezes a ciência jurídica, por conveniência técnica na apresentação do direito, *personifica* os conjuntos normativos, imputando-lhes atos de exercício de direitos e cumprimento ou descumprimento de deveres realizados por certos homens. Assim, quando se diz “a sociedade X interpôs uma ação judicial”, está sendo atribuído ao sistema de normas constitutivo da sociedade X o ato de um certo indivíduo.(NINO, 2010, p.269.)

Em resumo, para Kelsen, a expressão “pessoa jurídica não denota uma espécie de homem imaginário, mas algo real, ou seja, um **conjunto de normas** às quais os juristas atribuem os atos dos indivíduos que agem de acordo com elas”. (NINO, 2010, p. 270-271.)

Observa-se que todas essas teorias possuem o pressuposto comum de conceber a pessoa jurídica como ‘algo’, no sentido de se definir o que ela é, ou seja, obrigatoriamente deve denotar alguma coisa que varia de acordo com cada uma das teorias: um conjunto de indivíduos (teorias negativas), um superorganismo (realistas), um ente imaginário (ficção) ou um conjunto de normas (KELSEN)³⁰³.

tal qual era compreendida a *pólis* grega. Convém lembrar que nesse modelo o indivíduo é apenas parte de um todo orgânico, que é a sociedade, de sorte que sua realização como cidadão só é plena dentro dos seus contornos. O trágico destino de Sócrates, que preferiu a morte ao degredo, é sintomático nesse sentido.

³⁰² Apenas a título ilustrativo, vale menção à maneira pela qual a filosofia das lógicas trabalha a questão dos nomes próprios não denotativos, tal qual Sherlock Holmes, que é um personagem fictício. Assim, conforme explica Haack (2002, p. 109-110), “foi sugerido [...] que uma linguagem formal apropriada para representar o discurso sobre Holmes poderia requerer um domínio de entidades de ficção, de forma que o nome ‘Sherlock Holmes’ denote mesmo, embora denote um objeto ficcional, não um objeto real”. Tais sistemas são conhecidos como **lógicas livres**, isto é, livres de compromisso existencial.

³⁰³ Nino (2010, p. 271) enceta ácidas críticas à concepção kelseniana de pessoa jurídica. Para o jurista argentino “não parece que o que os juristas personifiquem, quando falam de uma sociedade, seja uma ordem jurídica. Quando se diz que uma sociedade atua, nem sequer de modo inconsciente está-se supondo que age um sistema de normas. É compreensível que, em uma visão antropomórfica da realidade, se personifiquem animais, certas coisas ou determinados fenômenos; mas não tem sentido lógico anunciar a realização de condutas por um

Entretanto, o enfoque adequado a ser dado, como expõe Nino (2010, p. 272-273), passa por “desistir de tentar definir a expressão ‘pessoa jurídica’, de tal modo que ela denote algum tipo de entidade – sejam seres humanos, organismos supraindividuais ou entes fictícios –, e, em contrapartida, centralizar a análise nas funções que essa expressão cumpre em diferentes contextos”.

Portanto, se o conceito de ‘pessoa jurídica’ não é idôneo para captar sua própria essência, muito menos se presta a traduzir a essência de uma empresa pública, pois, o ‘vício’ da parte, por extensão, leva à ‘vicissitude’ do todo.

b. De direito privado

Pode-se ainda avançar um pouco mais nessa senda, como é o caso da relação entre o público e o privado como pedra de toque da estruturação e ação da Administração Pública, e que no exemplo se materializa na caracterização dos contornos da personalidade jurídica de direito público e na personalidade jurídica de direito privado como fator de diferenciação das entidades da Administração Pública. Isso porque essa dicotomia entre público e privado³⁰⁴ não é tematizada de forma adequada, principalmente levando-se em consideração que essa rígida distinção remonta ainda ao direito romano, em especial pelos ensinamentos do jurisconsulto Ulpiano³⁰⁵, no sentido de que o primeiro disciplinaria os negócios do Estado³⁰⁶, a coisa pública, enquanto o outro cuidaria dos interesses dos particulares, dentro de uma lógica de que “um termina onde o outro começa”, em um claro antagonismo entre o que é público ou do Estado e o que é privado ou afeto aos particulares.

conjunto normativo (é quase como anunciar condutas dos números). Além disso, entre as coisas que se atribuem às sociedades está a posse de certos direitos e obrigações; na verdade, seria um quebra-cabeça lógico supor que a um conjunto de normas são atribuídos direitos e obrigações que, precisamente, derivam delas. Não se corrige o absurdo esclarecendo que essa forma de falar é só um recurso técnico dos juristas e que, na realidade, os direitos e obrigações correspondem aos indivíduos”.

³⁰⁴ Nesse particular, Faria (2011a, p. 12) afirma que “perfunctoriamente a ordem jurídica é una. Não existem portanto, vários direitos”.

³⁰⁵ “Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privati.” (Ulpiano, “Digesto”, I, I, I e 4) (A GRANDE..., 2012.)

³⁰⁶ Poder-se-ia nesse interim, expandir o debate para sustentar que a relação entre público e privado passa obrigatoriamente pela discussão das várias teorias e roupagens que se debruçaram para tentar estabelecer o que o Estado é, ou seja, sua essência. Entretanto, não se pode deixar de colocar que seu sentido varia no curso da história, exemplificado, primeiramente, pela discussão de sua origem estrita: se desde sempre, se na antiguidade ou como fruto da renascença moderna, ou da recente formatação dos estados supranacionais da contemporaneidade. Isso passa, como explica Soares (2008, p. 73-74), pela “análise das concepções antropológicas, filosóficas e jurídicas” uma vez que “possibilitam a compreensão das rupturas econômicas e políticas, refletidas na mudança de paradigmas, que desvendam as transformações sofridas pelas instituições políticas no desenrolar do processo histórico.”. Em resumo, cabe a pergunta: É possível infirmar uma essência para o Estado?

Ora, essa cisão é absolutamente desprovida de sentido, principalmente quando se tem como referencial – a partir de uma ampliação da esfera pública de debates como fator de legitimidade das ações estatais – que essas linhas do que é ‘público público’ e do que é ‘privado privado’ são meras conjecturas vazias. São muitos os exemplos a ilustrar essa nova perspectiva. Nesse sentido, as inúmeras figuras surgidas com a adoção no Brasil, no final do século passado, de um modelo estatal gerencial, com foco na eficiência e em resultados, demonstram que as relações entre Estado e particular gravitam sobre um eixo apenas. Assim, de um lado, para além das discutíveis privatizações, constata-se a expansão das relações com o chamado ‘terceiro setor organizado’ – Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) – e, de outro, o surgimento e o desenvolvimento de institutos, como as denominadas ‘Parcerias Público-Privadas’, e a busca de uma inimaginável consensualidade em assuntos envolvendo o exercício da função administrativa, o que era deveras inconcebível, cuja roupagem se materializa naquilo que se denomina ‘princípio da subsidiariedade’³⁰⁷.

Assim sendo, nos termos propostos, também não se pode afirmar que o fato de ter formalmente ‘personalidade jurídica de direito privado’ seja adequado para captar a natureza de uma empresa pública.

c. ‘Criada’ por lei

Essa questão também comporta uma interessante análise sobre diversos pontos, o que, da mesma forma, demonstra como são limitados os contornos meramente semânticos da linguagem. De início, vale dizer que o diploma normativo de regência da matéria – Decreto-Lei 200/67 (Brasil, 1967) – textualmente exige a **criação**, por lei, de uma empresa pública³⁰⁸. Ora, se, por um lado, o Decreto-Lei exige a ‘criação’ por lei, do outro, a Constituição de 1988, na dicção do art. 37, XIX³⁰⁹, é expressa no sentido de se exigir ‘autorização’ legislativa. Afinal, existe uma essência do que seja ‘criação’ e outra do que seja ‘autorização’? O fato, por exemplo, de uma empresa pública ser ‘criada’ e não autorizada por lei é suficiente para descaracterizá-la como tal? Nesse sentido, vale menção à Lei nº 7.475/89

³⁰⁷ Cujos contornos já foram abordados neste trabalho. A esse respeito, conferir o tópico 4.4.2.

³⁰⁸ O mesmo raciocínio vale para uma Sociedade de Economia Mista.

³⁰⁹ Art. 37, XIX, da CR/88 : “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir suas áreas de atuação”.

do Município de Belém do Pará que **criou a** Companhia de Transportes do Município de Belém (CTBEL), empresa pública responsável pelo transporte de passageiros daquela municipalidade³¹⁰. Nesse particular, questiona-se: será que essa armadilha semântica ganha relevo nessa discussão³¹¹? ‘Criar’ ou ‘autorizar’ têm essência para o deslinde desse debate? A resposta só pode ser negativa, como demonstra a realidade, a vida.

Um outro ponto relaciona-se com o próprio instrumento normativo idôneo a instituir tais entidades. Seria possível o debate sobre se a referida exigência quer significar uma lei em sentido formal ou em sentido material? Nessa linha, uma medida provisória, que como condição de eficácia não exige o crivo legitimador do devido processo legislativo, poderia ser adotada? Como fato exemplificativo dessa situação menciona-se a controvertida MP 520/2010³¹², que autorizava o Poder Executivo a criar a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares S.A. (EBSERH) com essência de empresa pública, mas que a oposição, por meio de manobras, exatamente pela ausência de um debate mais aprofundado, trabalhou intensamente para que o referido instrumento normativo perdesse a eficácia. Entretanto, como se observa do exemplo dado, a medida provisória é instrumento legislativo hábil a autorizar ou criar (?) tais entidades, por ter ‘natureza’ de lei (em sentido material).

Mais uma vez, a conclusão é que ‘criação’ por lei nada contribui para definir a natureza jurídica de uma empresa pública.

d. Capital Exclusivo da União

A celeuma envolvida nesse ponto específico perpassa toda a construção empreendida nesta tese³¹³ acerca de uma indevida tentativa, por influência cartesiana, de se compreender as ciências a partir de um rigor matemático, como se isso fosse capaz de garantir a segurança, a certeza e a previsibilidade tão caras ao homem. Nesse particular, reveladoras são as palavras de Boaventura de Sousa Santos (2001):

³¹⁰ Art 1º da Lei 7.475/89: “Fica **criada como empresa pública** a Companhia de Transportes do Município de Belém (CTBEL), que a Prefeitura Municipal de Belém organizará sob o regime jurídico das empresas privadas em geral, nos termos do art. 173 da Constituição Federal, com sede nesta cidade e com o objetivo de organizar e prestar o serviço público de transporte de passageiros e de trânsito.”

³¹¹ Ilustrativamente, alguns gestores públicos, quando confrontados com a determinação do Tribunal de Contas para suspender cautelarmente um procedimento licitatório, optam por ‘revogar’ os certames para adiantarem a supressão dos vícios apontados, quando a medida correta seria a anulação, haja vista que o motivo apontado (revogação se apresenta no caso de ausência de conveniência e ou oportunidade para seguimento da licitação). Não obstante tal constatação, a situação é relevada, pela falha de pouca importância, sem repercussões maiores no bojo da atividade controladora do Tribunal.

³¹² Que na verdade, segundo os críticos, representaria uma ‘privatização’ indevida dos hospitais universitários.

³¹³ Em especial no tópico 3.3.3.

“O rigor científico, porque fundado no rigor matemático, é um rigor que quantifica e que, ao quantificar, desqualifica, um rigor que, ao objectivar os fenômenos, os objectualiza e os degrada, que, ao caracterizar os fenômenos, os caricaturiza”. (SANTOS, 2001).

Nesse cenário, a expressão ‘capital exclusivo’ da União poderia ser reescrita como ‘capital 100 %’ da União. Ora, qual o alcance dessa expressão? Sobre isso, algumas questões podem ser levantadas. De início, é imperioso deixar claro que essa ‘precisão’ matemática, em verdade, é totalmente artificial, como se observa, por exemplo, a partir da própria extensão do termo ‘União’ para o caso.

Isso porque uns poderiam dizer, de forma mais restrita, que para a aferição da exclusividade do capital, deve-se considerar que ‘União’ denota apenas a pessoa jurídica de direito público interno; outros, com base no Decreto-Lei 900/69 (BRASIL, 1969)³¹⁴, admitem também a participação de entidades da Administração Indireta na composição do capital da Empresa Pública, ampliando a extensão do termo.

Nesse segundo caso, surgiria um problema adicional. Ora, ao se admitir a participação de entidades da administração direta e indireta de forma ampla, deve-se partir do pressuposto de que as sociedades de economia mista, cujo conceito estabelecido no ordenamento jurídico pressupõe capital misto, ou seja, público e privado, também devem estar incluídas no rol daquelas entidades aptas a integrar o capital das empresas públicas.

Assim, sob essa perspectiva, uma empresa pública, cuja parte do capital fosse composto por uma sociedade de economia mista, pelo menos em tese, e de forma indireta, teria capital privado na sua constituição, o que obviamente ‘desnaturaria’ seu conceito de capital exclusivo. O cético, nesse caso, poderia objetar que para efeito da ‘exclusividade’ do capital exige-se tão somente que a entidade componha a Administração Pública indireta, ou seja, faça parte do arcabouço estrutural do Estado.

Assim, de forma silogística (sic), se a sociedade de economia mista pertence à Administração Indireta, poderá participar do capital de uma empresa pública. Entretanto, o raciocínio não é simplista assim, na medida em que não se presta a assegurar a pureza do conceito. Isso porque, contrário senso, o fato de o capital ser composto, na sua totalidade, por entidades da Administração Pública (direta ou indireta) não lhe assegura a natureza de empresa pública, tal qual se infere do caso da BHTRANS, empresa responsável pelo gerenciamento do tráfego em Belo Horizonte, que não obstante possua capital ‘100 %

³¹⁴ Art . 5º Desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da Empresa Pública (artigo 5º, inciso II, do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967), **a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios.** (BRASIL, 1967, grifo nosso).

público’(sic) – tabela abaixo – é constituída formalmente como sociedade de economia mista.

Tabela 1- BHTRANS - Participação Acionária

PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA	
Prefeitura Municipal de Belo Horizonte	98,00%
Superintendência de Desenvolvimento da Capital – SUDECAP	1,00%
Empresa de Informática e Informação do Município de Belo Horizonte	1,00%
TOTAL	100,00%

Fonte: MINAS GERAIS, 2011.

Nessa mesma linha, seria possível afirmar que a essência ou natureza de uma empresa pode ser medida pelo fato de o capital ser 99,9 ou 100% público? A resposta só pode ser um sonoro ‘não’. Essa constatação remete a dois interessantes exemplos. O primeiro diz respeito ao prazo de validade de um produto. Ora, essa matematização excessiva pode levar à absurda crença de que comer um alimento às 23h59min do último dia de sua validade não faz mal algum à saúde, ao passo que consumi-lo às 00h01min do dia seguinte causa problemas ao organismo. O outro diz respeito à intrincada e controvertida questão da maioria penal. Polêmicas à parte, a fixação da idade de 18 anos como fato delimitador daquilo que é considerado crime, e do que não é, permite que um homicida contumaz que cometa uma conduta compatível com um homicídio doloso triplamente qualificado às 23h59min do dia anterior àquele em que completa 18 anos seja considerado inimputável, enquanto um outro que pratique o mesmo delito às 00h01min do dia do seu aniversário possa ser condenado até 30 anos de reclusão.

No plano da jurisprudência pátria, a esse respeito, reveladora foi a conclusão do STF no julgamento do HC 73.662 que tratava da interpretação do então vigente art. 224 do Código Penal³¹⁵, cujo teor disciplinava a chamada violência presumida nos casos dos crimes contra a liberdade sexual. Assim, segundo o referido comando legal, a simples ocorrência de conjunção carnal com menores de **14 anos** implicaria automaticamente a tipificação da conduta como estupro, haja vista a presunção da violência para casos dessa natureza. Na oportunidade, com base na lavra do voto condutor ministro Marco Aurélio, a Suprema Corte demoliu essa premissa exegética (e matemática) como se infere da ementa colacionada:

³¹⁵ O referido artigo foi revogado pela lei 12.015 de 2009 (BRASIL, 2009b).

HC 73662/ MG – Minas Gerais
HABEAS CORPUS
Relator Min. Marco Aurélio
Julgamento: 21/05/1996

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal. (BBRASIL, 1996, grifo nosso).

e. Desenvolvimento de atividades econômicas

Essa questão remete a interessantes divagações, que envolvem especialmente a tentativa vã de se delimitar com precisão o que é uma atividade econômica – e sua relação com os chamados serviços públicos – e o eterno questionamento, já abordado, dos limites ou fronteiras entre o público e o privado.

Assim, de início, vale dizer que, tal qual estabelecido textualmente na legislação pátria, as empresas públicas destinar-se-iam a desempenhar atividades econômicas ou, em outros termos, ações estatais de cunho empresarial. É fundamental deixar claro que nos termos do disposto na CR/88, a atividade econômica deve ficar a cargo da iniciativa privada (art. 170), cabendo ao Estado uma intervenção direta nessa área (atividades empresariais) somente em determinadas situações específicas, como aquelas necessárias aos imperativos de segurança nacional ou interesse coletivo. (art. 173, caput). (BRASIL, 1988).

O primeiro questionamento que aqui se coloca, ainda que de forma rasa, é que efetivamente não há uma compreensão ontológica do que seja ‘segurança nacional’ ou ‘interesse coletivo’. Petróleo é uma questão de segurança nacional? Atividades aeroespaciais o são? O que é ‘interesse coletivo’? Se o Estado gere interesses da sociedade, será que em tudo o que o Estado coloca sua ‘cara’ não há interesses da sociedade em jogo? A resposta é que não existem tematizações adequadas para essas colocações.

Ademais, essa discussão se amplifica quando se passa a um outro questionamento, de outra ordem: como compatibilizar essa perspectiva com a constatação, por exemplo, de que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT), na verdade, presta um serviço público,

nos termos da previsão constitucional estabelecida no art. 21, X³¹⁶? A legislação não é clara ao estatuir que a empresa pública se presta a desempenhar atividade econômica?

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho (2009), em um hercúleo esforço, reelabora a definição normativa e elenca como atividades inerentes às empresas públicas tanto atividades gerais de caráter econômico como a prestação de serviços públicos, ainda que ocasionalmente, aduzindo, em síntese, para justificar sua posição, que atividade econômica é um gênero do qual subsistem, como espécies, a atividade econômica em sentido estrito e os serviços públicos. Nessa linha, prossegue o autor afirmando que

[...] não são todos os serviços públicos que poderão ser exercidos por sociedades de economia mista e empresas públicas, *mas somente aqueles que, mesmo sendo prestados por empresa estatal, poderiam sê-lo pela iniciativa privada*. Desse modo, excluem-se aqueles serviços ditos *próprios* do Estado, ou seja, aqueles que só o Estado pode executar, como a segurança pública, a prestação de justiça, a defesa da soberania nacional. Excluem-se também aqueles outros que têm acentuada coloração social e que, por isso mesmo, se apresentam deficitários, como os de assistência social a certas categorias sociais ou os de apoio a regiões desfavorecidas. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 475).

O grande problema é que o autor não percebe que mesmo essa construção é, em verdade, uma armadilha, pois somente revela problemas, de outro matiz, que não conseguem ser solucionados, tais como a ausência de critérios (ou pelo menos sua fragilidade deles)³¹⁷ para se distinguir atividades econômicas de serviços públicos, bem como da absoluta impropriedade em se diferenciar serviços próprios do Estado daqueles que não o são. Mas isso precisa ser melhor explicado.

Nesse particular, é obrigatória a menção à forma original pela qual Gibson (2008) abordou a questão, descortinando com propriedade as mazelas dessa concepção clássica que se aferra a dicotomias rígidas, que, por esse fato, engessam as pluripotencialidades da linguagem. Assim sendo, aduz o autor que

Não parece que os papéis a serem desempenhados pelo Estado e pelo particular sejam tão definidos como antes se admitia sem que sejam promovidas maiores problematizações, nem mesmo se houver definição legal acerca do tema³¹⁸; o predicado de legitimidade não pode mais acriticamente ser atribuído à legalidade. **Isso posto, não se podem classificar como indubitáveis os limites que definam o que vem a ser um serviço público e uma atividade econômica em sentido estrito.**

³¹⁶ “Art. 21 – Compete à União. X- **manter o serviço postal** e o correio aéreo nacional.”

³¹⁷ Como, por exemplo, a asserção de que serviços públicos assim se caracterizariam por estarem submetidos ao regime jurídico de direito público, enquanto as atividades econômicas estariam caracterizadas pela submissão à disciplina do direito privado, como defende Mello (2006).

³¹⁸ Essa constatação é fundamental, pois após serem gastos, de forma infrutífera, rios de tinta para se definir o que um serviço público é (sua essência), na prática, públicos são os serviços que a lei assim considera.

(GIBSON, 2008, p. 110-111, grifo nosso).

Na sequência do desenvolvimento de seu raciocínio, o autor apresenta interessante exemplo, que descortina essa problemática, do corte de energia elétrica em caso de inadimplemento, questão que vem sendo tratada de forma distinta e, por que não, paradoxal pela jurisprudência pátria. Ora, se um serviço público tem como característica o fato de ser essencial, universal, contínuo, não passível de interrupção – na forma posta pela doutrina³¹⁹ –, como justificar o fato de que, havendo culpa do consumidor (que pode até ser o Poder Público, objeto deste estudo), como no caso do não pagamento da conta de luz, a energia seja cortada para alguns (passando a noção de ser uma atividade econômica) e mantida para outros (inserido, então, na ‘essência’ de serviço público), com base em uma suposta ‘importância’ de uns sobre outros? O tratamento não deveria ser igualitário? Por que é possível o corte em ginásios, bibliotecas municipais, câmaras de vereadores – RESP 460.271 SP (BRASIL, 2005b) – e vedado em hospitais, centros de saúde, escolas e creches – RESP 845.982 RJ? (BRASIL, 2006b) Não seria uma contradição associada ao conceito? Qual o critério utilizado? Bibliotecas não estão intimamente ligadas à educação e também a escolas? Não seria essa posição contraditória? O que a jurisprudência na verdade explicita subliminarmente é aquilo que muitos não querem (ou não conseguem) enxergar: não há como estabelecer a essência ou natureza do que quer que seja.

Ademais, essa noção de serviços próprios do Estado é por demais limitada. Ora, sem alongar muito o debate, focando na ideia de Carvalho Filho (2009), de que a segurança pública seria serviço típico do Estado, visto que sequer pode ser delegado, como explicar a paranoia da violência que aflige o lar e a família dos cidadãos brasileiros? Se é cediço que não vivemos em um mundo seguro, como se comporta esse mesmo Estado frente à explosão dos condomínios fechados, dos carros blindados, da segurança (armada) privada? Definitivamente, não há como sustentar que devemos aguardar que o onipotente aparato estatal nos assegure uma vida digna e principalmente paz e tranquilidade, simplesmente porque se trata de um serviço que aprioristicamente deveria ficar somente ao seu encargo.

Como se observa, qualquer tentativa de captar a essência de algo é uma empreitada fadada ao fracasso. A realidade insiste em desmentir nossas categorizações. Os exemplos são muitos. Para finalizar, como ilustração desse confuso cenário, vale relembrar o caso da BHTRANS, sociedade de economia mista municipal, cuja finalidade é a gestão do transporte e trânsito em Belo Horizonte, e que até bem pouco tempo desempenhava atividades

³¹⁹ Por todos, ver Di Pietro (2009) e Carvalho Filho (2009).

relacionadas com o exercício do **poder de polícia**³²⁰ – **aplicação de multas**³²¹ – **dissociada, portanto, da querela que contrapõe atividades econômicas e serviços públicos.**

f. Qualquer forma societária admissível no direito

Esta propriedade intensional das empresas públicas também comporta interessante digressão, principalmente em face da competência privativa da União para legislar sobre Direito Comercial, nos termos do preceito insculpido no art. 22, I, da CR/88³²². Nesse particular, ‘qualquer forma admissível em direito’ não é idônea para captar a ‘essência’ do que quer que seja, simplesmente porque permite que uma empresa pública tenha uma forma qualquer, desde que esse (novo) desenho específico seja previsto no ordenamento jurídico. Em outros termos, a União detém um ‘cheque em branco’ para inovar na criação de uma forma societária que melhor lhe aprouver. Exemplo típico desse modelo é o caso da Caixa Econômica Federal, constituída sob a roupagem de uma ‘**sociedade unipessoal**’³²³, compreendida como aquela em que a União, pessoa jurídica de direito público interno, integraliza 100% do capital. Ora, essa assertiva comporta pelo menos um questionamento que tem correlação com a própria definição que se estabelece para sociedades. Ora, nesse sentido, sua conceituação pressupõe uma **aglutinação de esforços** para consecução de um objetivo comum. Assim, como conceber ‘soma de esforços’ quando se possui apenas um sócio, como no caso acima referenciado? Não seria uma contradição em si mesma esse modelo? Paralelamente, como um questionamento, como deve lidar o direito com a volatilidade do conceito de sociedade, que no contexto de sociedades plurais, passa a admitir, exemplificadamente, formação de casais (sociedade de fato) homoafetivos? Seria irracional se pensar uma empresa pública com formato dessa ordem? Em síntese, essa propriedade é integralmente nula de conteúdo ou essência.

³²⁰ Não obstante a inexistência de consenso entre os autores pátrios, em linhas gerais pode-se sustentar que as macro atividades finalísticas da Administração Pública (função administrativa) podem ser listados como: serviços públicos (v.g. telecomunicações, transporte coletivo, etc.); fomento (v.g. incentivos às ONGs); intervenção no domínio econômico (v.g. regulação de mercado, exploração de petróleo) e **poder de polícia** (v.g. restrições a direitos individuais em prol do interesse coletivo em áreas como trânsito, edificações, meio ambiente, etc.).

³²¹ A proibição para o exercício dessa atividade deu-se apenas no final de 2009, quando do julgamento do RESP 817.534 pela 2ª turma do STJ. (BRASIL, 2009e).

³²² Art. 22. “Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, **comercial**, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.” (Grifos nossos.)

³²³ A recente criação das denominadas EIRELIs, **Empresas individuais de responsabilidade limitada**, por meio da Lei 12.441/2011 (BRASIL, 2011), em vigor desde 08 de janeiro de 2012, formata, para pessoas físicas, esse modelo de sociedade que aparta, de forma genérica, o patrimônio dos sócios do patrimônio da empresa.

. Estudo de caso: EBCT – Empresa brasileira de correios e telégrafos

Interessante apontamento pode ser feito em relação à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT), constituída formalmente sob a roupagem de Empresa Pública, o que, pelo menos em tese, lhe confere a natureza jurídica desse tipo de entidade. Certo? Errado!

No caso dos Correios, em função de desempenhar, em verdade, serviço público com caráter de exclusividade (serviço postal), vasta e remansosa é a jurisprudência no sentido de considerar tal entidade como verdadeira autarquia, que é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito público e criada para desempenhar atividades típicas do Estado, e que, portanto, é aquinhoadada com uma série de ‘privilégios’, exatamente por ser equiparada à própria Fazenda Pública.

Nesse particular, podem ser citados como precedentes o RE 220.906 DF (BRASIL, 2000a), que entendeu pela impenhorabilidade dos bens da EBCT, bem como da sujeição dos seus credores ao regime de precatórios³²⁴; o RE 407.099 RS (BRASIL, 2004c), no qual ficou decidido que tal entidade poderia ser beneficiada pela imunidade tributária recíproca, nos termos do disposto no art. 150, VI, da Constituição Federal³²⁵. Além dos precedentes listados, a Orientação SDI-I (Sessão de Dissídios Individuais) 247 assentou entendimento do Tribunal Superior do Trabalho (TST) no sentido de que a dispensa de empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista poderiam se dar de forma imotivada, à exceção dos empregados dos Correios e Telégrafos, que, apesar de não serem regidos pelo Estatuto dos Servidores Civis da União, Lei 8.112/90 (BRASIL, 1990), uma vez que são celetistas, fariam jus à estabilidade prevista no art. 41 da CR/88 (BRASIL, 1988).³²⁶

³²⁴ DJ 14.11.2002, Relator Min. Maurício Corrêa. **EMENTA:** “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 500/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (BRASIL, 2000a).

³²⁵ DJ 06.08.2004, Relator Min. Carlos Veloso. **EMENTA:** “CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA.: CF., ART. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. DISTINÇÃO. (BRASIL, 2004c)

³²⁶ TST: ORIENTAÇÃO DA SDI-I: 247. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE (alterada – Res. Nº 143/2007) - DJ 13.11.2007.

I- A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;

II- A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais. (BRASIL, 2012.)

5.3.1.1.2 Sociedades de Economia mista

É cediço que o Decreto-Lei 200/67, em seu art. 5º, III estatui o conceito de sociedade de economia mista como sendo “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da administração indireta”.

Da mesma forma como se procedeu com as empresas públicas, é também possível, em relação às sociedades de economia mista, em face da disciplina legislativa da matéria, extrair algumas características ou propriedades intensionais:

- g. Pessoa jurídica
- h. De direito privado
- i. ‘Criada’ por lei
- j. Desenvolvimento de atividades econômicas
- k. Cujas ações com direito a voto, pertençam, em sua maioria, à União ou entidade da Administração indireta.

Nesse cenário, em relação aos itens ‘g’, ‘h’ e ‘j’, reitera-se, na totalidade, toda a construção desenvolvida sobre essas características para as empresas públicas. Já em relação ao item ‘i’, complementa-se a abordagem com um sintomático julgado do supremo tribunal Federal, que, alinhado com a linha desenvolvida neste trabalho, corrobora com a denúncia de uma ‘essência legislativa’ associada ao conceito dessa entidade. Dessa forma, cumpre dizer que no julgamento do MS 26 117 DF (BRASIL, 2009e) (DJE 6.11.2009), colocou-se em discussão a regularidade de um ato do Tribunal de Contas da União (TCU), que anulou (sic) a ascensão funcional interna de um servidor da Eletrosul Centrais Elétricas S.A. Um dos argumentos apresentados pelo paciente era de que atos da referida Entidade estariam insusceptíveis ao controle do Tribunal de Contas da União, pelo fato de que tal sociedade anônima, por não ter sido criada por lei, não se enquadraria na roupagem de uma sociedade de economia mista, o que retiraria a competência do TCU para proceder à análise do ato. Naquela assentada, ficou decidido, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, Ministro Eros Grau, que

A circunstância de a sociedade de economia mista não ter sido criada por lei não

afasta a competência do Tribunal de Contas. São sociedades de economia mista, inclusive para os efeitos do art. 37, XIX, da CB/1988, aquelas – anônimas ou não – sob o controle da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios, independentemente da circunstância de terem sido criadas por lei. Precedente. (BRASIL, 2009c.)

Portanto, mais uma vez, a conclusão a que se chega é que essa propriedade é absolutamente inócua para se captar a natureza da entidade.

Prosseguindo a abordagem, interessante consideração pode ser desenvolvida quanto ao fato de que o conceito de sociedade de economia mista pressupor que o controle acionário esteja a cargo da União ou de entidade da Administração indireta (item K).

A primeira delas diz respeito à própria denominação da entidade: ‘sociedade de economia mista’. Como se observa, a pressuposição é de que seu capital seja misto, ou seja, parte dele deve ser público, e parte dele privado. Ora, ultrapassando a digressão elaborada sobre a dicotomia público/privado, é interessante frisar que essa característica pode levar ao ‘absurdo’ da constituição da empresa se dar literalmente ‘apenas’ com capital privado, o que ‘desnaturaria’ seu conceito. Isso porque **ao permitir na composição da parte pública do capital a participação de entidades da administração indireta**, estar-se-á admitindo a participação de outras sociedades de economia mista, que por sua vez possuem sua cota de capital privado. Ora, admitindo-se uma cadeia recursiva *ad infinitum* de sociedades de economia mista³²⁷ na composição pública do capital, pode-se afirmar, com esteio nos estudos da disciplina Cálculo diferencial e integral, que a parte pública do capital tende a zero e a privada ao infinito, no caso, 100%.

Imagine-se o seguinte exemplo para ilustrar o arrazoadado:

Sociedade de Economia Mista A: Capital \rightarrow 49 % privado + 51% público, oriundo da S.E.M B

Sociedade de Economia Mista B: Capital \rightarrow 49 % privado + 51% público, oriundo da S.E.M C

Sociedade de Economia Mista C: Capital \rightarrow 49 % privado + 51% público, oriundo da S.E.M D

...Sociedade de Economia Mista N: Capital \rightarrow 49 % privado + 51% público, oriundo

³²⁷ Importante deixar claro, neste ponto, que a menção a uma ‘cadeia recursiva de sociedades de economia mista compondo o capital de outras sociedades de economia mista’ tem conotação (meramente) exemplificativa e didática e parte da premissa de que pelas bases adotadas nesta tese, seria despiciendo entrar no debate de exegese da disposição contida no § 2º do art. 235 da lei 6404/76, segundo a qual uma empresa cujo capital seja composto por uma sociedade de economia mista, na verdade, seria tão somente uma ‘empresa controlada pelo Estado’.

da

S.E.M $N + I$

Como se observa, esse formato desenhado faz com que o capital da sociedade de economia mista A, na verdade, tenda exclusivamente para o privado, o que desmonta a univocidade do conceito da natureza do capital apresentado.

Por fim, nessa quadra da tese, outra característica a ser destacada, é a exigência de controle acionário do Estado. Ora, os manuais de direito empresarial são uníssonos ao dizer que em uma sociedade anônima, basta ter metade mais uma das ações com direito a voto para garantir a posição de sócio majoritário e, portanto, a de controlador da empresa. Certo? Errado de novo.

Essa constatação se apresenta, uma vez que o sentido de controle acionário na verdade é cambiável, e se assim o for, não é apto a captar a essência de um conceito. Ora, essa assertiva ganha concretude quando se verifica que é perfeitamente possível a ocorrência de acordos acionários entre os sócios, majoritários ou não, de sorte que, na prática, o controle da empresa fique nas mãos de um acionista que não detém a parcela majoritária das ações. Assim sendo, imagine-se a seguinte situação hipotética:

Empresa A: Composição societária: Sócio A - 20 %

Sócio B - 21 %

Sócio C - 10 %

Sócio D - 49 %

Nesse cenário, imagine-se que os sócios A, B, C celebrem um acordo de acionistas de sorte que passem a controlar a Empresa A, por possuírem 51% das Ações. Não satisfeitos, A e B assinam um outro acordo, de sorte que por possuírem a maioria da maioria das ações, avancem que A seja o controlador de fato. Como se observa, na prática, como diriam alguns, quem é o controlador da empresa é um sócio que possui apenas 20% das ações, o que esfacela a moldura estática que sustenta que aquele que controla a empresa é sempre o possui a maioria do capital. Em síntese, mais uma vez, fica exposta a impossibilidade de se fiar na essência do que quer que seja.

Um outro ponto que sustenta essa afirmativa, são as denominadas **restrições ao comparecimento em assembleias de uma sociedade anônima**, arranjo que permite o controle da companhia por acionistas minoritários. Nesse sentido, como afirma Fábio Konder

Comparato (2003)

A existência de um controle minoritário está implicitamente reconhecida na lei, ao fixar as regras de ‘quórum’ e maioria no funcionamento da assembleia geral [...] a reunião se instala [...] em segunda convocação, com qualquer número [...]teoricamente, portanto, **um só acionista, detentor de uma única ação, pode constituir a assembleia.** (COMPARATO, 2003, p. 48-49).

Por fim, ainda nessa senda, pode-se mencionar o sistema de “*proxy machinery*” em que se permite que qualquer acionista, mesmo quando detentor de ações sem direito a voto, obtenha procurações de outros acionistas que estejam impedidos de comparecer na assembleia, de modo que essa ‘minoría’ passe a compor maioria e dessa forma, adquirir o controle da companhia.

Ainda nesse contexto, pode-se afirmar que é possível avançar ainda mais para defender a posição de que o controle de uma sociedade nem sempre está vinculado à propriedade das ações. O que embasa tal afirmativa é o fato de que

tanto o penhor, a alienação fiduciária, quanto o usufruto são formas de se restringir o direito de voto e assumir o controle de uma sociedade sem deter a maioria do capital social. Esta é uma técnica de controle que se manifesta tanto interna quanto externamente. Como se sabe, tais institutos podem estabelecer a restrição absoluta de acordo prévio entre o proprietário e o usufrutuário. Assim, basta que o bloco de controle seja objeto deste tipo de acordo para que o mecanismo se processe, podendo ou não levar a uma prática abusiva.

Fenômeno comum é a garantia de empréstimos pela caução do bloco de controle, repassando ao credor caucionário o controle da empresa. Assim, dependendo da relação anterior que este credor tenha com a sociedade, este controle será interno – se ele já era sócio – ou externo – se ele não era sócio. (CRUZ, 1990, p. 197)

Portanto, em conclusão, e em homenagem ao choque paradigmático defendido nesta tese, afirma-se mais uma vez que é vã e infrutífera qualquer tentativa de se captar a essência ou natureza do que seja uma sociedade de economia mista.

5.3.1.1.3 A desconstrução do conceito de Autarquia e Fundação Pública à luz da jurisprudência pátria.

Em acréscimo aos argumentos utilizados no tópico anterior, no sentido de se desconstruir os conceitos (determinados) de Empresa Pública e Sociedades de Economia Mista, necessário um enfoque diferenciado nas figuras das autarquias e fundações públicas, a partir de uma abordagem não desconstitutivas de cada uma de suas propriedades intensionais, como feito anteriormente, mas com base em decisões dos tribunais superiores, que

demonstrando a mutabilidade das situações de fato, da vida, da realidade, que descortinam a impossibilidade de se captar a essência ou natureza dessas entidades.

- Autarquias

Acorde com o disposto no Dec. Lei 200/67, em seu art. 5º, I as autarquias são “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

Ora, as questões relativas a personalidade jurídica, instrumento normativo adequado para sua instituição e o quais os contornos do que se entende por ‘atividade típica do Estado já foram desenvolvidos em tópicos anteriores. Nesse último ponto em particular, interessante para corroborar a linha defendida nesta tese, é a abordagem desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal no caso da Ex MinasCaixa, **banco criado com natureza jurídica de autarquia**, vinculado ao Estado de Minas Gerais. *In casu*, Supremo Tribunal Federal travou longo e extenso debate no julgamento da ADI 83-7 MG (BRASIL, 1991)³²⁸, acerca da roupagem jurídica em que deveriam se enquadrar os servidores da referida ‘autarquia’, pois uma atividade estritamente econômica estaria sendo desempenhada por uma entidade criada para ‘assuntos típicos do Estado. Em trecho da ementa, entendeu o excelso pretório que

A Caixa Econômica do estado de Minas Gerais, ao tempo da Constituição Estadual, era uma autarquia; não obstante, sendo uma instituição financeira e, como tal, dedicada à exploração de atividade econômica, impõe-se-lhe, nas relações de trabalho com os seus empregados, o mesmo regime das empresas privadas, porque, inovando em cotejo com a carta anterior (CF 69, art. 170, §2º), o art. 173, § 1º da Constituição de 1988 também o estendeu compulsoriamente, não apenas às sociedades estatais de direito privado, mas também a outras entidades (estatais) que igualmente explorem atividade econômica, entre as quais, a autarquia,

Como se observa, mais uma vez, a vida desmente a vã tentativa de se capturar a ‘essência’ dessa entidade no corpo da norma jurídica, pois definitivamente, desempenho de atividade econômica não pode ser enquadrado como ‘atividade típica de estado’.

Outro exemplo nessa senda, que abala o conceito legislado de autarquia, diz respeito

³²⁸ Cujá ementa transcrevemos: “ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DO ESTADO-MEMBRO: DISCIPLINA DE SUAS RELAÇÕES DE TRABALHO (cf. ART. 173, PAR-1.): COMPETÊNCIA FEDERAL, JÁ QUANDO SE CUIDE DE SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E EMPRESAS PÚBLICAS, SEJAM ELAS DEDICADAS A EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA OU A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO, **JA QUANDO SE TRATE DE AUTARQUIA, DESTINADA, NO ENTANTO, A EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA**: INCONSTITUCIONALIDADE, PORTANTO, DE DISPOSIÇÃO TRANSITÓRIA DE CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, QUE LHES IMPÕE PRESTAÇÕES DE NATUREZA SALARIAL. (BRASIL, 1991.)

aos conselhos profissionais e, em especial, à peculiar situação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Em um breve relato, é importante lembrar que em 1998 foi editada a Lei nº 9.649 (BRASIL, 1998a), que conferia natureza privada aos conselhos incumbidos da fiscalização do exercício das profissões regulamentadas, constituindo-se o múnus a eles atribuído de uma ‘natureza’ de delegação de serviço público a particulares³²⁹. Esse formato foi questionado em sede da ADI 1717/DF (BRASIL, 1997b)³³⁰, decidindo o STF pela inconstitucionalidade do art. 58 e seus parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, ao argumento de que seria indelegável a uma entidade privada uma atividade típica de Estado – poder de polícia –, como é o caso da fiscalização de atividades profissionais. Nesse cenário, foi conferida **natureza jurídica de autarquia** a essas entidades, entendidas a partir de suas características, que englobam, dentre outras, personalidade jurídica de direito público, criação por lei, para realizar atividades típicas de Estado, obrigatoriedade de realização de concurso público e controle pelos Tribunais de Contas. Ora, esperava-se que isso fosse suficiente para caracterizar, de forma unívoca, tais entidades como autarquias. Certo? Errado.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal, no Julgamento da ADI 3026/DF (BRASIL, 2003), entendeu que a OAB afigurar-se-ia, na verdade, um *tertium* gênero, na medida em que, embora autarquia (?), não se sujeita nem aos ditames impostos à Administração direta nem à indireta, haja vista caracterizar-se como um ‘serviço público independente’, cujas consequências vão desde a não incidência de controle por parte dos Tribunais de Contas, a não realização de concurso público para a seleção de seus funcionários, até a desnecessidade de lei para reajustar o valor de suas anuidades, tendo em vista que, para a OAB, estas não são consideradas tributos. A justificativa para esse tratamento diferenciado é que, na verdade, a Ordem tem, para além de sua finalidade corporativa, um fim institucional constitucionalmente

³²⁹ A Lei 9.649/98 vigorava com a seguinte redação: “Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa.

§ 1º.....

§ 2º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico. (Vide ADIN nº 1.717-6)

³³⁰ EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime. (BRASIL, 1997a).

previsto, haja vista que os advogados são considerados indispensáveis à administração da justiça, nos termos do preceituado no art. 133 da *Lex Mater*. Em resumo, para o que concerne a este trabalho, mais uma vez, sendo até repetitivo, resta demonstrado que a determinação prévia do que seja uma autarquia é totalmente falaciosa.

- Fundações Públicas

Na mesma esteira das autarquias, as fundações públicas são conceituadas pelo Decreto-Lei 200/67, em seu art. 5º, IV, como sendo “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

No mesmo diapasão das conclusões anteriormente esposadas neste trabalho, extensa é a controvérsia envolvendo a situação das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, portanto fundações públicas. Focando no ponto específico do aspecto normativo envolvido na sua instituição, insta reforçar que a redação do art. 37, inciso XIX, da CR/88³³¹ estabelece para esse fim, a exigência de lei autorizativa. Ao assim proceder, o constituinte reformador, ao equipará-las, nesse particular, às empresas públicas e sociedades de economia mista, deu a elas a roupagem de uma entidade com personalidade jurídica de direito privado, aliás no mesmo sentido do que dispõe o art. 5º, III, do Decreto-lei 200/67. Entretanto, coexistem no ordenamento jurídico brasileiro fundações públicas com personalidade jurídica tanto de direito público³³² quanto de direito privado, como reconheceu o STF no julgamento do RE nº 101.126/84 (Rel. Min. Moreira Alves), do qual se extrai o seguinte excerto:

[...] nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o § 2º do art. 99 da Constituição Federal. (RIO DE JANEIRO, 1984.)

³³¹ Com a redação dada pela EC 19/98, assim disciplina o referido dispositivo: “art. 37 [...] XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de

sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.” (BRASIL, 1998b.)

³³² O Estado de Minas Gerais, por exemplo, por expressa disposição da Constituição Estadual de 1989, no §5º do art. 14, somente admite a existência, na sua órbita federativa, de fundações com personalidade jurídica de direito público.

Ora, toda essa construção se presta a demonstrar que essa tratativa do que é (essencialmente) público ou privado só pode ser efetivamente determinado nas situações que se apresentam, donde se conclui que relacionar determinação ou indeterminação de conceitos com propriedades descritivas que levariam a uma essência ou natureza, aprioristicamente, não se afigura como critério idôneo ou confiável.

5.3.1.1.4 Síntese conclusiva

Nesse ponto do trabalho, mesmo com toda essa desconstrução da essência ou natureza de uma entidade da Administração Pública Indireta, poderia o crítico, e em especial o de matiz positivista, não se dar por satisfeito. Nesse particular, poderia afirmar que todo esse esforço empreendido, na verdade, afigura-se inócuo visto se prestar apenas a listar algumas exceções à regra que disciplina o conceito do que sejam autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista. Talvez, o maior erro dessa concepção é a de trabalhar a noção de exceção com a pejorativa pecha de um ‘apenas’. Isso porque o que se busca demonstrar é que a impossibilidade de se estabelecer a essência de algo escancara as múltiplas formas pelas quais texto e realidade ‘interagem, o que se afigura, portanto, como um imperativo (ou contingência) imanente à linguagem. Assim sendo, o que ‘escapa’ ao paradigma positivista – ou seja, é tratado como exceção – é pressuposto direito da reviravolta lingüística que se pretende adotar nesta tese. Em acréscimo, vale lembrar que Thomas Kuhn (2003) a despeito de concordar com a incomensurabilidade de paradigmas, esclarece que o avanço de um em relação ao outro se dá exatamente pelo fato de perceber como regular, normal, aquilo que para o paradigma superado é entendido como exceção.

Com essas considerações, vale dizer que esses ‘múltiplos’ olhares que tanto escandalizam os positivistas podem ser materializados pela figura abaixo:



Fonte: ILUSAO Ótica, 2012

Pergunta-se ao leitor: O que ele enxerga na figura? Uma jovem e bela moça ou uma senhora entristecida pelas marcas do tempo? Não poderiam ser duas visões (complementares) da mesma figura? A razão dessa incapacidade da doutrina tradicional de se livrar da moldura que turva sua visão, ao tentar ‘eternizar’ o sentido do texto, é denunciada por Cruz (2009, p. 157-158) quando destaca que sempre que se foca (ou ilumina) algo por certo está-se a esconder muito mais. Assim, prossegue o autor, “a falibilidade humana está justamente no reconhecer que o conhecimento humano está prenhe de um ponto cego que não nos permitirá nunca ter acesso à totalidade do conhecimento. “ Nessa senda, “tentar entender porque víamos ... apenas a figura da [mulher jovem] e não da [mulher velha], entender como passamos a ver também a [mulher jovem], ou porque agora precisamos trabalhar com a noção das duas figuras, incorpora elementos de racionalidade mais refinados ...”, que definitivamente os positivistas conseguem conceber.

Assim, segundo o próprio Wittgenstein (2005, PhI, § 23), ao reconhecer que existem incontáveis proposições ou modos diferentes de usar a linguagem aduz que:

Mas quantas espécies de proposições há? Talvez asserção, pergunta, e ordem? – Há inúmeras [*unzählige*] de tais espécies: incontáveis maneiras diferentes de emprego [*Verwendung*] daquilo que chamamos “signo”, “palavras”, “proposições”. E esta multiplicidade não é nada fixo, dado uma vez por todas; mas novos tipos de linguagem, novos jogos de linguagem [*Sprachspiele*], como podemos dizer, surgem e outros envelhecem e são esquecidos (...)

O termo ‘jogo de linguagem’ [*Sprachspiel*] deve aqui realçar o fato de que o *falar* da linguagem [*das Sprechen der Sprache*; *the speaking of language*; *le parler du langage*] é uma parte de uma atividade ou de uma forma de vida”

Com essas considerações, em resumo de tudo o que foi apresentado no tópico 5.3.1,

imperioso deixar assentado que ‘autarquias’, ‘fundações públicas’, ‘empresas públicas’ e ‘sociedades de economia mista’ são palavras **vazias**, como bem registra Nino (2010), na exata medida em que o sentido dessas palavras e expressões é (ou pelo menos deveria ser) extraído do uso que delas se faz, neste caso específico, no campo do Direito.

Em resumo, expõe Cruz (2011) aquilo que este trabalho busca propor, ou seja, que

Um conceito não é determinando nem é indeterminado porque a sua determinação ou indeterminação não se dá a priori na consciência do indivíduo que é capaz de vislumbrar a essência do mundo: sua constituição é sempre fruto de uma prática social, de um jogo de linguagem que se forja a partir e dentro de um horizonte de tradição, histórica, datada, em um dado mundo da vida. Tanto a determinação quanto a indeterminação devem ser entendidas como uma tensão permanente, um risco inerente ao jogo da linguagem. Um risco de que compreensão e incompreensão estão sempre de mãos dadas. Por mais claro que alguém se expresse, o ‘perigo’, a ‘beleza’ de que tal proposição não seja entendida por aquele que o ouve ou que o lê está sempre presente. Falar em conceito determinado soa claramente como um elemento de desdiferenciação do sistema da linguagem tal qual é concebido pela reviravolta pragmática trazida pela filosofia da linguagem. (CRUZ, 2011, p. 114-115).

Assim, o que pode ser extraído da construção delineada neste tópico é que a solução adequada para esses problemas perpassa em muito a vã tentativa dos doutrinadores de construir de modo estanque a essência ou, nesse caso, a natureza jurídica das entidades da Administração Indireta. É preciso deixar claro que a vida vai além, sempre além. Nesse sentido, os conceitos são vazios *a priori*, na medida em que são meras convenções³³³, não exprimindo nenhuma essência anterior à construção contextualizada de sentido. Nesse particular, é importante lembrar que nem o pandectismo do século XIX ou o administrativismo do século XX foram capazes de forjar a essência dessas entidades. E, frise-se, nem poderia ser diferente, pois a aquisição de sentido é um processo continuado em um (re) construir permanente, que escancara, felizmente, uma perspectiva rica e renovada do Direito.

Por fim, vale dizer que os juristas precisam exercitar a premissa franciscana da humildade para a compreensão de seus próprios institutos e percebê-los como uma criação convencional, um contributo do intelecto humano e não como expressão de sua essência ou natureza jurídica. O homem não vive sem conceitos, sem classificações, é verdade, uma vez que conceituar como fator de atenuação das intempéries do existir é condição de ser humano. Sem isso, não se pode nem mesmo falar em linguagem, mas acreditar que o mundo possa ser

³³³ Interessante, nesse particular, é atestar o caráter convencional do próprio tempo. Recentemente, as ilhas de Samoa Ocidental, por conveniência política e, principalmente, econômica, em razão de sua profícua parceria comercial com a Austrália e a Nova Zelândia, migraram pura e simplesmente do ‘último fuso horário’ ou ‘fuso mais cedo’ de um determinado dia para o ‘primeiro fuso’ ou primeira hora. Nessa ‘complexa’ operação (sic), para os habitantes daquela remota localidade o dia 30 de dezembro de 2011, simplesmente, não ‘existiu’.

apreendido em uma caixa – que os conceitos jurídicos determinados nos impõem – é um reflexo da influência cartesiana de mundo, como este trabalho busca o tempo todo denunciar.

5.3.1.2 Crítica ao conceito de ‘justa indenização’ no instituto da desapropriação

Em verdade, essa constatação pode ser ampliada para diversos outros institutos do Direito Administrativo que colocam em xeque sua subsistência nos moldes em que ainda hoje se encontra estruturado, citando-se como exemplo primeiro o termo ‘desapropriação’³³⁴. Nesse particular, a Constituição Federal dispõe em seu art. 5º, XXIV, que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição” (BRASIL, 1988). Ora, o comando constitucional enseja algumas interessantes ponderações, por exemplo no que tange ao valor a ser pago ao particular pela expropriação do bem. Nesses termos, ‘indenização justa’, para Bandeira de Mello (2008a, p. 75), “é aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio”. Todavia, no afã mais uma vez de ontologizar previamente o que seria ‘justo’, o art. 27 do Decreto-lei nº 3.365/1941 (BRASIL, 1941), que dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública, determina os requisitos que deve o juiz considerar no momento da avaliação do bem a ser expropriado, que são: a) a estimação dos bens para efeitos fiscais; b) o preço de aquisição e o interesse que deles auferir o proprietário; c) a situação, estado de conservação e segurança do imóvel; d) o valor venal dos imóveis da mesma espécie nos últimos cinco anos; e) [...]. Ora, cada um desses requisitos pode ser questionado, o que reforça a tese de que somente dentro de jogos de linguagem é que se pode estabelecer o sentido de algo.

Assim, a ‘**estimação dos bens para efeitos fiscais**’ pode ser desconstruída como critério, na exata medida em que, de um lado, o valor calculado pelo Município para efeito de cálculo do IPTU – imposto predial e territorial urbano – é, via de regra, inferior ao valor de mercado do imóvel, o que efetivamente não se traduz em justiça quando da avaliação do bem, apenas lembrando ainda o melindre que envolve essa questão, quando, muitas vezes, o FISCO, estrategicamente, ‘joga’ com a estipulação de um valor do imóvel em bases

³³⁴ Nos dizeres de Faria (2011a, p. 575): “Segundo as normas jurídicas positivas brasileiras pertinentes, pode-se entender a **desapropriação** como um procedimento administrativo por via do qual o Poder Público constrange o proprietário a transferir ao Estado bens móveis ou imóveis declarados de interesse público, mediante prévia e justa indenização em dinheiro ou excepcionalmente em títulos da dívida pública ou títulos da dívida agrária, nos termos da lei, por acordo ou por força de decisão judicial.”

inferiores ao do mercado o que em compensação é contrabalanceado pelo estabelecimento de alíquotas verdadeiramente ‘confiscatórias’ na cobrança do tributo. Isso porque com essa manobra, o contribuinte sente-se coagido a não questionar o tributo lançado, ao argumento imperativo do Estado de que o valor é sempre passível de revisão (para maior) enquanto a revisão para menor da alíquota não se afigura possível, pois, comprometeria a arrecadação tributária. O que fica ‘escondido’ é que se adotando o justo valor do imóvel o percentual poderia ser reduzido, o que não interessa o Fisco, como demonstrado. Portanto, na verdade, a justiça é injustiça.

Da mesma forma, o **‘preço de aquisição do bem expropriado’** também não se traduz em justiça, já que frequentemente as transações imobiliárias não levam em conta sequer os índices de correção monetária do valor inicialmente pago, em especial em tempos de pressão inflacionária. Quanto ao **‘valor venal de imóveis da mesma espécie, nos últimos cinco anos’**, a situação se repete, haja vista que poderá, em função de um acontecimento específico, por exemplo, levar a uma valorização³³⁵ ou desvalorização excessiva dos bens de determinada região, o que se traduz em um descompasso entre os valores que efetivamente devem ser pagos a título de justa indenização no caso de desapropriação. Por fim, a **‘situação, estado de conservação e segurança do imóvel’**, também não se afigura um critério preciso, pois são elementos que traduzem uma valoração altamente subjetiva *a priori*. Pode-se perguntar: o que é um imóvel ‘mal’, ‘bem’ ou ‘mais ou menos’ conservado? O que é um imóvel ‘seguro’? É o que está em um região pouco violenta, que tem disposições de alarme ou segurança armada na rua? Como se verifica mais uma vez, somente no tempo e espaço de uma gramática profunda de determinada sociedade é que se pode construir o que seja ‘valor justo da indenização’ como prevê o texto constitucional.

5.3.1.3 Crítica a outros institutos clássicos do Direito Administrativo

Os desdobramentos das mazelas expostas nesta tese em relação à forma encapsulada e hermética de se operar o Direito Administrativo podem ser percebidos em outros institutos clássicos, em especial no tratamento dado aos **atos administrativos**. Ponto central, como visto anteriormente, da própria gênese do administrativismo brasileiro, tais atos são

³³⁵ Exemplo típico na cidade de Belo Horizonte, foi a construção da chamada ‘Cidade Administrativa’, que abriga a sede do governo do Estado, Secretarias, outros órgãos e entidades da Administração Indireta, na via que leva ao aeroporto de Confins. Em razão disso, os imóveis situados no seu entorno, em pouquíssimo tempo, sofreram uma valorização astronômica.

entendidos como espécies de atos jurídicos³³⁶ e afiguram-se como o exemplo mais típico da concepção que sustenta o denominado ‘regime jurídico-administrativo’, em que a Administração Pública apresenta-se, em relação ao administrado, numa posição privilegiada, em que lhe é assegurada uma série de privilégios e prerrogativas³³⁷. Esse, pois, o panorama no qual a doutrina e a jurisprudência majoritária navegam.

Obviamente, parte da doutrina busca sair desse ‘lugar comum’. Nesse diapasão, não se pode deixar de mencionar que, embora aguilhoados pela concepção semântica da linguagem e seus desdobramentos no campo do Direito, alguns autores buscam alternativas para essa visão deveras reducionista e não consentânea com um Estado Democrático de Direito. Nesse cenário, surge um ‘novo’ modelo de Direito Administrativo, que busca levar a sério a preocupação com uma horizontalização das relações envolvendo o exercício da função administrativa, por meio de uma processualização, que deve permear todo o exercício da função administrativa, a fim de previamente legitimar a prática dos atos administrativos. Esse modelo estrutura a efetividade na proteção dos direitos fundamentais, por intermédio de uma cidadania ativa, visto trabalhar com pressupostos do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Nesse sentido, louva-se o esforço de Medauar (2008), que, ao expor com propriedade esse novo ‘formato’, aduz:

Por seu lado, a doutrina administrativista passou a se preocupar com a processualidade, movida certamente por alguns dados nucleares. A progressiva aproximação entre Administração e administrado, reflexo do menor distanciamento entre Estado e sociedade, levou à necessidade de tornar conhecidos os modos de atuação administrativa e de propiciar ocasiões para que o cidadão se faça ouvir. Por outro lado, o aumento da ingerência estatal teve como contrapartida o cuidado da fixação de parâmetros para a atividade administrativa, em especial a discricionária. Além do mais, despertou-se a atenção para o aspecto das garantias prévias a serem propiciadas aos cidadãos nas atuações administrativas, daí a tônica sobre os momentos que antecedem a edição dos atos administrativos. (MEDAUAR, 2008, p. 19-20.)

Entendida essa dinâmica macro, direcionando o foco deste trabalho, vale dizer que os atos administrativos são classificados quanto ao grau de liberdade da Administração para sua prática, conforme leciona Bandeira de Mello (2008a, p. 416), em **atos vinculados** e **atos discricionários**. Como já demonstrado, os atos vinculados exigem que a conduta do agente público esteja rigidamente parametrizada quando da prática do ato, vinculando-a de forma

³³⁶ Na medida em que se destinam a produzir efeitos jurídicos.

³³⁷ Como exemplos, podem ser mencionados, no direito processual, o prazo em quádruplo para contestar ações, o prazo em dobro para recorrer, o reexame necessário; no direito material, a impenhorabilidade e imprescritibilidade dos bens públicos.

unívoca e objetiva a todos os elementos que o estruturam, quais sejam: agente competente, objeto, forma, motivo e finalidade, ao passo que os atos discricionários autorizam um juízo de conveniência e oportunidade do administrador quando da prática do ato, ou seja, uma ‘margem de liberdade’ que se explicita, para a doutrina majoritária, nos elementos motivo e objeto, permanecendo a vinculação quanto à competência para a prática do ato, a forma e a finalidade.

Aqui, cabe um primeiro questionamento sobre questão que tem estrita correlação com o alcance do que seja vinculação e discricionariedade³³⁸, sob a perspectiva dos seus conceitos previamente estabelecidos. Isso porque, tomando por base os atributos dos atos administrativos, a verificação da vinculação se daria a partir de uma operação lógica de subsunção, de um encaixe perfeito (unidirecional) entre o ato que se pratica e cada um dos atributos (sujeito, objeto, forma, motivo, finalidade).

Imagine-se, então, que um jovem, ansioso para dirigir o carro novo, presente de seus pais pelo ingresso na Universidade, procure uma autoescola para se certificar acerca de qual o procedimento necessário para obtenção da carteira de motorista. A atendente então lhe apresenta a seguinte lista de exigências:

- a. Ser maior de 18 anos
- b. Saber ler e escrever
- c. Possuir carteira de identidade ou equivalente
- d. Obter proficiência nos seguintes exames:
 - d.1 – Exame médico (exame de vista)
 - d.2 – Exame psicológico (teste psicotécnico)
 - d.3 – Exame de legislação de trânsito (prova teórica)
 - d.4 – Exame de direção (prova prática) (AUTO Escolas..., 2012).

Com efeito, recebe a informação de que basta o cumprimento desses requisitos para que o Poder Público se veja obrigado a lhe conceder a permissão para conduzir veículos automotores haja vista se tratar de um ato vinculado. Preto no branco, simples assim. Certo? Errado. Isso porque o que subjaz a cada uma dessas etapas vai muito além de uma simples atividade automática e unidirecional de validação de cada uma delas, a partir de uma visão rasa, simplista, subsunção.

Nesse contexto, o que se pretende demonstrar é que obrigatoriamente devem ser

³³⁸ Uma visão ampla da discricionariedade pode ser extraída da leitura do capítulo 4 e da crítica empreendida no tópico 5.3.2.

considerados os aspectos pragmáticos da linguagem, que têm correlação com a forma de interação entre o falante e o ouvinte. Nesse caso, vale dizer que a operação é bem mais complexa do que a descrita, na medida em que entram em cena outros ‘atores’, como sentimentos de afeição, empatia ou rejeição que o requerente provoca no agente público, que, sem dúvida, alteram sensivelmente a dinâmica da vinculação, em especial levando-se em conta a carga de emoção ou persuasão que estão subjacentes ao aspecto comunicacional da linguagem³³⁹. Assim, no exemplo descrito, o agente pode, em função desses sentimentos, ser mais rigoroso com uns e mais flexível com outros na análise dos requisitos. O mesmo grau de miopia pode ser fator de reprovação para um ou de aprovação para outro. A mesma conduta em uma prova prática de direção enseja um maior ou menor rigor do examinador em razão de empatia ou mesmo desejo para com o candidato. Portanto, na verdade, diferentemente do que se imagina, a estrutura mesma dessa visão cartesiana de vinculação é posta em xeque.

Outros exemplos podem ser apresentados para reafirmar a falácia dessa visão redutora dos atos administrativos. Nesse sentido, relações de atração, desejo, empatia, afinidade, temor, repulsa, ameaça, inveja ou reverência podem levar a resultados radicalmente distintos quando da edição de atos supostamente vinculados, como no caso de um examinador de teste de direção que é, quando da aferição dos requisitos para aprovação, mais flexível com um candidato que lhe pareça mais atraente, e mais rigoroso com o que lhe cause repulsa; assim, uma ‘baliza’ perfeita pode ser influenciada por diferentes ‘olhares’ pelo examinador, dependendo de quem está sendo examinador e do momento e das condições dessa avaliação; do mesmo modo, um servidor encarregado de verificar se determinado candidato possui os três anos de efetivo exercício da advocacia pode ser mais benevolente com alguém que lhe inflija temor e mais rígido com um postulante que se afigure como um concorrente em potencial no futuro. Posto isso, fica a indagação: é possível se falar, dentro dessa abordagem, em discricionariedade e vinculação, ou essa cisão também é sem sentido?

Nessa linha de raciocínio, dois apontamentos ainda merecem registro: o primeiro diz respeito ao fato de que, sob a concepção clássica, tanto os atos chamados ‘vinculados’ como

³³⁹ Nesse ponto específico, fundamentais são as lições de Warat (1995, p. 69-70) no sentido de que as palavras “[...] veiculam o juízo emotivo que o emissor possui frente à designação comunicada. Neste sentido, a carga emotiva é um *plus* de significado que acompanha o sentido descritivo. Uma mesma palavra ou frase pode ter simultaneamente uma significação literal e um impacto emotivo. Vários termos ou expressões podem ser sinônimos quanto ao seu sentido descritivo e divergentes em seu registro emocional”. Na mesma toada, prossegue o autor, com esteio nos dizeres de Alf Ross na obra *Lógica de las normas* (p. 76): “diferentes graus de calor e frieza, e com finos matizes quando se trata de mostrar aprovação ou desaprovação, elogio ou crítica, respeito ou desprezo, admiração ou ironia, amor ou ódio. Tais palavras são empregadas na persuasão e, com frequência, são úteis porque sua função persuasiva está fundida com a função descritiva. Aquele que escuta pode aceitá-las facilmente sem se dar conta de que está sendo submetido a um processo de persuasão”.

os denominados ‘discrecionários’ possuem como elemento não transigível a finalidade, que, nesse aspecto, têm como fio condutor último a tutela do **interesse público**. Ora, aí reside o grande problema, talvez de todo o Direito Administrativo. Afinal, o que vem a ser ‘interesse público’? Seria possível, numa visão pragmática do Direito Administrativo, admitir uma cisão prévia entre o público e o privado? Essa questão precisa ser melhor debatida.

Nesse ponto, vale dizer que os contornos para se definir o que é, na verdade, ‘interesse público’ deita raízes no princípio, para alguns, postulado, para outros, da **supremacia do interesse público sobre o particular**. Nesse sentido, a partir da distinção ‘forte’ entre público e privado, estabeleceu-se como cimento do próprio Direito Administrativo – em que há uma relação de verticalidade (hierarquia) entre a Administração e o administrado – a prevalência, *a priori*, dos interesses, em um primeiro momento, da figura do Estado e, mais à frente, do interesse da coletividade – ou interesse público primário – sobre as demandas do indivíduo.

Ora, como já apontado, mesmo a doutrina clássica tem dificuldades em sustentar que o Estado, pessoa jurídica de direito público interno, possa ter seus interesses colocados em posição de primazia. Nesse sentido, ao trabalhar os contornos adequados de uma sociedade democrática, completa Aragão (2005, p. 22) que essa concepção não prescinde que “prevaleça a segurança jurídica dos cidadãos [...] que não podem ficar sujeitos à permanente ameaça de invocação de uma ‘supremacia do interesse público’, que remete a paradigmas publicistas oitocentistas já felizmente superados”.

Na mesma linha de raciocínio, afirma Florivaldo Araújo (2005):

O cerne do problema consiste em que, ao afirmar a supremacia do interesse público, a doutrina negligencia dado fundamental. É que a ocasião e a medida da supremacia são expressas na ordem jurídica e esta a todos igualmente subordina (Estado e particulares). Portanto, a supremacia, em última instância, é da ordem jurídica, à qual o próprio Estado, enquanto sujeito de direito, também se submete. Daí, a correta conclusão de Vilhena, para quem afirmações de posturas incondicionadas de supremacia do Estado em suas relações com os indivíduos são meras posições ideológicas, resquícios de doutrinas jurídicas passadas, que não se coadunam com uma atualidade estatal fortemente estruturada no direito. (ARAÚJO, 2005, p. 50).

Superada essa questão, volta-se agora para a crítica da consideração de interesse público como interesse da coletividade. Aqui, para encurtar o debate, vale o seguinte questionamento: qual o critério para se estabelecer o que é interesse da coletividade? Seria meramente quantitativo? Para quem responde afirmativamente, como considerar as premissas de um Estado Democrático de Direito que deve se pautar pelas noções de inclusão, alteridade, diálogo e respeito às minorias? Será que aprioristicamente o direito dos moradores de uma cidade pode se sobrepor ao interesse de um pequeno grupo de sem-tetos, por exemplo? Seria a

distinção qualitativa? Ora, se assim for, estar-se-ia tarifando a nossa cidadania, privilegiando os ricos, as grandes empresas, os ‘donos do poder’. Definitivamente, não pode ser assim. Tal qual o princípio da proporcionalidade, que na acepção de Bernardo Gonçalves³⁴⁰ se apresenta como um grande ‘volantão’, pois abrange todas as situações em que se necessita de uma salvaguarda não tematizada, ousa-se dizer que a expressão ‘interesse público’ vai seguindo o mesmo caminho. Não é rara a constatação de que atos administrativos ou decisões judiciais tiveram como razão de decidir a ‘tutela ou preservação do interesse público’. Mas repete-se a pergunta que não quer calar: o que vem a ser ‘interesse público’? É um dado *a priori* da nossa consciência? Como exemplo, cita-se a construção de uma usina hidrelétrica que irá gerar milhares de empregos diretos e indiretos, mas que, com certeza, causará um impacto ambiental expressivo, sem contar que inundará uma área habitada por índios há séculos. Nesse caso, qual seria o interesse, ou melhor, quais seriam os interesses públicos envolvidos? Ora, se há, como defendem os administrativistas tradicionais, uma ‘supremacia do interesse público’ como condição de possibilidade do próprio Direito Administrativo, qual seria o deslinde dessa questão, sob essa perspectiva? Nesse ponto, adota-se como premissa neste trabalho não a metafísica cisão entre interesse público e interesse privado, mas, sim, trasladando o deslinde da questão, embora mantendo por conveniência a nomenclatura, a busca do ‘interesse jurídico’ ou, simplesmente, da ‘resposta correta’³⁴¹.

Em resumo, o conceito de ‘interesse público’, assim como qualquer outro diga-se de passagem, passa pela crença do operador do que efetivamente seja interesse público, o que exige a percepção de que essa crença não é forjada pela essência do instituto, mas sim pela ‘força’ haurida da gramática profunda de determinada sociedade que inclusive molda o olhar daquele que tem o múnus de densificar seu sentido no caso concreto.

Assim, mais recentemente, Robert Brandom, reforçando o papel pragmático da linguagem como legítimo extrator de sentido, expõe que a elaboração do conceito veicula, ainda que implicitamente, um papel intencional haja vista desempenhar o papel de:

[...] enunciar *claims*/ pretensões através de *assertions*/ asseverações, manifestar *commitments*/ compromentimentos e assumir *beliefs*/convicções e *intentions*/intenções, expor *entitlements*/justificações e exigir *endorsements*/adesões), no processo lógico-epistemológico de fundamentar e justificar ações (práticas e procedimento, estados mentais, desejos, escolhas,

³⁴⁰ Informação oral.

³⁴¹ Leitura obrigatória para quem compartilha dessa visão de se desconstruir o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é a obra *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público, organizada por Alexandre Santos, que conta com artigos de autores como Alexandre Santos Aragão, Daniel Sarmento, Gustavo Binembjom, Humberto Ávila e Paulo Ricardo Schier.

pretensões, propósitos, crenças, convicções e teorias) [...]. (MARÇAL, 2006).

Por fim, com essa construção, é possível ousar um pouco mais e, mesmo, questionar a existência do ato administrativo como categoria autônoma. Isso porque não é sem sentido afirmar que nos primórdios do Direito Administrativo na França, país que adota o denominado **contencioso administrativo**, poder-se-ia admitir a existência de um tipo especial de ato jurídico – atrelado ao exercício da função administrativa –, haja vista a necessidade de se definir qual jurisdição seria competente para sindicá-lo: atos jurídicos ‘ordinários’, sujeitos à jurisdição comum, e os atos administrativos, sujeitos à jurisdição administrativa especializada, e cujo órgão de cúpula é o **Conselho de Estado**. No Brasil, a despeito da adoção da denominada jurisdição única, herança do *common Law*, adotou-se, na íntegra, o modelo francês, algo que nunca foi questionado nem pela doutrina nem pela jurisprudência pátria.

Ora, nessa linha, se no Brasil é adotado o ‘princípio’ da inafastabilidade da tutela jurisdicional, consoante o disposto no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, já se pode iniciar um debate pela não categorização de um ato como administrativo, na medida em que, em verdade, o Poder Judiciário tem como função precípua exatamente dizer o direito em relação a todos os atos – em sentido amplo – que geram consequências jurídicas, inclusive os ‘atos administrativos’. Com isso, vale dizer que os elementos específicos do ato administrativo que o distinguem dos atos jurídicos ‘comuns’, quais sejam, motivo e finalidade, não são mais idôneos a sustentar uma categoria de ato apartada. A explicação é que se, de um lado, o dever de motivar decorre diretamente do texto da Constituição – com esteio ampliativo no disposto no art. 93, IX e X, da CR/88 –, afigurando-se como regra, como imperativo para todos os atos praticados pelo Poder Público³⁴², descaracterizando a necessidade de compor um dos elementos do ato administrativo; por outro, a partir da desconstrução da visão clássica ou tradicional do que seja interesse público, não mais se sustenta um requisito específico que precise ‘lembrar’ ao Administrador que ele não pode agir de acordo com interesses egoísticos.

Essas inquietantes constatações podem ser ainda espalhadas para outros domínios do Direito Administrativo, como, por exemplo, o dos contratos administrativos³⁴³, e deve servir

³⁴² No mesmo sentido, Faria (2011a, p. 272) afirma que: “a conclusão a que se chega é a de que todos os atos administrativos estão sujeitos à motivação, sejam eles originados do poder vinculado ou editados em virtude da faculdade discricionária. Na prática, tem-se excluído desta exigência os atos de livre nomeação e exoneração previstos em lei. Entendemos que até esses dependem de motivos que levaram a autoridade a escolher o agente”.

³⁴³ Uma interessante questão envolvendo a teoria dos contratos administrativos tem correlação com as chamadas entidades do terceiro setor oficial. Assim, exemplificadamente, tem-se que uma Organização Social (OS), regulamentada na esfera federal pela Lei 9.637/98, apresenta-se como uma entidade privada, sem fins lucrativos, criada para atuar em parceria com o Estado em áreas como ensino, saúde, cultura, pesquisa científica, meio ambiente, etc. Ora, nesse formato observa-se que os interesses envolvidos não são divergentes; antes, convergem para um objetivo comum. Nesse sentido, partindo da premissa de que a característica essencial (sic) de um

de ponto de inflexão, principalmente se considerarmos que mesmo os administrativistas contemporâneos, que buscam sair da ‘zona de conforto’, ainda se fiam em construções não consentâneas com uma análise adequada da linguagem e seu uso.

5.3.2 *O desalento*

Dentro da proposta deste trabalho, optou-se por certificar que essa complexa discussão sobre conceitos e conceitos jurídicos não se restringe aos feudos acadêmicos, mas, sim, se espalha por inúmeros domínios da ciência jurídica, especificamente na sua correlação com a chamada ‘discrecionabilidade administrativa’.

Nessa senda, observa-se que no plano do Direito Administrativo brasileiro, a situação é preocupante. A doutrina tradicional amplamente majoritária, sob o pálio da metafísica cisão entre o público e o privado – segundo a qual, no plano da autonomia da vontade é possível fazer tudo aquilo que a lei autoriza, já no âmbito do Poder Público só é dado ao administrador fazer aquilo que a lei autoriza –, não consegue conceber a atuação administrativa fora dos contornos de uma legalidade estrita, o que a coloca lado a lado com os oitocentistas exegéticos. Nesse cenário, o total desconhecimento dos meandros da linguagem dificulta qualquer discussão que busque construir alternativas viáveis, por absoluta incomensurabilidade, como se voltássemos aos confins escatológicos ou teológicos de fundamentação última.

Pitoresco exemplo dessa situação encontra-se no caso de um concurso público instituído por determinado órgão público para seleção de artigos científicos para classificação com vistas à premiação. Uma das exigências do edital, ‘a lei do concurso’, era que os trabalhos fossem encaminhados em envelopes **pardos** lacrados. Nesse cenário, qual não foi a surpresa de um dos membros da comissão responsável pelo concurso quando foi voto vencido na decisão que desclassificou inúmeras propostas, cujos envelopes, não obstante fossem opacos, não possuíam a cor parda, mas, sim, bege, marrom, vermelha ou preta.

contrato é exatamente a existência de uma contraposição dos interesses envolvidos, o que não se afigura no caso, como trabalhar com o fato de que a avença entre o Poder Público e essas entidades se dá por meio de um **contrato de gestão**? Como, então, ontologizar de forma prévia o que seja um contrato? Ainda sob o tema contratos, interessante, ainda que a abordagem seja rasa, explicitar o verdadeiro ‘samba do crioulo doido’ que é a tratativa dos institutos da concessão, permissão e autorização de serviços públicos. Para não ir muito longe, importante dizer que não obstante a permissão, sob o prisma doutrinário, ser conceituada no bojo da teoria dos atos administrativos, revestindo-se, portanto, de unilateralidade em adição ao seu caráter precário, a tratativa constitucional da matéria – art. 175, caput CR/88 – lhe conferiu natureza **contratual**, portanto bilateral. Afinal, nal existe uma ‘natureza’, uma ‘essência’ das denominadas permissões de serviço público. A resposta só pode ser negativa.

Ora, isso tem como consequência prática o fato de que mais do que a inadequação da identificação de conceitos jurídicos indeterminados com discricionariedade administrativa, seria necessário questionar a existência da discricionariedade em si. Isso porque a feroz crítica encetada contra o modelo de subsunção do Direito que aprisiona a vida numa moldura normativa – como o encaixe de um cubo mágico – e que exige uma produção hermenêutica-dialética de sentido, como demonstrado neste trabalho, escancara, ainda, aquilo que muitos não conseguem enxergar.

A discricionariedade administrativa é, grosso modo, trabalhada a partir de uma perspectiva estendida do modelo de subsunção do Direito que tanto se quer criticar. Em verdade, a discricionariedade, ao invés de conceber uma relação unívoca entre o fato e a norma na qual se encaixa, ‘faculta’ ao administrador, dentre diversas consequências estatuídas, ‘selecionar’ aquela que – de forma pelo menos razoável para alguns ou ótima para outros³⁴⁴ – atende à finalidade, que, *ultima ratio*, é o interesse público. Aqui, observa-se que o erro é de concepção, de projeto, pois não pode haver ‘ótimo’ ou ‘razoável’ que se sustente com uma premissa falsa. Mais uma vez, o Direito é tentado a se manter como apêndice das ciências exatas.

Como se não bastasse, o desalento não se esvai. As ‘novidades’ trazidas pelos recentes posicionamentos de Gustavo Binenbojm (2006) e de Sérgio Guerra (2008), acabam se afigurando, na verdade, como vãs tentativas de se retrabalhar premissas, modelos superados desde a origem, seja pelo desconhecimento do avanço dos estudos da linguagem, seja por se fiar incondicionalmente no guerreado princípio da proporcionalidade. Não adianta ornamentar a casa se a base, a estrutura, permanece frágil.

Nesse aspecto, em relação ao autor fluminense, as críticas podem ser encetadas a partir de diferentes prismas. Como proposta inovadora, o autor afasta a noção de um ato discricionário e estabelece graus de vinculação à juridicidade a serem perquiridos pelo magistrado, quais sejam: controle vinculado por regras (constitucionais, legais ou regulamentares), cujo controle judicial é pleno; atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados, cujo controle judicial é temperado; e atos vinculados diretamente por princípios³⁴⁵, que não prescindem de um juízo de ponderação por parte do magistrado, que, por certo, deve se valer, como defende vasta maioria da doutrina e jurisprudência nacionais³⁴⁶,

³⁴⁴ Para exemplificar a primeira corrente, pode-se citar Luciano Ferraz e, a segunda, Juarez Freitas.

³⁴⁵ Para uma análise completa da construção de Binenbojm (2006), remete-se ao tópico 4.4.1.

³⁴⁶ Exemplificadamente, podem ser citados, em linhas gerais, boa parte da escola fluminense de Direito Constitucional, Luís Afonso Heck, Luís Virgílio Afonso da Silva e, nos tribunais, o ministro Gilmar Mendes, que se destaca com sua robusta base teórica desenvolvida na Alemanha.

do indefectível princípio da proporcionalidade³⁴⁷.

Não obstante a interessante colocação de Gustavo Binzenbojm (2006), o autor continua limitado aos dissabores da filosofia da consciência, de início por insistir em diferenciar, de forma estanque e *a priori*, conceitos jurídicos determinados e indeterminados, o que se soma a um outro problema, ainda mais grave: permanecer com o entendimento que defende uma cisão ‘forte’ entre regras e princípios, no sentido de que as regras se subsumiriam à lógica do tudo ou nada (modelo de subsunção), enquanto os princípios deveriam ser compreendidos sob a lógica alexyana de ‘mandados ou mandamentos de otimização’, que devem cumpridos na maior medida possível, com todos os problemas que a ausência de racionalidade dessa distinção acarretam.

Assim, Binzenbojm (2006), embebido nos ensinamentos explicitados na teoria da argumentação de Robert Alexy, cinde a aplicação do direito em dois procedimentos distintos: a subsunção, quando se tratar de conflito envolvendo regras e a ponderação, caso os envolvidos sejam os princípios. Portanto, dois mundos distintos a envolver o positivismo exegético de um lado e o ‘sofisticado’ pós-positivismo assentado nas bases de uma razão prática que deriva o direito da moral de outro.

Ciente da agudeza de tal crítica ao cabedal argumentativo de Alexy, alguns de seus seguidores notadamente Ávila (2004) e Bustamante (2005) procuram respondê-la, e por conseguinte, sustentam que a aplicação das regras também se submetem à uma postura crítico-reflexiva (ponderação) diante das circunstâncias do caso concreto, não configurando uma subsunção automática. Assim, Bustamante especificamente aduz que

No entanto, Alexy não utiliza a expressão “subsunção” na acepção do formalismo jurídico, de modo que uma vez compreendido o sentido por ele atribuído ao mecanismo normativo-aplicativo da subsunção não há problemas em se aceitar a teoria do professor alemão.[...] O procedimento denominado subsunção pode (e isso é essencial para afastar as objeções mencionadas logo atrás) ser entendido num sentido mais amplo, partindo-se do caráter axiológico e teleológico da ordem jurídica. [...] Esta é, a propósito, a exata compreensão de Alexy acerca do tema, tendo em vista que a norma não é, no mais das vezes, entendida no sentido literal do enunciado normativo que a origina. A denominada *subsunção* não significa que a construção da decisão consiste unicamente em uma premissa maior (a norma), uma premissa menor (a descrição dos fatos) e uma conclusão (o julgamento). (BUSTAMANTE, 2005, p. 196-197).

Entretanto, essa constatação pode ser refutada, quando o autor, em sua obra, diferencia ‘casos fáceis’ de ‘casos difíceis’, valendo-se, para tanto, da contribuição do próprio Alexy. Nesse aspecto, o autor acaba por reconhecer, ainda que de maneira implícita, que pelo menos

³⁴⁷ Binzenbojm (2006), em especial nos tópicos III.5 a III.8, sustenta explicitamente a necessária observância de um ‘dever de proporcionalidade’.

os denominados ‘*easy cases*’ sujeitar-se-iam a uma mera aplicação silogística nos moldes estruturados pelo positivismo exegético. Essa assertiva pode ser demonstrada, uma vez que Bustamante (2005, p. 103), primeiramente, apresenta o modelo do silogismo como sendo:

(J.I.1)

(1) (x) (Tx \rightarrow ORx (premissa maior)

(2) Ta (premissa menor)

(3) ORa (conclusão; enunciado normativo singular)

Em seguida, conclui que “entretanto o esquema (J.I.1) é insuficiente para fundamentar proposições jurídicas nos casos denominados difíceis” (BUSTAMANTE, 2005, p. 104). Ora, nesse cenário, duas considerações precisam ser feitas. A primeira delas é que se na visão de Bustamante o esquema se mostra insuficiente para os ‘*hard cases*’, pode-se afirmar que ele é aplicável nos demais casos. Ademais, não há como fugir do fato de que a simples aceitação da existência da subsunção automática como integrante da estrutura de ‘operação’ do Direito deixa claro que, na prática, a atividade realizada será a de uma redutora operação de ‘encaixar’ na norma o evento ocorrido no mundo, consoante a máxima “dê-me o fato que te dou o direito”³⁴⁸.

Com essas considerações, não é sem sentido afirmar que nesse modelo as regras parecem funcionar como ‘conceitos jurídicos determinados’ (sic), que, como num passe de mágica, sorvem a(s) situação(s) fática(s) que se encaixa(m) na hipótese descrita na norma. Essa roupagem, que desconsidera a perspectiva adotada pelo giro linguístico-pragmático, já foi por demais debatida neste trabalho, escancarando o fato de que não se pode aprisionar e matematicizar o Direito em harmônico modelo de caixas que se encaixam de modo perfeito e acabado em outras caixas, para todo o sempre.

Em relação ao segundo *standard* trabalhado pelo autor, verifica-se que a forma pela qual a indeterminação é trabalhada abarca o pressuposto de que os ‘termos técnicos’ existentes nas proposições jurídicas estariam a compor o plexo de situações que sujeitariam o magistrado a um controle menos intenso. Ora, essa constatação demonstra que Binenbojm (2006) apega-se a uma visão semântica da linguagem, tal qual denunciado nesta tese, por insistir em diferenciar linguagem técnica de linguagem natural, tão cara a autores como Frege, o primeiro Wittgenstein

³⁴⁸ Impende reforçar que as premissas trabalhadas nesta tese, ao não conceber a distinção entre casos fáceis e difíceis, exatamente pelo fato de que a textura permanentemente aberta da linguagem exige que a busca de uma resposta correta passe sempre por um processo argumentativo, também não admite a operação silogística – inodora, incolor e insípida – de encaixe e desencaixe automáticos.

ou Rudolf Carnap. Esse fetiche de uma lógica de metalinguagens, de linguagens talhadas com esmero e perfeição para representar o mundo é implodido pela eclosão da dimensão pragmática, que altera o enfoque da abordagem para a noção de uma linguagem (única), cujos sentidos são extraídos de forma contextual em diferentes jogos de linguagem.

Por fim, a vinculação ‘por princípios’ por ele trabalhada dentro da tríade de vinculação à juridicidade proposta revolve uma questão que já foi objeto de extenso debate (FERRAZ, 2009) e que diz respeito ao denominado ‘princípio da proporcionalidade’³⁴⁹ como forma de solução de conflitos envolvendo princípios colidentes, na construção desenvolvida pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy. Naquela oportunidade, de forma explícita, restou assentado que

Esta construção teórica de raro rigor conceitual, que deita raízes na Alemanha, principalmente na obra do jusfilósofo Robert Alexy, difundiu-se pelas Cortes Constitucionais de todo o mundo na conformação do espectro desses direitos, terminando por incorporar, de um lado, características próprias que o despem de qualquer sentido material, e, de outro, que o afastam – por completo – da razoabilidade fundada no Direito anglo-saxão. Entretanto, mesmo nesse contexto cognitivo, é necessário lançar voz dissidente dos pensamentos existentes, com o objetivo de alertar os que militam nesse domínio jusfilosófico para os perigos da aplicação do princípio da proporcionalidade, desvelando o paradoxo – e por que não dizer o retrocesso – que sua estrutura busca esconder: em verdade esse princípio desserve à contemporânea demanda por racionalidade das decisões judiciais, à medida que traz embutido nos seus subprincípios ou máximas parciais um método iluminista tributário da filosofia da consciência, travestido sob a roupagem de princípio. Essa constatação deixa claro, *ultima ratio*, que o princípio perpetua e pressupõe condenável postura valorativo-discrecional do juiz – como denuncia Habermas. (FERRAZ, 2009.)

Nesse perfil, em síntese, é importante deixar claro que a proporcionalidade, na verdade, não obstante o refinamento teórico desenvolvido pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy na estruturação de sua **fórmula peso**, nada mais é do que um método ou cânone de interpretação afeto aos seus congêneres exegéticos do século XIX.

Nessa senda, vale dizer que o ‘princípio da proporcionalidade’, ao se prestar a auxiliar o intérprete na solução de um caso concreto, exige uma série de testes de seus subprincípios ou máximas parciais, tais como adequação (1), necessidade (2) e proporcionalidade em sentido estrito (3), que devem ser ‘aplicados’ nessa ordem e de forma gradativa e excludente. Em outras palavras, o não atendimento de qualquer dos princípios nessa ordem, implica dizer que a medida apreciada afigura-se desproporcional.

³⁴⁹ Para o próprio Alexy a proporcionalidade não seria um princípio, visto que seu comportamento em nada se assemelha a um mandado de otimização. Para o jurista germânico, em sua função de servir de guia para colisão de outros princípios, a proporcionalidade funciona em verdade como regra. Isso porque deve obedecer a uma lógica do tudo ou nada e não ser aplicado na maior medida do possível.

A falácia do método se descortina na medida em que os testes efetuados com fundamento nas máximas parciais (1), (2) e (3) não conseguem se sustentar em bases racionais. Explica-se.

Imagine-se o seguinte exemplo: a fim de conter a escalada de violência nas partidas de futebol, o governo do Estado editou norma que exige a identificação prévia de todos os torcedores para que possam ter acesso aos estádios. Nessa situação, um turista amazonense com sua família – mulher e filhos pequenos – vem a Belo Horizonte, em férias, e resolve em um belo e ensolarado domingo assistir ao jogo de seu amado América-MG. Entretanto, é impedido de comprar os ingressos porque nem ele, nem a mulher, nem os filhos pequenos estavam devidamente identificados. Inconformado, o cidadão procura o Poder Judiciário, pleiteando indenização por danos morais e materiais.

Nesse cenário, sem adentrar a solução da questão propriamente dita, que foge ao escopo desta tese, vale dizer que a **adequação (1)** busca perquirir uma relação entre a medida adotada e o fim que com ela se busca alcançar. Assim, a pergunta que deve ser respondida no teste é: a identificação dos torcedores, como forma de se criar uma ‘lista negra’ de torcedores e impedi-los de frequentar os jogos, é idônea para atingir o fim colimado, que é a redução da violência? Se a resposta for positiva, passa-se ao segundo teste, que é o da **necessidade (2)**. Neste caso, a pergunta seria: este é o meio menos gravoso para se atingir o fim almejado? Se ainda assim a resposta for positiva, faz-se necessário, ainda, o terceiro e decisivo teste, que, na verdade, funcionando como uma sintonia fina, faz o sopesamento entre os princípios, bens ou valores (sic) colidentes. Assim, na **proporcionalidade em sentido estrito (3)**, o questionamento que se faz é se a restrição da liberdade do cidadão é compensada pela redução da violência. Em outros termos, se as vantagens obtidas com a intervenção no direito fundamental valem os sacrifícios que tal intervenção acarreta aos titulares e à sociedade em geral³⁵⁰.

Ora, a crítica que se pode fazer tem razão de ser. O subprincípio da adequação, na verdade, busca simples compatibilização da medida adotada com o fim por ela pretendido. Ora, sua roupagem é tipicamente teleológica, ou seja, focada tão somente no aspecto da finalidade e, dessa forma, cabe a pergunta: em que se diferencia a máxima parcial da adequação da oitocentista interpretação teleológica? Em verdade, toda a lógica do princípio da proporcionalidade assenta-se nessa premissa, pois, em linhas gerais, nada mais representa do que uma adequação de meios a fins. Mas é preciso avançar mais e refinar a crítica.

³⁵⁰ Nos termos da denominada ‘lei da ponderação’, assim enunciada: “Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.”

Nesses termos, quanto ao segundo subprincípio – necessidade –, vale dizer que não existe nenhum critério racional para se dizer o que é mais ou menos gravoso. Na verdade, na maioria das vezes, sequer existem ou são conhecidos outros critérios para se comparar com a medida adotada, o que não raro torna esse teste, por um lado, inócuo e, por outro, carregado do componente subjetivo daquele que tem a missão de decidir. Nesse cenário, o raciocínio desenvolvido em relação ao subprincípio da adequação pode ser estendido também para o da necessidade. Ora, a razão disso é que ambas máximas parciais são edificadas estruturalmente a partir de uma perspectiva ‘fraca’, posto que se a primeira exige tão somente que o fim seja atendido, a segunda, na prática, ante a dificuldade ‘operacional’ de se identificar qualquer outro meio, mais ou menos gravoso, também se resume a uma abordagem da perquirição da finalidade da medida (teleologia), ou seja, em nada inova em relação ao positivismo exegético. Em resumo, se ‘espremidos’, o que resta desses testes parciais é tão somente uma aferição de meios a fins, já utilizada desde muito por Rudolf Von Ihering³⁵¹.

Por fim, vale dizer, em relação à proporcionalidade em sentido estrito, que Alexy, para solucionar a questão segundo a lógica desenhada pela lei de ponderação, estabelece graus de intervenção de um princípio em outro, a partir dos seguintes passos.

- a. 1º passo: deve-se comprovar o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio (Pi);
- b. 2º passo: deve-se comprovar a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário (Pj);
- c. 3º passo: deve-se, finalmente, comprovar se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo do não-cumprimento do outro (Pj P Pi) C.

Para tanto, concebe uma tríade composta por graus (leve, médio e grave ou severo), que têm a função de aferir, além do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, a importância do cumprimento do outro. Ora, nesse ponto, a crítica se agudiza. Para além de tratar os princípios sob uma perspectiva de valor, ou seja, axiológica, visto que se admite sua aplicação gradual, rompendo assim com o código binário licitude/ilicitude associado a uma

³⁵¹ Nesse sentido, interessante exemplo pode ser apresentado no sentido de se demonstrar que ‘no frigidus dos ovos’, o princípio da proporcionalidade nada mais do que uma estruturação sofisticada de uma racionalidade teleológica. Assim, vale relembrar “o julgamento do HC 76060/SC, Relator ministro Sepúlveda pertence, em que se discutia a pretensão de um terceiro que objetivava impor a realização de exame de DNA por um pai presumido, no intuito de se desonerar das consequências da assunção de uma paternidade não desejada. No caso em comento estariam em conflito a dignidade humana do pai presumido (CF, art. 1º, III e art. 5º) e o direito à proteção judicial do terceiro interessado (CF art. 5º, XXXV). **Nesse caso específico a decisão prolatada foi no sentido de que a medida de se obrigar alguém a realizar o exame (meio) seria desproporcional para eximir [ou não] o terceiro da paternidade (fim colimado).**” (FERRAZ, 2009, p. 65-66). Como se observa, no fundo, o teste da proporcionalidade é o de adequação de meios a fins.

visão deontológica do direito³⁵², o questionamento que ainda subsiste é novamente acerca de quais critérios são idôneos, mas de forma racional e não discricionária, para se definir se uma intervenção é leve, moderada ou severa.

Com efeito, um interessante exemplo sobre esse ponto é aquele que hipoteticamente envolveria a avaliação de uma medida que vise penalizar determinado estabelecimento pelo comércio de bebidas fora do horário permitido pela legislação. Nesse ponto, imagine-se que as intervenções exigidas na aplicação do subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* fossem assim estruturadas: leve, que obrigaria o proprietário a colocar uma faixa na porta de sua loja enumerando os malefícios da bebida; moderada, que exigiria do comerciante o respeito a uma cota de bebidas por um determinado período de tempo, e severa, que de forma cogente imporia o fechamento do estabelecimento. O leitor concordaria com essas gradações? Sim? Não? Talvez? Ora, a questão é por demais tormentosa. Só para acirrar o debate, um liberal poderia sustentar que o fechamento do estabelecimento não poderia sequer ser cogitado, por tolher a livre iniciativa, o que viola comando constitucional; e que para sua imagem, o estabelecimento de cotas é muito menos gravoso do que ter uma faixa expondo as mazelas do álcool. E você leitor? Qual sua aposta?

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade e a solução apresentada por Binjenbojm (2006) naufragam pela ausência de racionalidade e desconsideração das premissas da viragem linguístico-pragmática com uma última consideração. O autor fluminense trabalha sob a premissa de graus de intensidade do controle. Nesse particular, perpassando a dimensão semântica, vale perguntar: o que é mais ou menos ‘intenso’? Será que essa constatação fica também a critério do subjetivismo do julgador³⁵³? Será que questões, já abordadas nesta tese,

³⁵² De sorte que, se juridicizado, o valor perde seu caráter de gradualidade, associado a questionamentos como ‘o que é melhor’, para incorporar uma feição deontológica, cuja pergunta passa a ser ‘o que é, ou não é, devido’. Nesse sentido, afirma Cruz (2006, p. 144), fazendo referência ao emérito frankfurtiano, que “é preciso deixar claro que Habermas reconhece o fato de que as normas jurídicas, e em especial os princípios, podem conter em si valores. Ao contrário, nem de longe ele supõe um ordenamento jurídico vazio, formalista ou mesmo insensível, pois os valores são da essência da humanidade. A diferença está em perceber que os princípios não podem ser tratados como se fossem meramente valores”.

³⁵³ Um interessante e conhecido exemplo que demonstra as limitações de uma postura subjetivista, monológica, solipsística é aquele em que Kant, em sala de aula, surpreende-se com a entrada de um esbaforido cidadão, solicitando encarecidamente que o professor o deixasse se esconder debaixo de sua mesa, pois seria o único local em que os soldados da polícia prussiana não ousariam procurá-lo, pelo extremo temor reverencial para com a figura do mestre, do educador. Entrementes, a polícia adentra a sala e, após minuciosa revista, sem encontrar o cidadão e como último suspiro, questiona ao professor: “Por acaso o senhor não teria visto um cidadão com essas características adentrar este recinto?”. Ao que o professor responde: “Sim, ele está escondido debaixo de minha mesa.” Perplexo, o cidadão é imediatamente recolhido e levado pelos guardas. Passado o susto, os alunos questionam: “Mestre, por que o senhor entregou o cidadão para a polícia?” Ele responde: “Porque tenho o dever moral de agir dessa forma, pois algo que vale para todo o sempre é a máxima ‘não mentir’.” O que Kant não percebeu é que ele agiu sob sua perspectiva isolada, sem levar em conta, por exemplo, em especial depois da sua conversa com o cidadão, que a máxima “promessas devem ser cumpridas” também é legítima para regular aquela situação específica e obrigatoriamente deveria ter sido levada em consideração.

relacionadas a afeição, empatia ou rejeição em relação a quem pratica o ato a ser controlado não o influenciariam no estabelecimento desses *standards*³⁵⁴? Seria possível assegurar racionalidade na complexa construção desenvolvida pelo autor? Seria o juiz, nessa perspectiva, a reencarnação do mítico (e tão criticado) juiz Hércules de Dworkin?

Não obstante tais considerações, esse ponto ainda carece de algumas explicações adicionais. Isso porque Bustamante defende que o ‘subjativismo’ não é um problema ou privilégio específico do ‘método da ponderação’. Aqui, impende deixar claro que o problema não é ser ou deixar de ser subjetivo. A questão é a ‘venda’ do mito de que esse modelo é capaz de assegurar o fetiche da certeza e a segurança tão cobiçados pelo positivismo, ao possibilitar um melhor controle do feixe argumentativo em uma teoria da decisão.

Em verdade, a falácia metodológica se escancara quando é percebido que o método pré-direciona o caminho a ser trilhado pelo operador, ocultando o desvelamento da resposta correta e mascarando a exigência da pretensão de correção do direito tal qual a manifestação de determinados sintomas em um paciente que podem ao invés de conduzir o médico para o diagnóstico correto, esconder a real patologia que o aflige.

Isso posto e sob outros contornos, Sérgio Guerra (2008), de forma bem muito bem desenhada, conclama para a necessidade de se adotar uma postura reflexiva no que diz respeito às escolhas administrativas, consentânea com um modelo de Estado que deve se pautar pela eficiência e pelo respeito aos direitos fundamentais. Entretanto, não obstante a concordância acerca da necessidade de uma permanente postura de reflexão crítica sobre todos os pressupostos, inclusive das próprias premissas que são defendidas, não se pode olvidar que se Guerra acerta na escolha da ‘arma’, erra na tentativa de atingir o alvo.

Isso porque sua noção de reflexividade ainda está presa aos contornos sintático/semânticos da linguagem e aos pilares da filosofia da consciência – ainda que ele não reconheça –, o que o impede de compreender os ganhos – em especial sob o ponto de vista de um refinamento ‘qualitativo’ das ações – que o giro linguístico-pragmático permite que seja obtido, exatamente na busca da legitimidade almejada pela proposta do autor.

Nesse particular, a crítica em relação a Sérgio Guerra assemelha-se, em alguns pressupostos, àquela empreendida em relação ao contributo de Gustavo Binbenbim (2006) e se amplifica em relação a outros. Assim sendo, vale dizer de início que o autor mantém-se

³⁵⁴ Assim, como exemplo, afirma Warat (1995, p. 69): “As palavras de uma linguagem podem associar-se de forma tal que provoquem os mesmos efeitos de referência e distintos efeitos éticos.” Assim, as afirmações “Trabalhadores lutam por aumento do salário-mínimo.” e “Vereadores de Belo Horizonte aumentam seus subsídios em mais de 60%.” pressupõem sentimentos de afeição e repugnância, respectivamente. Como isso influenciaria um juiz no seu múnus de decidir um caso envolvendo esses ‘personagens’?

preso a uma visão axiológica do direito³⁵⁵ (GUERRA, 2008), que, além de romper com seu caráter deontológico como já demonstrado, leva ao entendimento de uma certa ‘homogeneidade’ de valores compartilhados pela sociedade³⁵⁶. A pergunta que se faz é: como assegurar essa perspectiva em uma sociedade multifacetada, plural, assentada em um emaranhado de projetos individuais e coletivos muitas vezes radicalmente distintos?

Para além desse ponto, apega-se ainda à noções de ponderação, também já criticada nesta tese e também às cisões ‘fortes’ entre regras e princípios e mais do que isso entre ‘*easy*’ e ‘*hard cases*’ (GUERRA, 2008, p. 420-421). Ora, se o próprio jurista reconhece que para a condução do agir administrativo o texto é apenas a ‘ponta de um iceberg’, haja vista todas as nuances ‘ocultas’ envolvidas, como sustentar que, *a priori*, pode-se cindir casos fáceis de casos difíceis? Qual seria o critério adequado para tanto? Não seria uma contradição, segundo seus próprios pressupostos operativos?

Prosseguindo no debate, o autor sustenta que uma forma de mitigar os espaços para as escolhas administrativas seria uma ‘previsibilidade’ técnica (GUERRA, 2008, p. 412-416). Ora, mais uma vez o autor adota uma postura paradoxal: se reconhece que a lei no campo das ciências sociais não é garantia de segurança e previsibilidade, regras técnico-científicas, como ele aduz, poderiam ser? Nesses contornos, Guerra não percebe que está implicitamente ou inconscientemente a defender o modelo hegemônico das ciências naturais modernas (com fortes influxos do empirismo), de certezas e verdades absolutas, típicos da filosofia da consciência, o que, sob o ponto de vista de um paradigma científico contemporâneo, não mais se sustenta. Como exemplo, pode-se mencionar Gibson (2008), que com propriedade demonstra como o acaso e o imprevisível podem influenciar a pesquisa científica, ao relembrar que a descoberta do tratamento da disfunção erétil, que possibilitou tempos mais tarde a comercialização do medicamento Viagra, deu-se ao acaso em um trabalho que visava desenvolver uma nova droga contra hipertensão.

Por fim, a crítica se direciona para outra vertente, quando se observa que Sérgio

³⁵⁵ Nos dizeres do autor: “Considerando que os direitos objetivos representam as garantias e os direitos fundamentais dos cidadãos, direitos esses que expressam **um conteúdo axiológico**, que dá origem a um **sistema de valores**” (GUERRA, 2008, grifos nosso).

³⁵⁶ Com efeito, não é sem sentido afirmar que essa postura de Guerra de que consensos fortes sustentam a sua noção de reflexividade (pressuposto da homogeneidade) é falaciosa. Isso porque, a noção de consensos que podem ser obtidos em determinada sociedade são no máximo consensos tênues, mesmo para os comunitaristas, a exemplo de Michael Walzer. Nesse particular, aduz que só é possível o compartilhamento de uma moralidade ‘mínima’ de caráter universal “. Para tanto, parte do pressuposto de que existem dois tipos diferentes, ainda que inter-relacionados, de argumentos morais. O primeiro, que ele designa como ‘denso’ (thick) é relativo aos valores das pessoas que compartilham uma história e cultura comuns. O segundo, designado como ‘delgado’ (thin) se refere a valores compartilhados por qualquer ser humano, independente da cultura que professa.” (CITTADINO, 2004, p. 118).

Guerra (2008) procura reduzir o aspecto subjetivo associado à discricionariedade pura – que segundo ele torna o agir administrativo suscetível a abusos e arbítrios – ao impor, dessa forma, “uma nova roupagem que (a) torne objetiva, imparcial e controlável” (GUERRA, 2008, p. 430), fato que exige uma maior participação dos cidadãos (intersubjetividade). Nesse formato e visto sob uma perspectiva superficial, o argumento desenvolvido pelo autor é demasiado sedutor. Entretanto, a postura por ele adotada, sem uma construção filosófica mais apurada, demonstra sua vinculação aos limitados contornos da filosofia da consciência, agora por associação ao construto de Karl Popper, de um conhecimento objetivo, a partir da sua teoria dos três mundos³⁵⁷. A questão é complexa e exige uma análise mais detida.

Assim, de forma não aprofundada, vale dizer que o empirocriticismo de Popper busca romper com o estatuto científico moderno, ao demolir a experiência (indução) como formadora de um conhecimento perene, estável duradouro, abandonando, assim, a noção de verificacionismo, que dominou a epistemologia por diversos séculos. Para o autor austríaco, em verdade, de uma forma radicalmente distinta, à parte de hipóteses ou conjecturas, pode-se de forma dedutiva, em um método de tentativa e erro³⁵⁸ (com base em testes empíricos), refutar uma determinada teoria dentro daquilo que passa a ser nominado, então, ‘falsificacionismo’. Dessa forma, fica assentada a provisoriedade e contingência do conhecimento.

Nesses contornos de sua teoria, é cediço que o legado popperiano, no método por ele adotado (tentativa e erro baseada na experiência), não abdica de uma noção de verdade como correspondência de um proferimento com a realidade, típico, portanto, da filosofia da consciência que se aferra à feição (meramente) designativa ou representacional da linguagem. Essa constatação permite, obviamente, que sejam encetadas críticas no sentido de que atestar a verdade de determinada representação da realidade (que está em mim) pressuporia um ‘sair de si’³⁵⁹, o que obviamente não é possível. Desse modo, a solução por ele empreendida passa por uma **objetivação** do conhecimento como forma, uma vez que somente aquilo a ser

³⁵⁷ “Os mundos de Popper são concebidos de forma simples. O mundo 1 corresponde ao universo dos fenômenos físicos; o mundo 2 ao da subjetividade e da psicologia do ser humano; e o mundo 3 seria o conjunto de obras e feitos dessa humanidade. O mundo 3 seria o mundo da cultura, no qual as teorias estariam à disposição da intersubjetividade humana esclarecida que se colocaria permanentemente a teste.” (CRUZ, 2009, p. 52.) É exatamente esse mundo 3 que interessa a este trabalho.

³⁵⁸ Fica assim estabelecido seu **princípio da demarcação**. Desse modo, só é científico aquilo que é testificável. Em outras palavras, Popper “adota uma forma muito específica de explicação – a causalidade – como a única capaz de satisfazer as exigências de um tratamento genuinamente científico, o que, automaticamente inviabilizaria outras possibilidades de explicação, como a intencional (teleológica) e a funcional. A explicação causal consiste na subsunção de casos individuais sob leis gerais hipotéticas. O que se tem aqui, em suma, é uma elaboração do modelo nomológico (ou hipotético) dedutivo de explicação científica.” (FERNANDEZ, 2000, p.9.)

³⁵⁹ Vide correlação feita anteriormente com o ‘paradoxo da escada’.

conhecido que perde o selo de origem com o sujeito que com ele se deparou (solipsismo cartesiano) é passível de ser criticado. Em outras palavras, “o conhecimento objetivo é o conjunto de teorias publicadas em livros, revistas e jornais especializados e que permite o debate sobre a refutação de uma teoria” (CRUZ, 2009a, p. 51). Nesse ponto, só vale realçar que a crítica (refutação) nos moldes da doutrina popperiana é sempre uma testificação empírica.

Ora, qual o objetivo de todo esse desenvolvimento? Em um primeiro momento, reforçar que a afirmação de uma proximidade de Sérgio Guerra (2008) com esse modelo não é aleatório, na medida em que, observe-se, o autor explicitamente busca ‘fugir de uma postura solipsista’ do administrador público, por meio de uma **objetivação** da discricionariedade que não prescinde, segundo suas palavras, de uma interpretação analítica e **empírica** (GUERRA, p. 264), exatamente, com as devidas adaptações, os mesmos pressupostos defendidos por Karl Popper (2004) em sua vasta obra.

Em um segundo momento, poder-se-ia estatuir o seguinte questionamento: qual o problema dessa concepção? Não estaria Guerra afinado com os ganhos da intersubjetividade – a exemplo de Popper – a superar os contornos monológicos da filosofia da consciência que esta tese constantemente busca denunciar³⁶⁰?

O deslinde desse questionamento passa por certo pelas críticas (algumas) empreendidas pelos expoentes da Escola de Frankfurt, Theodor Adorno da primeira geração e especialmente Jürgen Habermas, representante da segunda. Assim, de um lado, Adorno denuncia Popper por sua adesão a um monismo metodológico³⁶¹ (tentativa e erro), bem como explicita uma certa ingenuidade do austríaco na sua crença, naturalizada, de que a liberdade de expressão dos pesquisadores seria suficiente para assegurar a imparcialidade (crítica) do mundo 3, pois, para ele, Sir Karl desconsidera outros fatores incidentes na produção do conhecimento, tais quais inveja, sabotagem, ou mediocridade (bem como o agir estratégico das comunidades científicas no sentido de privilegiar pesquisas mais ‘rentáveis’ e com maior visibilidade); de outro, Habermas agudiza as críticas ao reafirmar o problema metodológico apontado por Adorno e afirma que a intersubjetividade popperiana é limitada, já que estaria presente apenas na crítica de determinada teoria (testificação), desconhecendo o papel constitutivo da linguagem na forma até aqui apresentada.

³⁶⁰ Especificamente em relação a Karl Popper, Cruz (2008) aduz que “[...] sempre haverá alguém a dizer que esse ‘terceiro mundo’ não passaria de um estado mental subjetivo. Contudo, Popper se previne dessa crítica sustentando que a ‘independência’ do seu terceiro mundo estaria justamente na intersubjetividade da discussão, que se apartaria dos limites estreitos da ‘certeza’ de cada um dos seus participantes. (CRUZ, 2009a, p. 52-53.)

³⁶¹ Aqui, repete-se a crítica à exacerbada crença moderna em métodos como guias para um desenvolvimento (seguro) da teoria do conhecimento.

Nesse contexto, não há como deixar de apontar que Guerra (2008) parece defender o mesmo modelo, centrado em um tecnicismo já criticado e não devidamente tematizado – haveria monopólio de um grupo de técnicos *experts*, na padronização de normas técnicas? –, bem como em uma indevida ‘naturalização’ da discricionariedade, assentada na visão de que **aproximá-la dos elementos das ciências naturais (por exemplo, questões empíricas) fosse, por si só, assegurar imparcialidade, certeza ou previsibilidade capaz de minimizar o subjetivismo ou o arbítrio.** Isso pode ser sustentado? Nesses termos, ao desconsiderar os avanços do giro linguístico-pragmático, em que a linguagem é ela própria, por ser constitutiva do mundo, limita em muito a perspectiva da intersubjetividade por ele defendida e não consegue dar a explicação adequada para sua visão ‘renovada’ da discricionariedade.

Pobres de nós?

5.3.3 A esperança

O desalento não pode apagar o fio da esperança. As soluções são construídas dentro de um processo contínuo e constante de erros e acertos. Nesse cenário, múltiplas são as tarefas. Sinalizando uma diretriz, é importante frisar essa postura da pragmática, de que conceitos não podem ser autodeterminados ou autoindeterminados de forma apriorística, na medida em que são construídos e reconstruídos dentro de jogos de linguagem. Essa dinâmica, trasladada para um nível macro, que trata dos próprios pressupostos operativos do Direito é cirurgicamente captada por Warat (1995) quando afirma que

O estudo dos usos da linguagem permite efetuar algumas conclusões em torno da disputa existente entre os juristas com referência ao fato de que as palavras da lei contêm uma significação unívoca. Aceitando-se a relação significado de base³⁶²/significado contextual, nos termos propostos, resulta inevitável concluir pela **inexistência da pretendida univocidade dos textos jurídicos.** Na verdade, existe uma ilusão de univocidade fornecida pela inalterabilidade de instância sintática dos textos legais. Por desconhecer tal fato, produz-se no direito uma febre legislativa, decorrente da falsa crença de que produzindo-se uma alteração das palavras da lei, transformam-se mecanicamente as práticas sociais e os sentidos normativos. (WARAT, 1995, p. 68.)

Nesse cenário, um operar adequado do direito que assume essa premissa como básica, ganha especial reforço e refinamento a partir do esforço de Cruz (2011) - inclusive reelaborando seu pensamento anterior (CRUZ, 2007) –, que, sob profunda influência de

³⁶² Entendidos como aqueles que dizem respeito a um sentido ‘congelado’, a partir dos elementos de significação unificados por seus vínculos denotativos. (WARAT, 1995, p. 65.)

Lévinas³⁶³, redescobre a fenomenologia heideggeriana. Nesse particular, sustenta que a condição de possibilidade para a compreensão humana deve tomar como ponto de partida o ser do homem³⁶⁴ e que o conhecer se dá por uma abertura constante, a partir da percepção de que o ‘seer’ é um evento, que é movimento infinito, o que leva à percepção de que, por exemplo, um conceito seja determinado soa claramente metafísica. Ora, para que um conceito possa ser determinado, o ‘seer’ também precisa ser dado, fixo, constante, mera presença. Todavia, ele não o é, pois ele pode ser construído a cada instante pelo *Dasein*³⁶⁵, de modo que seu evento está sempre entre a determinação e a indeterminação, nunca podendo descansar em um desses pontos³⁶⁶.

Outra contribuição importante que se agrega ao modelo de uma visão adequada dos conceitos de forma ampla, dos conceitos jurídicos e, por extensão, do Direito – na medida em que exige que as proposições jurídicas (normativas) tenham seu sentido (de correção) estabelecido – não prescinde do arcabouço teórico desenvolvido por Jurgen Habermas (2004b) na sua mais esclarecedora obra, *Verdade e Justificação*. Isso porque Habermas

³⁶³ Em verdade, parece que o (neo)filósofo mineiro trabalha na sua mais recente obra (CRUZ, 2011), o construto heideggeriano sob uma roupagem diferente daquelas trabalhada na anterior (CRUZ, 2007). Neste, coloca em relevo autores que concebem a figura do *Dasein* de Heidegger como justificadora de uma totalidade alienante nazista (visto que ausentes as distintas figuras da reflexão e compreensão tão caras ao Iluminismo). Lado outro, naquela, profundamente influenciado pelas noções desenvolvidas por Lévinas de responsabilidade, com profundas raízes éticas, em que se é compreendida como um verdadeiro e infinito compromisso para com o outro, Cruz (2011) retrabalha as noções de cuidado e solicitude desse Heidegger ‘humanizado’ como existencial do *Dasein*, sob essa nova perspectiva. Para uma reconstrução completa do pensamento heideggeriano, seu diálogo com Lévinas e sua improvável compatibilização com o pensamento habermasiano – explicitada pelo próprio Habermas na sua obra *Verdade e Justificação*, em especial no capítulo I.1 – não há como não fazer referência à obra do doutrinador Álvaro Souza Cruz, **A resposta correta**: incursões jurídicas e filosóficas sobre a teoria da justiça, 2001, com destaque para o capítulo 4.

³⁶⁴ Segundo Cruz (2011, p. 124), “O homem existe porque está referido a si mesmo como uma possibilidade permanente de ‘vir-a-ser’. Sendo a essência do homem esse não ter essência, ou uma essência de sempre poder ser, Heidegger designa o homem de ‘ser-aí’, cuja expressão em alemão é *Dasein*, que significa existência.” Nesse ponto, prossegue o autor que é necessário perceber que a compreensão humana obrigatoriamente parte de determinado horizonte, que se apresenta como um ponto de partida que já nos é dado. Nesses termos, “o homem se compreende primeiro como um ‘ser-jogado’, pois sequer ninguém antes do nosso nascimento nos consultou se queríamos ou não nascer. A existência é um dado que se antecipa à racionalidade. O homem não tem o direito de escolher seu próprio nome. O homem é ‘jogado’ em uma família, em uma cidade, em um contexto histórico, em um contexto cultural que irá determinar sua compreensão justamente pelas pré-compreensões que sempre terá tido. O horizonte hermenêutico impede qualquer suposição de que seja possível tornar a mente uma tabula rasa, de modo que seja viável construir um conhecimento que fosse neutro, objetivo, imparcial. Desde sempre o ser do homem está compelido a lidar com seus preconceitos.” (CRUZ, 2011, p. 121.)

³⁶⁵ Importante relembrar que para Heidegger somente o *Dasein* é capaz de interrogar qual é o verdadeiro sentido do ser.

³⁶⁶ O autor cita o seguinte exemplo (CRUZ, 2011, p. 157): “‘esse conceito é determinado’. Ele lembra uma outra empregada por Heidegger: ‘o martelo é pesado’, pois aqui, ‘conceito’ assim como martelo são concebidos como simples presenças, como aquilo que se faz presente, e portanto, tem uma quiddidade fixa, absoluta e universal. Um conceito determinado é uma noção que se supõe eternamente estática, rígida, enquanto um ‘conceito que é indeterminado’, jamais, em tempo algum, poderá vir a ser determinado. Ele é determinado enquanto um ser indeterminado. Logo, tanto a noção de que um conceito seja determinado ou aquela pela qual um conceito é indeterminado são puro fetiche da metafísica que domina o paradigma da representação, que supõe haver uma essência por trás de cada coisa, que se dá na representação de um signo ou uma expressão da linguagem.”

radicaliza o debate e propõe, no plano dos juízos descritivos, a noção de um realismo sem representação (sem espelhamento, sem correspondência), no qual parte-se da premissa da existência de um mundo objetivo independente de nós, mas chafurdado em uma linguagem constitutiva, que faz com que nosso acesso a ele seja sempre por ela mediado. Mas como essa arquitetura é possível sem cair na mesma vertente da metafísica clássica?

Ora, Habermas compreende, a partir de uma destrancendentalização da razão, que o realismo se apresenta como um conjunto de padrões (conceitos) compartilhados intersubjetivamente, que passam a ser guias da ação dentro de um mundo da vida não tematizado³⁶⁷. Entretanto, qualquer ruído nesses modelos pré-estabelecidos provoca um trasladar da perspectiva da ação para a do discurso, no qual os participantes, descentrando-se das suas perspectivas, desejam convencer-se mutuamente, mas, também, buscar **um aprendizado recíproco**, dentro de discursos racionais³⁶⁸ – obviamente sem descurar das inúmeras contingências – encontrando uma nova ‘zona de conforto’ para esses padrões, que, resgatados discursivamente, podem novamente servir de balizas para a ação. Essa realidade contingente permite que se afirme que nesse plano a verdade transcende a justificação, como aperitivo de uma continuidade entre natureza e cultura³⁶⁹, dentro daquilo denominado ‘naturalismo fraco’, para ascender a um mundo em que o futuro seja melhor que o passado. Por outro lado, no plano dos juízos normativos, na ausência de um mundo dos objetos independente de nós, a **correção** dos proferimentos é medida a partir da perspectiva apeliana de assertibilidade (também em discursos racionais) em condições supostamente ideais, sem perder o foco de realizar as promessas não cumpridas da modernidade, como o desenvolvimento e o progresso, tão caras aos racionalistas do século XXI, como Habermas (2004b).

Talvez a grande contribuição habermasiana para o tema deste trabalho seja a de que o resgate discursivo das pretensões de verdade e correção leva em conta que esse fórum se dá dentro de jogos de linguagem estruturantes do mundo da vida, em que se forma um grande repertório de tradições, vivências e memórias que permitem, inclusive, aprender com os erros do passado para construir um futuro melhor.

³⁶⁷ Por exemplo, entramos em um elevador ou pegamos um avião com a certeza de que seremos transportados para o destino que queremos, sem tomar como pressuposto que o elevador vai parar no meio do andar ou que o avião vai cair.

³⁶⁸ De acordo com Bannel (2006, p. 251), para Habermas “entender uma proposição, então, é ser capaz de reconhecer as razões (*grounds*) através das quais suas condições de verdade são preenchidas e *poderiam ser resgatadas (redeemed)*. Mais que isso, tais razões só podem ser produzidas dialogicamente, ou seja, baseados em argumentação racional”.

³⁶⁹ Com primado da natureza, na medida em que os processos sociais precisam de um aparato biológico prévio para que se seja possível uma ideia de progresso.

Poderia então o cético questionar de que forma essa bela homilia poderia ser, de fato, implementada. Esse é um questionamento fundamental, que necessita de uma abordagem inovadora, haja vista o sem número de teorias da decisão que se debruçaram sobre a matéria, como visto alhures, mas a ele não respondem adequadamente. A tarefa é árdua, mas, repita-se, para além do desalento deve subsistir a esperança.

Assim, a linha que se pretende adotar, para o desapontamento das correntes não racionalistas ou positivistas, passa por um resgate de uma razão prática renovada - na medida em que libertada das amarras de uma moralidade forte de viés kantiano - como pedra de toque da superação por um lado, do 'pessimismo' dos seguidores de Derrida e de outro do agir discricionário, subjetivista, dos adeptos de Hart, Kelsen ou Ross.

Respondido o questionamento de como se trabalhar os conceitos (jurídicos) sob uma perspectiva que leva a sério o giro linguístico, a pragmática e as contribuições da hermenêutica, é necessário avançar um pouco mais. Assim, mesmo partindo da premissa de que todo conhecimento (e tudo na vida) é falível, provisório³⁷⁰, contingente como atitude prospectiva, adquire sentido a construção de um modelo que, assentado nas bases propostas neste trabalho científico, toma como ponto de partida o fato de que a significação, na verdade, é constituída pelo seu uso, como algo nunca pronto e acabado como uma receita de bolo, mas inserida em um processo dialético de construção e de reconstrução de sentidos, que permita uma abordagem adequada dos conceitos, em especial no direito.

Assim, no plano jurídico, é necessário, num primeiro momento, um resgate da hermenêutica nos moldes trabalhados por Heidegger e, para o Direito, principalmente Gadamer (2003)³⁷¹, pois obviamente se a noção de ostensividade não mais pode ser concebida como algo que espelha o mundo, ela pode ser compreendida, partindo da premissa de que algo é sempre dado como algo, como uma pré-compreensão, um pré-juízo que deve ser devidamente depurado argumentativamente.

Nesse momento, 'entram em cena', de um lado, a necessária consideração de uma postura dialética de se operar o Direito, obviamente que apartada do modelo totalizante

³⁷⁰ Sem a noção de uma fundamentação última como defendia Kant suscetível a abusos e arbítrios e trabalhada por Karl Otto Apel nos moldes de uma pragmática formal, o que, inclusive o afasta, no plano filosófico, do seu grande interlocutor da Escola de Frankfurt, Jürgen Habermas. Essa querela 'entre amigos', com a polidez que lhe é peculiar, é muito bem trabalhada por Habermas (2007) na obra *Entre naturalismo e religião*, em especial no Capítulo I.3.

³⁷¹ Para uma visão completa do extenso legado de Hans-Georg Gadamer, o homem de três séculos, é imprescindível a leitura da obra de Rodolfo Viana Pereira (2001), *Hermenêutica Filosófica e Constitucional* na qual o autor mineiro, de forma bem didática, explica como o autor pulveriza as bases de uma construção metódica de mundo típica do construto cartesiano, a partir de noções de horizonte histórico, círculo hermenêutico, a mediação, o diálogo, a linguisticidade e, como desdobramento, as importantíssimas colocações de pré-compreensão e tradição, dentre outros.

hegeliano e que se constrói a partir de um movimento espiral contínuo, a construção de sentido, agora de uma forma bidirecional, afinada com as premissas derridianas (2008) de inversão e deslocamento; de outro de que o feixe de argumentos que devem permear os discursos de aplicação não podem prescindir da participação dos afetados por essas decisões como requisito legitimador da busca de uma resposta correta, dentro da necessária pretensão de correção que deve acompanhar o Direito.

Nesse ponto, não se pode perder o foco de que é fundamental o abandono de pressupostos processuais não democráticos, que olvidem a exigência de um modelo constitucional do processo, cujos pilares pressupõem, de um lado, a constatação de que direitos individuais não significam um egoísmo e um egocentrismo torpes e que, portanto, devem ser levados a sério e, de outro, a estrita observância do devido processo legal, em que sejam respeitados o direito à defesa ampla e, principalmente, ao contraditório, entendido como simétrica oportunidade de expor argumentos, sob pena de a legitimidade transformar-se em arbítrio.

Essa constatação em nada discrepa da postura jusfilosófica anteriormente adotada. Nesse particular, vale reiterar o brado já explicitado em Ferraz (2009), quando aponta que a importância desse modelo constitucional do processo pode ser apreendida na garantia de uma exigência de racionalidade procedimental de cunho reflexivo, como se exige em um Estado Democrático de Direito, compatível com o conceito processual de cidadania que leva à conhecida expressão de Peter Habermas de uma “comunidade aberta de intérpretes da Constituição”.

Assim, desfaz-se o mito e o fetiche de se ofertar sentido aos comandos constitucionais (e do Direito) a partir das lentes privilegiadas do Supremo Tribunal Federal e conclama-se a autonomia dos cidadãos, a ser exercitada cotidianamente por meio dos meios institucionalizados, nos moldes de uma soberania difusa que garanta ao Direito alcançar sua tarefa de estabilizar expectativas de comportamento e de ser uma das formas de integração social.

Com essas colocações, surge um novo desafio, ainda mais desafiador: se se adota, como a escola mineira, uma postura crítica das teorias da decisão do século XXI, como o utilitarismo, o positivismo ou as teorias pós-positivistas de primeira ordem que ora não sucumbem à tentação de um retorno aos métodos iluministas com Robert Alexy e seu ‘princípio’ da proporcionalidade e de relações metafísicas entre regras e princípios, é necessário avançar para uma solução.

Com certeza os desafios são muitos. Esse desmoronamento da empáfia do método e das miraculosas soluções apresentadas pelo quase mítico princípio da proporcionalidade como toque de Midas na solução de contendas judiciais e administrativas leva a uma necessária reconstrução dos parâmetros argumentativos dentro de uma teoria da decisão que exige uma

revolução copernicana no foco de abordagem, mesmo incorrendo no risco de críticas de matizes diversos, derivadas de um apego a padrões já estabelecidos. Entretanto, ousar é preciso, sob pena de se soçobrar no lugar comum ou no argumento de autoridade. Nesse sentido, como expõe Cruz (2011):

O tempo atesta a condição da linguagem pela qual o ser do Direito se apresenta a nós. Mas, no cotidiano, no impessoal, sempre nos assustamos com a mudança. Somos sempre surpreendidos com a alteração daquilo que aprendemos como ‘eterno’, como absoluto, porquanto gostamos da estabilidade e da ilusão da eternidade da essência, pois nos sentimos mais seguros quando o tempo não escorre por nossas mãos.

Mas, qual o porquê do susto? Ele deriva do medo, que não é causado pela perda de chão diante do vazio da ‘ab-ismo’, mas como receio de tomar conta de si, de fundar-se no fundamento de si. É melhor se assustar, porque assim fica mais fácil dar um passo para trás, para o conforto da mesmice, para longe da esgrima da inteligência contida no apelo mudo e silencioso do ‘franciscano’. Para trás, ele pode se juntar com a multidão e lá o barulho do falatório abafa o pedido daquele incômodo ‘inglês de batina’. Na multidão, ele se torna mais um, sem rosto, sem face, sem responsabilidade. Junto aos outros, com seus iguais sem face, no cotidiano, no trabalho mecânico, na alegria alienante do boteco, posso finalmente conseguir rir do ‘franciscano’, porque é melhor rir do ‘louco’, do que reconhecer que ele também não tem mais face, reconhecer que ele perdeu a oportunidade de se apropriar de si e, então, poder ser ele mesmo. (CRUZ, 2011, p. 225-226.)

Ora, nesse contexto e como uma luz no fim do túnel, torna-se fundamental – a partir da premissa básica de que respostas corretas, ainda que contingentes, falíveis, provisórias, necessitam ser estruturadas argumentativamente – e, nesse sentido, necessário proceder exatamente a um **controle de legitimidade dos standards argumentativos** que sustentam as tomadas de decisão para lhes assegurar um adequado viés de racionalidade.

Isso porque esse controle, deve se primar por um teste de validação que como parte do modelo, consiga afastar do feixe argumentativo da linguagem do direito, argumentos de matiz emotivista, intuicionista, consequencialista assentada em argumentos utilitaristas ou guiada por métodos. A razão disso é que rompem com a estruturação adequada dos jogos de linguagem do Direito, seja por menoscar as potencialidades da razão, seja por focar em uma diretriz que busca exclusivamente uma adequação de meios a fins. Assim, qual a diretriz a ser seguida?

Ora, mesmo com a ciência de que se trata de uma longa empreitada, vale deixar, como convite à reflexão, alguns exemplos que dizem respeito ao que se acabou de defender. Portanto, é válido estabelecer o seguinte questionamento acerca do controle a ser efetivado em relação ao *standard* **analogia**: seria legítimo utilizar um dispositivo do estatuto dos militares, relativo à matéria disciplinar, na ausência de regulamentação própria no estatuto dos servidores civis, tendo como referencial o fato de que o Supremo Tribunal Federal, no

juízo do Mandado de Injunção - MI 712 (BRASIL, 2007b)³⁷², ao sustentar que na ausência de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos poder-se-ia utilizar **analogicamente** a Lei n. 7.783/89 (BRASIL, 1989a), aplicável aos celetistas? Em outras palavras, qual o limite racional para sua utilização? Seria possível utilizá-la indistintamente?

Outra interessante situação na construção de uma teoria da decisão em moldes racionais é a que envolve a noção das chamadas ‘inconsistências das normas jurídicas’. Explica-se. Nos termos trabalhados por Nino (2010, p. 324-325), com esteio em Alf Ross (1971), essas inconsistências podem ser estruturadas em três classes distintas: a chamada inconsistência *total-total*, que se apresenta nos casos em que há uma sobreposição integral do âmbito de incidência das normas em questão. Assim, por exemplo, se N1 disciplina que “os servidores exercentes de cargo em comissão de recrutamento amplo devem cumprir jornada de trabalho de 6 horas diárias” e N2 disciplina que “os servidores exercentes de cargo em comissão de recrutamento amplo devem cumprir jornada de trabalho de 8 horas diárias”, há, como demonstrado, uma inconsistência total entre essas normas.

Uma segunda classe das inconsistências, a *total-parcial*, tem lugar quando uma norma (N3) abrange totalmente o campo de abrangência da outra (N4), e para além disso abarca outras situações não previstas na segunda. Como exemplo, imagine-se que N3 faça a previsão que ‘funcionários públicos são obrigados a marcar o ponto de frequência eletronicamente’, enquanto N4 disponha que “ficam eximidos da marcação eletrônicas os detentores de cargo em comissão de recrutamento amplo.”

Por fim, a inconsistência *parcial-parcial* ocorre quando “as descrições de duas normas com soluções incompatíveis se sobrepõem parcialmente, mas ambas têm, além disso, âmbitos de referência autônomos.”

Ora, com base nesse cenário rascunhado, vale dizer que é cediço que a doutrina tradicional aponta como solução para a ocorrência de antinomias entre regras, os critérios da hierarquia, especialidade e cronologia. Essa solução parece ser perfeita, mas apenas nos casos em que uma regra é totalmente inconsistente em relação a outra. Neste caso, os critérios de solução de conflitos podem ser imediatamente adotados. Imagine-se, entretanto,

³⁷² Essa questão é importante, pois representa uma mudança paradigmática do Supremo Tribunal Constitucional em face dos efeitos atribuídos ao remédio constitucional estatuído no art. 5º, LXXI, da CR/88. Nessa senda, vislumbra-se claramente a adoção de uma postura ‘concretista’ pela Suprema Corte, que, diferentemente de decisões anteriores, não se limita a constituir o legislador em mora (v. MI 95), em razão da ausência de regulamentação legislativa (infraconstitucional) que permita a fruição do direito de greve do servidor público prevista no art. da norma constitucional (v. art. 37, VII da CR/88), mas efetivamente busca um efeito integrativo da norma, de modo a lhe assegurar máxima efetividade. (BRASIL, 1988.)

exemplificando para tanto uma inconsistência parcial-parcial que a norma N5 possua comando no sentido que “os servidores públicos estatutários podem participar de comissões temáticas” e a norma N6 disponha que “aqueles que prestam serviço junto à Administração Pública e não se submeteram a concurso público são vedados de participarem da composição de comissões temáticas”. No caso apresentado, os servidores efetivos estariam regidos por N5, os funcionários terceirizados por N6, e os ocupantes de cargo em comissão de recrutamento amplo, posto que estatutários mas não submetidos a concurso, na zona de conflito de N5 e N6. Em outras palavras, cabe a pergunta: esses servidores de recrutamento podem ou não participar de comissões? Como resolver a questão com base nos critérios mencionados?

As respostas a que se chegam são de ordens diversas. Assim, de um lado, é necessário deixar claro que as inconsistências das normas definitivamente demolem o modelo subsunso, visto que não podem e não devem ser tratadas como exceções à subsunção - como já denunciado nesta tese - mas sim como fenômeno decorrente primeiramente de uma indevida ‘inflação legislativa’³⁷³, na qual se escancara a voracidade (inclusive social) de um enquadramento do mundo nos limitados contornos da norma jurídica³⁷⁴, e em segundo plano, da constatação de que essas inconsistências fazem parte de uma estrutura encadeada de jogos de linguagem dentro dos jogos de linguagem do direito³⁷⁵, que não raro esfacelam a visão de um todo coerente de elaboração de normas jurídicas; lado outro a conclusão a que se chega é que não há como trabalhar com uma estrutura fixa e encapsulada do que seria uma regra, de sorte que fica a seguinte pergunta: como poderiam responder satisfatoriamente a essa questão aqueles que trabalham sob a perspectiva de uma cisão forte entre regras e princípios? Assim,

³⁷³ É interessante registrar, neste ponto, a inesgotável e não tematizada reverência à figura da norma produzida pelo ‘legislador democraticamente eleito’, na medida em que a situação afigura-se no mínimo paradoxal. Se ácidas e ferozes são as críticas, em linhas gerais, a um ‘bando de canalhas e corruptos’ que não se legitimam como representantes do povo, como, em um passe de mágica, adere-se dogmaticamente ao direito legislado, codificado, fruto desse mesmo parlamento? Isso não seria uma contradição em si mesma? Como adendo, vale ainda dizer que Nino (2010, p. 386-392) praticamente zomba das noções correntes de um legislador **único**, como se os parlamentares não fossem vários; **imperecível**, pois a *mens legislatoris* é *standard* a ser preservado a qualquer custo, e, para não alongar a discussão, **onisciente**, como se fosse possível atribuir-lhe o conhecimento das infinitas situações fáticas compreendidas no bojo do espectro normativo. De fato, é imperdível a sagaz postura do jurista argentino, razão pela qual recomenda-se novamente a leitura.

³⁷⁴ Nesse aspecto específico, parece que nem a evolução da sociedade consegue frear os devaneios de uma turba social enfurecida, o que repercute obviamente no processo legislativo. Exemplificadamente, o brado das ruas está a exigir a tipificação de uma série de condutas – portanto elaboração de leis – antes não passíveis de intervenção estatal. Dessa forma, a palmada passa a ter um tipo penal só para ela, como também os maus-tratos do cachorro, ou a punição ao máximo do motorista que toma uma taça de vinho e assim sucessivamente. O que parecem não enxergar é que criar novas leis pura e simplesmente não tem o condão de mudar a realidade, ou pior, terem, ao final, que se curvar à constatação de que quanto mais leis existem, mais leis são descumpridas.

³⁷⁵ Exemplificadamente, tem-se que nos jogos de linguagem do Direito, há vários (sub) jogos de linguagem específicos, como o direito administrativo, e dentro dele novos jogos ainda mais específicos que lidam com servidores públicos, serviços públicos, licitações, etc.

com o auxílio terminológico de Bustamante (2005, p. 292)³⁷⁶, se o Direito é composto por ‘normas superáveis’, não há como sustentar que haja um padrão racional que pré-determine que uma norma seja uma regra ou um princípio e por conseguinte subsunção ou ponderação.

Por fim – até porque esse não é o foco desta tese – e ainda na seara do Direito Administrativo, podem-se levantar, para espanto de muitos, argumentos que digam respeito a uma consideração pura e simples daquilo que a lei dispõe (*contra legem* em sentido amplo) na exata medida em que se ‘insurgem’ contra a postura excessivamente formalista³⁷⁷ adotada pelo Poder Judiciário, Ministério Público e em especial pelos Tribunais de Contas no controle do exercício da função administrativa, como se descumprir a legislação significasse automaticamente violar o Direito enquanto sistema, e *contrario sensu*, cumprir a lei implicasse incondicionalmente agir em conformidade com esse mesmo Direito.

Essa sistemática que adota como premissa única e exclusiva os contornos semânticos da lei obscurece o olhar dos operadores do Direito para os meandros subjacentes às práticas administrativas e tem como desdobramento situações que refletem aquilo que esta tese busca denunciar.

Assim, de um lado, penalizam-se gestores públicos com sanções pecuniárias, por exemplo, nos institutos das licitações e contratos administrativos, pela simples ausência de atos formais de designação da comissão de licitação (v. art. 38, III, da Lei 8.666/93) (BRASIL, 1993) ou da falta, no corpo do contrato, do número da licitação que o originou (art. 61 da lei de licitações); da mesma forma, o Tribunal de Contas não raro rejeita as contas anuais de um prefeito, que tem como deslinde a grave sanção da inelegibilidade, simplesmente pelo fato de ter formalmente autorizado créditos suplementares e especiais via decreto, em contraposição ao disposto no art. 42 da Lei 4.320/64 (BRASIL, 1964)³⁷⁸, ainda

³⁷⁶ Mas com desdobramentos diferentes, na medida em que Bustamante ainda se apegava a uma cisão forte de caráter qualitativo entre regras (subsunção) e princípios (ponderação) nos moldes defendidos por Alexy. Nesse particular, defende que se de um lado a superabilidade dos princípios é imanente, “pois toda vez que se aplica um princípio deve-se considerar o peso de princípios contrapostos que incidem sobre o mesmo caso, já que muitas vezes os princípios se referem a fins irrealizáveis simultaneamente; a das regras é excepcional: a superação de uma regra consiste no estabelecimento de uma exceção para o caso concreto, seja com fundamento na razão motivadora da própria regra (*rule’s purpose*) ou com base na concretização de princípios que geram razões para o estabelecimento de uma cláusula de exceção.” (BUSTAMANTE, 2005, p. 293)

³⁷⁷ É possível correlacionar essa arraigada práxis com a noção de gramática profunda trabalhada por Wittgenstein (2005), na medida em que ajuda a compreender que esse hábito de manejar o controle da Administração Pública sob essa perspectiva é compartilhado pelos ‘atores’ inseridos nesse jogo. Em linhas gerais, comparando-se com a perspectiva hermenêutica trabalhada por Gadamer, funcionariam como pré-compreensões, visto que fruto de ‘tradições’ comuns. O grande diferencial que Habermas ajuda a demonstrar é o necessário estabelecimento de juízos críticos a partir do desenvolvimento de uma moralidade pós-convencional (GÜNTHER, 2004), que permitam retrabalhar argumentativamente o que é assentado (provisoriamente) como modelo de ação, como já apontado nesta tese.

³⁷⁸ Que assim dispõe: “Art. 42 – Os créditos suplementares e especiais serão autorizados por lei e abertos por decreto executivo.”

que, efetivamente, não tenha utilizado um único centavo nessa rubrica.

De outra parte, essa visão distorcida permite que licitantes inidôneos se valham da própria legislação para dar roupagem de legalidade a negociatas, fraudes, desvios de recursos públicos, corrupção. Assim, nesse cenário, é perfeitamente possível que na contratação de determinada empresa tenham sido observados todos os requisitos estabelecidos na legislação, mas que na base dessa contratação haja um edital forjado ou ‘montado’ pela vencedora do certame, em função de ajustes de preços entre os licitantes ou mesmo de uma ‘mãozinha’ do pregoeiro na análise dos documentos necessários à habilitação do licitante vencedor. Seria possível operar o Direito (administrativo) sob essas premissas?

Esse singelo arrazoado tem o objetivo de demonstrar que as questões de como construir uma teoria da decisão que tem como deslinde a inescusável perquirição de uma resposta correta estão a exigir um grau de aprofundamento e refinamento por parte dos operadores do direito. Fica, desde já, posto o convite. Mas isso, sim, como sobredito, já é assunto para outras paragens³⁷⁹, até porque, mais uma vez, fechar uma página significa abrir muitas outras.

³⁷⁹ É óbvio que o assunto aqui (e nunca) se esgota, na medida em que todo caminho pressupõe um (des)caminho. Nesse debate, portanto, outras visões e vertentes podem ser inseridas, conciliadas e adaptadas, como a interessante construção de Kozicki (2004, p. 159-160) acerca da noção de responsabilidade judicial, segundo a qual “o momento de julgar está diretamente relacionado à compreensão da justiça como aporia: envolve a suspensão do ato de apenas seguir a norma, suspendendo sua aplicação, ao mesmo tempo que sua leitura implica o reescrever da norma, tornando seu texto passado em seu texto para o presente, através da sua avaliação e reconstrução de sentido. A decisão deve seguir a norma e reinventá-la ao mesmo tempo”. Nesse sentido, completa a autora aduzindo que “antes de mais nada, a responsabilidade judicial exige um compromisso em atender ao chamado da justiça. Isso implica o reconhecimento da insuperável separação entre direito e justiça, desmistificando os conteúdos legais como intrinsecamente justos. Assim, atender a esse chamado significa assumir a responsabilidade envolvida em cada decisão, de repensar e justificar o direito passado e outras categorias jurídicas, ao invés de meramente repeti-los. Ou seja, descobrir e reinventar o direito ao mesmo tempo.”

6 CONCLUSÃO

1- O desenvolvimento da tese buscou demonstrar que a atual quadra da teoria do Direito apresenta-se como um ponto de inflexão acerca da solução para seu operar adequado em tempos de uma modernidade tardia, em face do inescusável pleito de legitimidade a exigir a fundamentação de decisões judiciais e administrativas a partir de processos argumentativos racionais. Essa postura, que não abdica da busca de uma ‘resposta correta’ para provimentos dessa ordem, afasta, portanto, concepções sobre o Direito que adotem uma linha deflacionista da verdade, centradas, por exemplo, em fundamentações de cunho utilitarista ou discricionário. Nessa senda, o Direito contemporâneo está a exigir, como condição de possibilidade, uma pretensão de correção de seus proferimentos. Entretanto, a grande dificuldade que se apresenta é como construir esse modelo.

2- Isso porque, após Hans Kelsen ter escancarado as aporias da ciência jurídica, ‘naturalizando’ a exigência de um inexorável subjetivismo (agir discricionário) como condição existencial do Direito, várias teorias de diversos matizes buscaram se debruçar sobre o tema. Nesse particular, talvez a principal querela na atualidade seja aquela que envolve, de um lado, os (neo)positivistas, que, a par de uma roupagem repaginada, se aferram na noção da hegemonia da lei como fonte do Direito e, de outro, os denominados ‘pós-positivistas’ (de primeira ordem), que, com maior ou menor refinamento, adotam a lógica de um Direito no qual se apresentam de forma clara duas categorias de normas: regras e princípios que se ‘digladiam’ para reger as situações de aplicação. Apenas para situar o debate, e de forma bem sintética, impõe-se considerar que o ganho de normatividade dos princípios é um dado relativamente recente. A razão disso é que obscurecidos pela ‘matematização’ das ciências sociais, os princípios apresentaram-se como atores de segunda linha até a primeira metade do século XX, quando se observa – em razão da constatação de que os horrores da Segunda Guerra foram alimentados por um Estado cujas ações eram guiadas por um Direito codificado, positivo – um giro copernicano na estrutura do ordenamento jurídico, que passa a conferir importância hierarquizada aos princípios (em face das regras), com destaque para as contribuições de autores como Esser ou Canaris. Nesse modelo, os princípios, que em um primeiro momento são diferenciados das regras por uma maior abstração ou generalidade, passam a adquirir um papel de centralidade na operação do Direito, para ganhar um formato diferenciado no fim da década de 60 do século passado, com as teorizações de Dworkin e Alexy, que cindem regras e princípios a partir de um viés não mais quantitativo, mas, sim,

qualitativo: para o autor americano, as regras são trabalhadas a partir de uma lógica do tudo ou nada e os princípios numa lógica de balanceamento; para o jurista alemão, por um juízo de ponderação, assentado no princípio da proporcionalidade. Esse panorama reflete bem o estado da arte da concepção de Direito adotada no Brasil, corroborado pelas contribuições de abalizada doutrina, bem como de recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal.

3- Entretanto, a premissa defendida neste trabalho não acolhe as linhas de entendimento acima delineadas, na exata medida em que falta a todas elas uma adequada abordagem sobre os contornos da linguagem e, em especial, pela desconsideração de sua dimensão pragmática, cuja sedução é exatamente privilegiar mais sua dimensão comunicacional do que o fetiche de apenas representar o mundo. Assim sendo, verifica-se que a leitura do Direito a partir de novas lentes tem como necessária consequência o abandono de padrões fossilizados, como o papel privilegiado de um modelo de subsunção do Direito, ou de uma cisão entre regras e princípios sem amparo algum em um critério racional. Nessa linha de raciocínio, propõe-se uma terceira via, que, de um lado, compreende a importância da linguagem como constitutiva do mundo, o que exige especial atenção a seu estudo, como demonstrava Ferdinand Saussure; e, de outro, considera o Direito a partir de uma perspectiva holística, na qual se passa a compreendê-lo e a embebê-lo nesse renovado papel da linguagem – não custa lembrar que o Direito se apresenta majoritariamente na forma de textos – e que, portanto, necessita de uma práxis argumentativa discursiva estruturada linguisticamente para que possa manter-se fiel à pretensão de correção, ainda que esses contornos sejam contingentes, falíveis, provisórios e não estanques ou absolutos como de outras paragens. Como consequência, as noções oitocentistas de certeza e segurança jurídicas são desconstruídas, visto que (devem ser) construídas sobre outras bases, outros pressupostos.

4- Para pavimentar essa longa trajetória, tomou-se em conta, como corte epistemológico, o fato de o homem, no seu trato diário com o mundo, necessitar conceituar as coisas ou estado delas como forma de melhor explicar sua própria existência e a condição de ser, enfim, humano. Em razão dessa constatação, somada ao fato de que a estrutura do Direito é assentada em textos, que se compõem de termos, que, por sua vez, precisam adquirir sentido quando dos proferimentos jurídicos, é que se buscou trabalhar a temática dos conceitos jurídicos indeterminados, em especial na seara do Direito Administrativo, escolhido não por acaso, mas por ser, talvez, o representante mais fidedigno de tudo aquilo que se busca denunciar neste trabalho. A razão desse desabafo tem como móvel a constatação de sua incapacidade, mais de 200 anos após sua autonomização como ramo do Direito, para romper com as premissas de um modelo de Estado e de Direito hauridas das revoluções

constitucionalistas de fins do século XVIII, e que se materializa no Brasil por um excessivo formalismo e um apego desmesurado à fria e neutra letra da lei, bem ao talante do positivismo ainda exegético. Isso traz como consequência uma leitura completamente distorcida, descompassada de diversos de seus institutos, como a própria construção da discricionariedade administrativa, da teoria dos atos administrativos, da desapropriação ou dos contratos administrativos.

5- Assim, foi exigido, para a construção dessa crítica, que se procedesse a uma reconstrução histórica da forma clássica ou tradicional pela qual os conceitos foram compreendidos no decorrer da história, de Platão a Frege e ao primeiro Wittgenstein, que, por permanecerem ainda presos às dimensões sintática e semântica da linguagem, acabam por menoscar o potencial formador de sentido da pragmática. Essa postura tem como consequência uma visão ‘essencialista’ dos conceitos – aqui, obviamente guardadas as abissais diferenças teóricas, em especial em face da obsessão fregiana e de seus sucessores pela busca de uma linguagem ideal idônea a descrever o mundo, cujas obras são comumente inseridas no primeiro giro linguístico –, que objetiva perquirir o que uma coisa ou estado de coisas é, a partir do que, segundo a teoria dos conceitos, se conhece como *know that*.

6- Obviamente, e não poderia ser diferente, essa construção é importada para a ciência jurídica, como explicita com muita propriedade Carlos Santiago Nino, e é reflexo da construção do edifício jurídico moderno pautada pela reverberação, em todos os domínios do saber, dos postulados da modernidade, cartesianamente estruturados, de um conhecimento certo, seguro, intangível. Nesse cenário, o Direito moderno sucumbe a um modelo de norma jurídica assentado na forma lógica da subsunção, *locus* por excelência dos denominados ‘conceitos jurídicos’ – tratados, neste trabalho, como ‘conceitos do direito’ – indeterminados, assim compreendidos pelos clássicos como sendo plurissignificativos, elásticos, visto que não há uma ‘extração’ automática de sentido, em razão da existência de uma zona cinzenta, na qual habitam a vagueza, a ambiguidade, a imprecisão, a exigirem uma atividade intelectual na construção de sentido (sic), como se todo e qualquer proferimento não estivesse a exigir tal múnus do operador do Direito.

7- Como forma de demonstrar a relevância do tema nas discussões do dia a dia do Direito Administrativo, a tese procurou traçar um paralelo doutrinário, valendo-se, para tanto, do inestimável contributo do Direito estrangeiro no tema, da evolução jurisprudencial da matéria nos tribunais superiores brasileiros e da nem sempre compreendida correlação entre discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados para que se pudesse traçar um diagnóstico embasado que permite afirmar, mesmo sobre as bases de uma

construção linguística apartada da pragmática, que, majoritariamente, a chamada ‘indeterminação’ nos conceitos não pode ser, de modo algum, atrelado à noção de discricionariedade, tendo em conta que esta pressupõe **escolhas** (aspecto volitivo) validadas pelo ordenamento jurídico, ao passo que a primeira não assegura esse ‘cheque em branco’ ao administrador, na medida em que exige a densificação de um único sentido (obviamente que no paradigma do Direito Administrativo essa operação é quase sempre ‘matemática’) daquilo que se quer determinar, afigurando-se como uma atividade interpretativa não associada a uma margem de liberdade atribuível ao agente público.

8 - Ao final, fugindo um pouco da doutrina administrativista tradicional, a tese traz ao debate, posto que apartadas do lugar comum da disciplina, as interessantes contribuições de Gustavo Binenbojm, com sua teoria dos graus de vinculação à juridicidade, e de Sérgio Guerra, que trabalha as ‘escolhas’ administrativas assentadas em uma postura reflexiva do administrador público.

9- A partir desse sombrio e preocupante pano de fundo, o trabalho logrou demonstrar que essa visão clássica dos conceitos é um edifício sustentado por bases ou pilares frágeis, que podem ser criticados, mesmo numa visão estritamente semântica, na qual ganha especial relevo o trabalho desenvolvido pelos autores Kripke e Putnam – a famosa semântica K-P –, que desconstrói as bases de uma estatuição unívoca de significação (‘essência’), estabelecida pela afirmação de que o sentido (conceito) determina a referência (objeto) no conhecido exemplo das ‘terras gêmeas’.

10- A essas críticas somam-se outras, assentadas em outras bases, mas que se prestam a estruturar uma renovada teoria dos conceitos a partir de premissas radicalmente distintas. Pode-se dizer, nessa direção, que fundamental foi a contribuição de Donald Davidson, que, mudando de perspectiva, abdica de uma visão centrada na referenciação do objeto e trabalha as questões de atribuição de sentido a partir de uma teoria da significação. Nesse cenário, surge o gênio do Wittgenstein tardio, que, refundando sua própria teoria, afirma categoricamente que os sentidos das palavras são decorrentes dos usos que delas se faz em determinados jogos de linguagem. Assim sendo, a lógica do *know that* passa agora a ser substituída pela lógica do *know how*, que exige, como demonstrado, a imersão na gramática profunda constitutiva dos jogos de linguagem mencionados. Nesses termos, radicalmente distintos, reside o ponto fulcral deste trabalho: se não há essência, por não haver como determinar, de nada, de forma apriorística, ou seja, se não existe uma ontologização na esfera dos conceitos a estabelecer um sentido único, quiçá prévio – o que existem são habituações ou pré-compreensões no sentido hermenêutico, em razão, por exemplo, das

nossas tradições –, não há sentido em uma distinção (forte) entre um conceito – e, para nós, um conceito jurídico ou do Direito –, que seria determinado, e outro, que seria indeterminado.

11- Essa constatação, de que não existem conceitos determinados ou indeterminados *a priori*, é cabalmente demonstrada com vários exemplos relacionados a institutos do Direito Administrativo, com especial destaque para a ‘conceituação’ padronizada das entidades da Administração Indireta, tais como autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como a casos de desapropriação, instituto de matriz constitucional e com larga aplicabilidade nas relações entre o Estado e os particulares. Esse construto abre possibilidades para um passo ainda maior, na medida em que serve como fio condutor para uma desconstrução do Direito Administrativo como um todo, o que é explicitado no trabalho por sérios questionamentos acerca da ‘prestabilidade’ da adesão acrítica ao chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o privado ou da manutenção de uma categoria apartada de atos administrativos, exatamente pela ausência de critérios racionais para isso.

12- Ainda nessa senda, o trabalho agudiza as críticas e escancara um profundo desalento ao constatar que mesmo autores contemporâneos como Gustavo Binenbojm e Sérgio Guerra não conseguem se agregar à viragem qualitativa que este trabalho se propôs a fazer. O primeiro, por insistir em trabalhar com uma cisão forte entre regras e princípios, vinculando as regras a uma determinação do Direito – como nos moldes oitocentistas – e os princípios a um grau maior de indeterminação, cuja solução se obtém com o auxílio de um juízo de ponderação que não prescinde do ‘indefectível auxílio’ do princípio da proporcionalidade, com todas as mazelas que advêm de sua utilização como instrumento mágico para solucionar contendas judiciais e também administrativas. O segundo, por trabalhar as noções de reflexividade nos moldes da filosofia da consciência, que se descarta da necessária postura que exige, ou, pelo menos, deve exigir, a compreensão dos avanços do giro linguístico-pragmático na questão da linguagem e de seus desdobramentos, na medida em que perpetua na sua obra cisões ‘fortes’ (e obsoletas) entre regras e princípios, fatos e normas, casos fáceis e casos difíceis, e defende uma indevida tentativa de ‘matematicizar’ e objetivar, por meio de elementos das ciências empíricas, o tratamento da discricionariedade administrativa, que para ele ainda se encontra atrelada a conceitos jurídicos indeterminados, como forma de garantir segurança e previsibilidade. Essa postura traz, ainda, a funesta consequência de menoscar ou pelo menos mitigar os necessários ganhos da exigência de se considerar a linguagem sob o viés constitutivo e comunicativo, que (pluri) potencializa os ganhos hauridos da necessária incorporação (adequada) de pressupostos intersubjetivos para o conhecimento e para as ações, que se materializam em um inesgotável ganho de legitimidade

– exigência da contemporaneidade –, a partir de práticas discursivas racionais, tal qual defende com muita propriedade Jurgen Habermas.

13- Nesse cenário, resta claro, já no apagar das luzes, que a abordagem adequada para a solução do impasse em que se encontra o Direito contemporâneo exige, por um lado, a aposta em uma razão prática reelaborada a partir do desenvolvimento do agir comunicativo, remasterizada pela consideração obrigatória da dimensão pragmática da linguagem, nos moldes concebidos pela denominada ‘pragmática analítica’ do segundo Wittgenstein – turbinada pelo tempero da dialética e por uma interessante conexão com a fenomenologia. Esse ‘caldo’, alicerçados na construção habermasiana dos denominados ‘processos de aprendizagem’ - que permitem uma construção intersubjetiva de sentido, de modo que, aprendendo com os erros, o futuro possa ser melhor que o passado – afigura-se adequado no trato do feixe argumentativo no direito. O que resta ainda como um fértil campo de pesquisa nessa proposta é juridicizar esse modelo, trazendo especificamente para o domínio do Direito essa formatação, em que se escancara a derrocada dos métodos (inclusive o da proporcionalidade), e de outros raciocínios como o emotivismo, o intuicionismo, o consequencialismo ‘forte’, posto que se afastam de uma adequada abordagem dos jogos de linguagem do direito. Sob essa perspectiva, fundamental é trabalhar no sentido de um controle dos *standards* argumentativos, como a analogia, a argumentação *contra legem*, a argumentação *contrario sensu*, as inconsistências parciais das normas jurídicas, dentre outros. Dessa forma, ao se utilizar um discurso assentado num modelo procedimental que leve a sério o devido processo legal – ampla defesa e contraditório – poder-se-á obter, ao final do provimento ou do ato, a ‘resposta correta’, contingenciada, é claro, para os intrincados problemas que nos afligem no trato cotidiano.

REFERÊNCIAS

A GRANDE dicotomia: Direito Público e Direito Privado. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2951/A-grande-dicotomia-Direito-Publico-e-Direito-Privado>> Acesso em: 09 jan. 2012.

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Trad. de Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970.

ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. de Luis Afonso Heck. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert; VALDÉS, Ernesto Garzón; et al (Org). **Conceito de validade do direito**. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. 2. edición ampliada. Edición y presentación de José Antonio Seoane e traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2010.

APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia I: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica**. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

AQUINO, Tomas de. **Suma Teológica**. São Paulo: Loyola, 2003. v.1-9.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A 'Supremacia do interesse público' no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel; ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

AUTO Escolas Net. **Saiba como retirar a Carteira Nacional de Habilitação (CNH)**. Disponível em: < <http://autoescolas.net/como-tirar-a-carteira-de-motorista>> Acesso em: 02 jan. 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANNELL, Ralph Ings. **Pragmatismo, verdade e justificação**: processos de aprendizagem na obra recente de Jürgen Habermas. In: SIEBENEICHLER, F. B. (Org.) Direito, moral, política e religião nas sociedades contemporâneas: entre Apel e Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BERNARDO, Fernanda. **A ética da hospitalidade, segundo J. Derrida, ou o porvir do cosmopolitismo por vir a propósito das cidades-refúgio, re-inventar a cidadania (II)**. Disponível em: <http://www.uc.pt/fluc/dfci/publicacoes/a_etica_da_hospitalidade_II>. Acesso em: 30 dez. 2011.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel; ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOUVIER, Hernán; GAIDO, Paula; BRÍGIDO, Rodrigo Sánchez. Estudio preliminar: teoría del derecho e analisis conceptual. In: RAZ, Joseph; ALEX, Robert; BULYGIN, Eugenio. **Una discusión sobre la teoría del derecho**: edición y estudio preliminar de Herman Bouvier, Paula Gaido y Rodrigo Sanchez Brígido. Madrid: Ediciones Jurídicas, 2007.

BRANDÃO, Antônio Jackson de Souza. **Curso de linguística geral**: Saussure. Disponível em: <http://www.jackbran.pro.br/linguistica/curso_de_linguistica_geral.htm>. Acesso em: 28 dez. 2011.

BRANDON, Robert. **Making it explicit**: reasoning, representing and discursive commitment. Harvard University Press, 1988.

BRASIL. Código penal (1940). **Código penal**: constituição federal e legislação complementar. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 28 dez. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei n. 200, 25 de fevereiro de 1967: Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm> Acesso em: 29 dez. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei n. 900, 29 de setembro de 1969: Altera disposições do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 set. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0900.htm> Acesso em: 29 dez. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei n. 3.365, 21 de junho de 1941: Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm> Acesso em: 29 dez. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Emenda constitucional nº 19, de 1998: Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1998. 1998a. Disponível em: <<http://www.sefa.pa.gov.br/LEGISLA/leg/Diversa/ConstEmendas/Emendas/EmendaConst%2019.htm>> Acesso em: 29 dez. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993: Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm> Acesso em: 27 dez. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997: Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 set. 1997a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm> Acesso em: 27 dez. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990: Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 abr. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm> Acesso em: 27 dez. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998: Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 maio 1998. 1998b. Brasília, Disponível em: <<http://www.cfq.org.br/lei9649.htm>> Acesso em: 27 dez. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989: Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 jun. 1989a. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/tralei7783.htm> > Acesso em: 27 dez. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964: Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 mar. 1964. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320compilado.htm > Acesso em: 27 dez. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006: Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 8 ago. 2006a. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm > Acesso em: 27 dez. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005: Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 abr. 2005. 2005a. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm > Acesso em: 27 dez. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009: Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 ago. 2009. 2009b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm> Acesso em: 05 jan.. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011: Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 jul. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm> Acesso em: 05 jan.. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 15.037/BA. Rel. Min. Maria Thereza Moura. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 maio 2008. 2008a. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200200755114&dt_publicacao=16/06/ >

2008 > Acesso em: 02 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar), 1717-6. Rel. Min. Sydney Sanches. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 nov. 1997. 1997b. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1717&processo=1717> > Acesso em: 21 dez. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar), 3026-4. Rel. Min. Eros Grau. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 out. 2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3026&processo=3026> > Acesso em: 21 dez. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar), 4227-1. Rel. Min. Eros Grau. **Diário de Justiça Eletrônico, Brasília**, 15 abr. 2008. 2008b. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4227&processo=4227> > Acesso em: 21 dez. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 12.489. Rel. Min. Eliana Calmon. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 maio. 2009. 2009c. Disponível em: < http://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200602774949&dt_publicacao=03/06/2009 > Acesso em: 21 dez. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar), 4277-7. Rel. Min. Ayres Britto. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 22 jul. 2009. 2009d. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4277&processo=4277> > Acesso em: 09 jan. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 12.629. Rel. Min. Felix Fischer. **Diário da Justiça**, Brasília, 22 ago. 2007. 2007a. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200700291090&dt_publicacao=24/09/2007 > Acesso em: 02 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.117-0. Tribunal Pleno. Rel. Min. Eros Grau. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 maio 2009e. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605419> > Acesso em: 21 dez. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.699-9. Rel. Min. Eros Grau. Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 nov. 2004a. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> > Acesso em: 02 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 24.699. Rel. Min. Eros grau. Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 2004b. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> > Acesso em: 04 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 220.906-9. Tribunal Pleno. Rel. Maurício Corrêa. **Diário de Justiça**, Brasília, 16 nov. 2000a. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=249355>> Acesso em: 09 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar), 83-7. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça**, Brasília, 8 out. 1991. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=83&processo=83>> Acesso em: 29 dez. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Especial nº 817.534 - MG (2006/0025288-1). Rel. Min. S. Mauro Campbell Marques. **Diário de Justiça**, Brasília, 10 nov. 2009e. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200600252881&dt_publicacao=10/12/2009> Acesso em: 05 jan. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. HC 73662. Órgão Julgador: Segunda Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça**, Brasília, 21 maio 1996. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2873662%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 29 dez. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Aprovação unânime na sessão do dia 01 dez. 2009. Recurso Especial nº 764.085 -2005/0109287-8. Rel. Ministro Humberto Martins. **Diário de Justiça**, Brasília, 1 dez. 2009f. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200501092878&dt_publicacao=10/12/2009>. Acesso em: 02 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção 712-8 Rel. Min. Eros Grau. **Diário de Justiça**, Brasília, 25 out. 2007. 2007b. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 09 jan. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 859.388, Rel. Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 2 out. 2008c. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200601184905&dt_publicacao=20/10/2008> Acesso em: 02 jan. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 845.982, Rel. Min. Castro Meira. **Diário de Justiça**, Brasília, 24 out. 2006. 2006b. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200601110456&dt_publicacao=08/11/2006> Acesso em: 02 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Med. Liminar) 132-3. Rel. Min. Ayres Britto. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 fev. 2008d. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=132&processo=132>> Acesso em: 4 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: 101126 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves. **Diário de Justiça**, Brasília, 24 out. 1984.

Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=101126&base=baseAcordaos>> Acesso em: 29 dez. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário de Mandado de Segurança nº 20.975-5. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgado pela Primeira Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, 29 ago. 1989b. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=20975&base=baseAcorraos>> Acesso em: 29 dez. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes da Apelação Cível nº 11/98. Rel.o Des. Laerson Mauro. **Diário de Justiça**, Brasília, 13 maio 1998c. Disponível em:<

<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 4 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em MS n. 11.050, Rel. Min. Eliana Calmon. **Diário de Justiça**, Brasília, 22 fev. 2000. 2000b. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199900691768&dt_publicacao=01-08-2000&cod_tipo_documento> Acesso em: 04 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.407.099-5. Segunda Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. **Diário de Justiça**, Brasília, 22 jun. 2004. 2004c. Disponível em:<

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261763>> Acesso em: 09 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 879.188. Rel. Min. Humberto Martins. Segunda Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, 21 maio 2009g. Disponível em:<

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200601863236&dt_publicacao=31/08/2009> Acesso em: 02 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 813.40. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. **Diário de Justiça**, Brasília, 15 jun. 2009h. Disponível em:<

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600184883&dt_publicacao=15/06/2009> Acesso em: 02 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em medida cautelar. Medida Cautelar Nº 4.053 - 2001/0097334-9. Rel. Min. Paulo Medina. **Diário de Justiça**, Brasília, 10 ago. 2001. Disponível em:<

http://www.stj.jus.br/SCON/decisoas/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=2001%2F0097334&b=DTXT> Acesso em: 09 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 22.055/RS. Rel. Min. Felix Fischer. **Diário de Justiça**, Brasília, 26 jun. 2007. 2007c. Disponível em:<

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200601151186&dt_publicacao=13/08/2007> Acesso em: 02 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.114.012. Rel. Min. Denise Arruda. Primeira Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, 10 nov. 2009i. Disponível em:<

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900825478&dt_publicacao=01/12/2009> Acesso em: 02 jan. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 460.271 (2002/0107397-1). Rel. Ministra Eliana Calmon. J. Julgamento: 06/05/2004; Órgão Julgador: T2 - Segunda Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, 21 fev. 2005. 2005b. Disponível em: < <http://portal.tj.sp.gov.br/> > Acesso em: 02 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 155.004-5/3-00. Acórdão nº 00281074. **Diário de Justiça**, Brasília, 08 ago. 2000c. Disponível em: < <http://portal.tj.sp.gov.br/> > Acesso em: 02 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 172.002-5/9-00. Acórdão nº 00271300. **Diário de Justiça**, Brasília, 26 jul. 2000d. Disponível em: < <http://portal.tj.sp.gov.br/> > Acesso em: 02 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Ação Civil Pública. Agravo de Instrumento nº 187.909.5/2. **Diário de Justiça**, Brasília, 19 dez. 2000e. Disponível em: < <http://portal.tj.sp.gov.br/> > Acesso em: 02 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 718.203/SP. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, 6 dez. 2005. 2005c. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200500085185&dt_publicacao=13/02/2006 > Acesso em: 02 jan. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 15.959 - 2003/0022374-9. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. **Diário de Justiça**, Brasília, 7 mar. 2006. 2006c. Disponível em: www.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200300223749&dt_publicacao=10/04/2006. Acesso em: 21 dez. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 473. Sessão Plenária de 03/12/1969. **Diário de Justiça**, Brasília, 12 jun. 1970, p. 2405. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas> > Acesso em: 25 out. 2010a.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/> > Acesso em: 9 jan. 2012.

BROWER-TOLAND, Susan. Ockham on Judgment, Concepts, and the Problem of Intentionality. **Canadian Journal of Philosophy**, v. 37, n. 1, mar. 2007, p. 67-110.

BUARQUE, Chico. **Um tempo que passou**. In: Coincidências 1983. Disponível em: < <http://natura.di.uminho.pt/~jj/musica/html/godinho-tempoQuePassou.html> > Acesso em: 30 dez. 2011.

BUENO, Vera Cristina de Andrade; PEREIRA, Luiz Carlos. A filosofia analítica. In: REZENDE, Antônio. **Curso de filosofia**: para professores e alunos dos cursos de segundo grau e de graduação. 14.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. Cap. 5, p. 244-255.

BULYGIN, Eugenio. Alexy y el Argumento de la Corrección. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho**: la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral. Trad. e Int. Paula Gaido, Bogotá: Universidad de

Colombia, 2001a, p. 41-51.

BURDEAU, François. **Histoire du droit administratif**. Paris: Themis Droit Public, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionariedade administrativa no Estado constitucional de direito**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta; 2003.

CARNEIRO, Maria Francisca. **Direito e lógica**: temas de direito perpassados pela lógica. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

CATARSE Dionísica. Disponível em: <<http://catarsedionisica.blogspot.com/2011/01/o-golem-borges-traduzido-do-espanhol.html>> Acesso em: 09 jan. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 141-163.

CASTORIADIS, Cornelius. **As encruzilhadas do labirinto**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. 418p. (Rumos da cultura moderna ;53) v.1-3.

CASSAGNE, Juan Carlos. **El principio de legalidad y el control judicial de La discrecionalidad administrativa**. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2009.

CASSAGNE, Juan Carlos: **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Lexis Nexis, 2002.

CASTRO, Armando. **Teoria do conhecimento científico**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CHUEIRI, Vera Karam; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério. Sobre a suspensão da tutela antecipada. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 45-66, jan./jun. 2009.

CHUEIRI, Vera Karam de. Peirce's pragmatism and its contribution to legal philosophy. In: KOZICKI, Katya; CHUEIRI, Vera Karam de. (Coord.). **Estudos em direito, política e literatura**. Curitiba: Juruá, 2010.

CIRNE-LIMA, Carlos Roberto. **Dialética para principiantes**. 3 ed. Rio Grande do Sul:

Editora Unisinos, 2005.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de lógica jurídica**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Cláudio. **Filosofia da linguagem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Revista PGE**. São Paulo, jun./1988.

COUTO E SILVA, Almiro. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 179, n. 80, jan./jun, 1990.

CRETELLA JUNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta**: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça. Belo Horizonte, Arraes, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Do direito antitruste**. 1990. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) debate**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O discurso científico na modernidade**: o conceito de paradigma é aplicável ao direito? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Poder constituinte e patriotismo constitucional. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.) **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado democrático de direito. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006b, p.47-104.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza: Prefácio. In: FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica**: princípio da proporcionalidade - uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009b.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; MARCONDES, Thereza Cristina Bohlen Bitencourt. **Ativismo judicial e a decisão dos homoafetivos no Supremo Tribunal Federal**. No prelo.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; MEYER, Emilio Peluso Neder; RODRIGUES, Eder Bomfim. **Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil**. No prelo.

DAHLBERG, I. Teoria do conceito. **Ciência da Informação**, Brasília, DF, 7, dez. 1978. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/index.php/ciinf/article/view/1680/1286>>. Acesso em: 12 Out. 2011.

DÉCLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DE 1789. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>> Acesso em: 30 dez. 2011.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 2008.

DERZI, Mizabel de Abreu Machado. **Direito tributário, direito penal e tipo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009. 22ed.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DOMINGUES, Ivan. **Epistemologia das ciências humanas: Tomo 1 – positivismo e hermenêutica**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

DUBOIS, Christian. **Heidegger: introdução a uma leitura**. Trad. de Bernardo Barros Coelho de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. 421 p. (Biblioteca Jurídica WMF)

DWORKIN, Ronald. **La justicia com toga**. Trad. Marisa Iglesias Vila e Iñigo Ortiz de Orbina Gimeno. Madri: Marcial Pons, 2007.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. 6.ed.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **Democracia, jueces y control de la administración**. 6 ed. Madri: Civitas, 2009.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lucha contra las inmunidades del poder**. 3 ed. Madri: Civitas, 2004.

EXTENSÃO/INTENSÃO. Disponível em: < http://criticanarede.com/docs/etlf_intensao.pdf > Acesso em: 18 out. 2011

FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011b.

FARIA, Edmur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011a.

FARIAS, Edilson. **Técnicas de controle da discricionariedade administrativa**. Brasília: Arquivos do Ministério da Justiça, 1994, nº 193.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica: princípio da proporcionalidade - uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jurgen Habermas**. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

FERNANDEZ, Brena Paula Magno. **Popper, Hayek e a (im)possibilidade de predições específicas em Ciências Sociais**. Disponível em: www.cfh.ufsc.br/~dich/texto%20do%20caderno%205.doc, p. 1-18.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FRANCO, Fábio Luis; MARTINS, Antonio Darienso. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas – cabimento e admissibilidade. **Revista Jurídica Cesumar**, v.3, n. 1, 2003. Disponível em: < www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php > Acesso em: 9 jan. 2012.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009a.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009b.

FREITAS, Raquel Barradas de. **Direito, linguagem e literatura: reflexões sobre o sentido e**

alcance das inter-relações. Faculdade de Direito da UNL, Working Paper 6/2002. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Downloads/235.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2011.

GAARDER, Jostein. **O mundo de Sofia**: romance da história da filosofia. Tradução de João Azenha Jr. São Paulo; Companhia das letras, 1995.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. . 5. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis; Vozes, 2003a. v.1-2.

GADAMER, Hans Georg. **Experiência, linguagem e interpretação**. Lisboa: Universidade Católica, 2003b.

GALUPPO, Marcelo Campos. **O que são direitos fundamentais?** In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 213-238.

GARCIA, Emerson (Org.). **Discrecionalidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder em el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)**. Madrid: Ediciones Civitas, 1974.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 1988.

GARRETT, Brian. **Metafísica**: conceitos-chave em filosofia. Trad. de Felipe Rangel Elizalde. Porto Alegre: Artmed, 2008.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Ed. Saraiva. 2009.

GIANNINI, MASSIMO SEVERO. **Il potere discrezionale dela pubblica amministrazione**. Milão: Giuffrè, 1939.

GIBSON, Sérgio Armanelli. **O administrativismo contemporâneo**: pela leitura paradigmaticamente adequada de suas premissas científicas frente aos ganhos da virada linguístico-pragmática. 2008. 223 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito

GIDDENS, Anthony. **As consequências na modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unespe, 1991.

GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. **Pragmatismo e neopragmatismo**. 1999. Disponível em: <http://www.odialetico.hd1.com.br/filosofia/pragmatismo_e_neopragmatismo.htm> Acesso em: 30 out. 2011.

GOLDSTEIN, Laurence; et al. **Lógica**: conceitos-chave em filosofia. Trad. de Lia Levy. Porto Alegre: Artmed, 2007.

GONTIJO, Lucas Alvarenga. **Filosofia do direito**: metodologia jurídica, teoria da

argumentação e guinada linguístico-pragmática. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: FDA, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 24, p. 61-115, dez./mar. 1998/1999.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

GUTIERREZ, David Ortega. **Los conceptos jurídicos indeterminados em La jurisprudência constitucional Española**: um avance hacia su determinación a través de los elementos comunes de La casuística. Madrid: Dykinson, 2009.

HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Trad. de César Augusto Mortari e Luiz Henrique Dutra. São Paulo: Unesp, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004a.

HABERMAS, Jürgen. **A lógica das ciências sociais**. Trad. de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1-2.

HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Trad. de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação baseada nos Direitos Humanos. **Direito, Estado e sociedade**, Rio de Janeiro, v.9, n.17, p.190-208, ago./dez. 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: estudos filosóficos. Trad. de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004b.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. 2v. (Pensamento humano)

HESPAÑA, Antônio Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. 3 ed. Mem Martins: Publicações Europa-América, 2003.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Os Pensadores).

IGLESIAS, Maura. Pré-socráticos: físicos e sofistas. In: REZENDE, Antônio. **Curso de filosofia: para professores e alunos dos cursos de segundo grau e de graduação**. 14.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

ILUSÃO ótica. ocê está vendo uma senhora idosa e/ou uma bela moça? Disponível em: <http://www.suikacia.blogspot.com.br/2007_03_01_archive.html> Acesso em: 06 jan. 2012.

IRELLI, Vincenzo Cerulli. **Corso di diritto amministrativo**. Torino: G. Giappichelli, 2002.

JANOTTI, Onaldo Franco. Conceitos indeterminados e origem lógico-normativa da discricionariedade. **Revista de Direito Público**, v. 64, p. 37-54, 1982.

JAPIASSU, Hilton. **Francis Bacon: o profeta da ciência moderna**. São Paulo: Letras e Letras, 1995.

JAPIASSU, Hilton. **O racionalismo cartesiano**. In: REZENDE, Antônio. **Curso de filosofia: para professores e alunos dos cursos de segundo grau e de graduação**. 14.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. Cap. 5, p. 101-116.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 13.

KASPARY, Adalberto J. **Linguagem do direito**. Espaço Vital Artigos, 30 jun. 2003. Disponível em: <<http://www.professorademir.com.br/Linguagem>>. Acesso em: 10 Out 2011.

KEELE, Rondo. Can God Make a Picasso? William Ockham and Walter Chatton on Divine Power and Real Relations. **Journal of the History of Philosophy**, volume 45, n. 3, 2007, p. 395-411.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KOZICKI, Katya. O problema da interpretação do direito e a justiça na perspectiva da desconstrução. **O Que nos Faz Pensar**, Rio de Janeiro, v. 18, p. 145-164, 2004.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.

KRIPKE, Saul. **Outline of a theory of truth**. Oxford, Journal of Philosophy, n. 72.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste

Gulbenkian, 2005.

LEITE, Luciano Ferreira. **Interpretação e discricionariedade**. São Paulo: RCS Editora, 2006.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. **Jurisdição constitucional**: um problema da teoria da democracia política. In: LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

LINARES, Juan Francisco. **Poder discrecional administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

LOCKE, John. **Ensaio sobre o entendimento humano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. 2v. v.1. (Textos Clássicos)

LOCKE, John. **Two Treatises of Government – 1668**. Trad. de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. Lisboa: Presença/Martins Fontes, 1979.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação judicial e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO, Silvio de. **Curso de lógica jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MACIEL, Katharine Dunham. **A linguística e a relação entre linguagem e pensamento**. Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <<http://download.etc.br/a-lingstica-e-a-relao-entre-linguagem-e-pensamento--pdf.html>>. Acesso em: 3 out 2011.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração pública**. Tomo II. 11 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Sobre a interpretação jurídica. **Revista de Direito Comparado**. Belo Horizonte, v. 3. maio./1999. p. 429-450.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. **Filosofia analítica e filosofia política**: a dimensão pública da linguagem. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

MAIA, Antonio Cavalcanti. **Jürgen Habermas**: filósofo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MARÇAL, Antônio Cota. O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006.

MARCONDES, Danilo. **Filosofia analítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos Pré-Socráticos a Wittgenstein. 9. Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

MARCONDES, Danilo. O Empirismo inglês. In: REZENDE, Antônio. **Curso de filosofia:** para professores e alunos dos cursos de segundo grau e de graduação. 14.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. Cap. 6, p. 117-126.

MARÍAS, Julián. **História da filosofia.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARÍAS, Julián. **La filosofía en sus textos.** Tomo II. Barcelona: Editorial Labor, 1950.

MARÍAS, Julián. **Obras:** San Anselmo y el insensato. 3 ed. Madri: Revista de Occidente, 1959.

MACHIAVELLI, Niccolò. **O príncipe:** com as notas de Napoleão Bonaparte. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo.** Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, nº 58, p. 183-202, nov./2000.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2008a.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008b.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, , nº 7, jul/ago/set 2006. Disponível em: < www.direitodoestado.com.br.> Acesso em: 12 jan.2012.

MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma (Org.). **Novos direitos:** os paradigmas da pós-modernidade. Niterói: Impetus, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.

Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva 2008.

MENDES, Sônia Maria Broglia. **A validade jurídica:** pré e pós giro linguístico. São Paulo: Noeses, 2007.

MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade.** Trad. de Claudio Molz e Tto Livio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas Comissão de Fiscalização integrada, 2011. Disponível em: < http://www.tce.mg.gov.br/?cod_pagina=111338&acao=pagina&cod_secao_menu=&a= > Acesso em: 09 jan. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0194.03.031452-1/004, Julgado em 14 fev. 2006. Disponível em:< <http://www.tjmg.jus.br/> > Acesso em: 29 dez. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 1.0024.06.255754-1/003, Julgado em 14 maio 2010. Disponível em:< <http://www.tjmg.jus.br/> > Acesso em: 29 dez. 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis.** São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública.** 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORÓN, Miguel Sánchez. **Discrecionalidad administrativa y control judicial.** Madrid: Tecnos, 1995.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito:** dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. **A Constituição simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito.** São Paulo: Martins fontes, 2010.

NOVAES, Catarina Dutilh. **Theory of supposition vs: theory of fallacies in ockham.** **Vivarum**, n. 45. 2007, p. 343-359.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Para além da fragmentação:** pressupostos e objeções da racionalidade dialética contemporânea. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

OMMATE, Ricardo Emílio Medauar. **Controle da discricionariedade.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

- ORTEGA, Luis (Org.). **Ponderación y derecho administrativo**. Madri: Marcial Pons, 2009.
- ORTEGA, Manuel Segura. **Sentido y limites de la discrecionalidad judicial**. Madid: Editorial universitária Ramón Areces, 2006.
- OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.
- PEREIRA, Américo. **Da filosofia da linguagem no Crátilo de Platão**. Lusosofia, 2008. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/americo_pereira_cratilo_linguagem.pdf>. Acesso em: 15 out. 2011.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- PERELMAN, Chain. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERINI-SANTOS, Ernesto. La structure de l'acte intellectif dans lês théories ockhamiennes Du concept. **Vivarium**, n. 45, 2007, p. 93-112.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. 3 ed. Trad. de Estêvão de Rezende Martins et.al. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.
- PUTNAM, Hilary. **Mind, language and reality: philosophical papers**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.v.2.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do desvio de poder em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.6, 1946.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues . **O poder discricionário da administração**. In: **ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO: Dissertações**. Coimbra: Universidade de Coimbra Editora, 1989. v. 6.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os direitos do poder discricionário das autoridades administrativas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 97, 1969.
- RALWS, John. Uma **Teoria da justiça**. Trad. de Aluisio Pisetta e Lenita M. A. Esteves. São Paulo. Martins Fontes, 2002, p. 36-37;43.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: patrística e escolástica**. 3. ed. São Paulo: Paulus, 2007. v. 2.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia: do humanismo a Descartes**. 2 ed. São Paulo: Paulus, 2005. v. 3.
- RENAUT, Marie-Hélène. **Histoire du droit administratif**. Paris: Ellipses, 2007.

REZENDE, Antonio (Org.). **Curso de filosofia**. 14 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

REPA, Luiz. **A transformação da filosofia em Jürgen Habermas**: os papéis de reconstrução, interpretação e crítica. São Paulo: Singular, 2008.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROBINSON, Jonathan. William of Ockham on the Right to (Ab) Use Goods. **Project MUSE Franciscan Studies**, 2009, p. 347-374.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. Conceito e validade do direito: a polêmica entre Robert Alexy e Eugenio Bulygin sobre a pretensão de correção do direito. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. 19, 9-12, jun. Fortaleza. 2010. **Anais...** Fortaleza. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3507.pdf>> Acesso em: 29 dez. 2011.

ROCHLITZ, Rainer (Coord.). **Habermas**: o uso público da razão. Trad. de Léa Novaes. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

RORTY. Grandiosidade universalista, profundidade romântica, finitude humanista. In: SOUZA, José C. de. **Filosofia, racionalidade, democracia**. São Paulo: UNESP, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

ROSS, Alf. **Lógica de las normas**. Madrid: Editorial Tecnos, 1971.

ROSSI, Paulo. **A ciência e a filosofia dos modernos**: aspectos da revolução científica. Trad. de Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora Unespe, 1992.

ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. **Dicionário de psicanálise**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1997.

ROVIGHI, Sofia Vanni. **História da filosofia moderna**: da revolução científica a Hegel. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

RUAS, Paulo. Crítica: conceitos, juízos e raciocínios. **Crítica Revista de Filosofia**, 9 set. 2004. Disponível em: <http://criticanarede.com/fil_conceitosjuizos.html>. Acesso em: 10 Out. 2011.

SAINZ MORENO, Fernando. **Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Civitas, 1976.

SALATIEL, José Renato. Filosofia analítica e pragmatismo: W. Sellars e C.S. Peirce sobre o “mito do dado”. **Prometeus**, v. 3, n. 6, jul.dez. 2010.

SANTANA, Maurício Requião de. **Normas de textura aberta e interpretação**: uma análise no adimplemento das obrigações. 2009. 154f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 12. ed. Porto: Afrontamento, 2001.

SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de linguística geral**. São Paulo: Cultrix, 2006.

SAVIGNY, F. C. DI. **Sistema del diritto romano attuale**. Torino: Unione tipografica editrice, 1888. v.2.

SCALIA, ANTONIN. **A matter of interpretation: federal courts and the law**. Princeton University Press, 2001.

SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Rio de Janeiro: JB, 1984.

SICCA, Gerson dos Santos. **Discrecionalidade administrativa: conceitos indeterminados e aplicação**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 89.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno (Org.). **Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas: entre Apel e Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

SILVA, Rubens Elias da; CIACCHI, A. Andrea **A natureza esclarecida : uma discussão sobre cultura e natureza em Adorno e Horkheimer na Dialética do Esclarecimento**. Disponível em: < <http://www.fiponline.com.br/eventos/vinheta/textos/a%20natureza%20esclarecida.pdf> > Acesso em: 30 nov. 2011.

SILVA, Jeferson Luis da. **Ludwig Wittgenstein e a filosofia da linguagem**. Disponível em: < <http://jeferson.silva.nom.br/archives/665> > Acesso em: 30 nov. 2011.

SILVA, Ivan de Oliveira. **Curso de lógica geral e jurídica**. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Nívea Mônica. **Os impactos jurídicos das relações intersistêmicas na concretização dos direitos fundamentais no estado democrático de direito brasileiro**. 2010. 140f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2010.

SILVA, Thais Prata da. **Controle Judicial do ato administrativo praticado com base em dispositivo legal contendo conceito jurídico indeterminado**. 2008. 144. Mestrado (Dissertação)- Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Programa de Pós-Graduação em Direito da UFES – PPGDIR.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SMITH, Plínio Junqueira. **O ceticismo de Hume**. São Paulo, Loyola, 1995.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SOUSA, António Francisco. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

STEIN, Enildo. **Sobre a verdade: lições preliminares ao parágrafo 44 de Ser e Tempo**. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TRINDADE, André. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 70.

VALLE, Maurício Dalri Timm do. **Herbert L. A. Hart e a linguagem do direito**. Paraná, n. 2, ago/dez. 2008. Disponível em: <<http://www.oabpr.org.br/revistaeletronica/revista02/1-21.pdf>>. Acesso em: 15 Out 2011.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Editora da UNB, 1979.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico-moderno**. 2 ed. São Paulo; Martins Fontes, 2009.

ZECCHINO, Ortensio. **Liber constitutionum**. Disponível em: <[http://www.treccani.it/enciclopedia/liber-constitutionum_\(Federiciana\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/liber-constitutionum_(Federiciana)/)> Acesso em: 30 nov. 2011.

WARAT, Luís Alberto. **O direito e a linguagem**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

WIACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M Botelho Hespanha. 2ª edição. Lisboa; Calouste Gulbekian, 1967.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus lógico-philosophicus**. Trad. e apresentação e ensaio introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.