Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Programa de Pós-Graduação em Direito

O ADMINISTRATIVISMO CONTEMPORÂNEO: PELA LEITURA PARADIGMATICAMENTE ADEQUADA DE SUAS PREMISSAS CIENTÍFICAS FRENTE AOS GANHOS DA VIRADA LINGÜÍSTICO-PRAGMÁTICA.

Sérgio Armanelli Gibson

Belo Horizonte
Fevereiro de 2008

Sérgio Armanelli Gibson

O ADMINISTRATIVISMO CONTEMPORÂNEO: PELA LEITURA PARADIGMATICAMENTE ADEQUADA DE SUAS PREMISSAS CIENTÍFICAS FRENTE AOS GANHOS DA VIRADA LINGÜÍSTICO-PRAGMÁTICA.

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

Orientador: Álvaro Ricardo de Souza Cruz

Belo Horizonte
2007

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Gibson, Sérgio Armanelli
G451a O administrativismo contemporâneo: pela leitura paradigmaticamente adequada de suas premissas científicas frente aos ganhos da virada linguístico-pragmática / Sérgio Armanelli Gibson. Belo Horizonte, 2008.
223f.

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

1. Hermenêutica (Direito). 2. Direito administrativo. 3. Direitos fundamentais. 4. Democracia. I. Cruz, Álvaro Ricardo de Souza. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340.11

Sérgio Armanelli Gibson

O administrativismo contemporâneo: pela leitura paradigmaticamente adequada de suas premissas científicas frente aos ganhos da virada lingüístico-pragmática.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito**.**

Belo Horizonte, 15 de fevereiro de 2008.

_____

Álvaro Ricardo de Souza Cruz (orientador)

_____

Edimur Ferreira de Faria

_____

Gustavo Binenbojm

Agradecimentos

A Deus e à Nossa Senhora de Fátima, forças às quais me recorro freqüentemente, sem algum pudor ou parcimônia.

Aos meus pais e irmãos, que acompanham minhas escolhas e decisões e oferecem-me sempre o suporte necessário, dando-me a absoluta segurança de que tenho uma família*. Sem vocês não imagino que essa jornada tivesse a mesma tranqüilidade.*

A todos os amigos de academia e interlocutores desse trabalho, os quais agradeço na pessoa do amigo Felipe Oliveira, por sua solicitude e prestabilidade.

Ao padrinho Giovanni, por ter-me sido o primeiro a apontar os acertos da escolha pela vida acadêmica.

Ao colega Gustavo Nassif, pela total confiança e companheirismo.

Em especial ao professor Álvaro, que me provou que a orientação acadêmica pode se revelar um ofício que extrapola a transmissão de conhecimento. Seus exemplos como pai e professor inspiram minhas escolhas e me dão o acalanto de que, no futuro, poderei retribuir todo o amparo e respaldo que me foram oferecidos na hora em que mais precisei.

"Estirou as pernas, encostou as carnes doídas ao muro. Se lhe tivessem dado tempo, ele teria explicado tudo direitinho. Mas pegado de surpresa, embatucara. Quem não ficaria azuretado com semelhante despropósito? Não queria capacitar-se que a malvadeza tivesse sido para ele. Havia engano, provavelmente o amarelo o confundira com outro. (...) Sabia perfeitamente que era assim, acostumara-se a todas as violências, a todas as injustiças. E aos conhecidos que dormiam no tronco e agüentavam cipó de boi oferecia consolações: - "Tenha paciência. Apanhar do governo não é desfeita."

(...)

E, por mais que forcejasse, não se convencia que o soldado amarelo fosse governo. Governo, coisa distante e perfeita, não podia errar. O soldado amarelo estava ali perto, além da grade, era fraco e ruim, jogava na esteira com os matutos e provocava-os depois. O governo não devia consentir com tão grande safadeza.

Afinal, para que serviam os soldados amarelos? Deu um pontapé na parede, gritou enfurecido. Para que serviam os soldados amarelos?".

Graciliano Ramos, em *Vidas Secas.*

"A tarefa de interpretar o Direito, em especial a Constituição, está longe de significar um contentar-se com soluções razoáveis, contemporizadas ou ponderadas. O intérprete, para que bem desempenhe a sua missão, deve dotar-se de uma paixão e uma obsessão. Paixão pela melhor solução, que ainda está por ser descoberta. Obsessão por buscar uma solução cada vez melhor".

Antonio Henrique Corrêa da Silva.

RESUMO

O trabalho se volve à necessidade de promover uma vista panorâmica dos diversos pressupostos epistemológicos do Direito Administrativo contemporâneo, analisando algumas de suas normas e institutos. Sob uma perspectiva crítica, são expostas diversas teses das mais variadas áreas do conhecimento humano, todas acompanhadas de suas respectivas inovações e críticas, que acabaram por expor algumas das suas deficiências teóricas. Paralelamente, há a descrição de diversos fenômenos científicos, políticos e sociais, sendo todos abordados de maneira sistêmica, o que acaba por reiterar a idéia de que há ininterruptamente a redefinição dos papéis e intentos do administrativismo a serem desempenhados na prática sócio-política das comunidades, ocorrendo sempre de maneira contextualizada e adequada ao momento histórico. Adotando-se o *discursivismo* de Jürgen Habermas, bem como os ganhos advindos do giro lingüístico-pragmático próprio da filosofia da linguagem - vislumbrados por Ludwig Wittgenstein e Hans-Georg Gadamer, o trabalho possui como centro de gravidade a preocupação com a operacionalização legítima do Direito, na expectativa de atribuir-lhe a necessária força de coesão e integração social. Com o esforço e atenções voltados especificamente ao Direito Administrativo, são expostos alguns de seus pilares básicos. Dessa forma, são retrabalhados algumas normas e institutos tidos por consagrados na disciplina, dentre eles os conceitos de *cientificidade, legitimidade, espaço público, esfera particular, racionalidade, liberalismo, comunitarismo, interesse público, serviço público, legalidade, ato administrativo, segurança jurídica*, dentre outros. Todo o trabalho crítico foi devidamente acompanhado de propostas, sugestões e apontamentos, atendendo o caráter propositivo da pesquisa acadêmica, sem que se incorresse em niilismos e relativismos deletérios à construção do conhecimento científico.

Palavras-chave: Hermenêutica discursiva – Direito Administrativo – direitos fundamentais – procedimentalismo – Estado Democrático de Direito – Operacionalização legítima da dogmática administrativista- crítica.

ABSTRACT

This work addresses the need to promote an overall view of the different epistemological assumptions of contemporary Administrative Law through the analysis of its standards and institutions. From a critical perspective, several theories are described from a wide range of fields of human knowledge, each of them with the corresponding innovations and criticisms. Such criticisms exposed some of the faults of the aforementioned theories. In parallel, the work includes a description of different scientific, political and social phenomena, all of which are addressed by means of a systemic approach. All this eventually reasserts the idea that there is an uninterrupted redefinition of the roles and intents of administrativism to be applied in the social and political practices of communities, being always contextualized and suited to the historical context. By adopting Jürgen Habermas' *discourse ethics*, as well as the gains obtained from the linguistic-pragmatic features pertaining to the philosophy of language - discerned by Ludwig Wittgenstein and Hans-Georg Gadamer, this work has as its center of gravity the concern with the legitimate operationalization of Law, with the purpose of assigning it the necessary cohesive strength and social integration. With the effort and attention focussed specifically on Administrative Law, some of the fundamentals of the latter are described. In this way, some standards and institutions considered as established in the discipline were reworked, among which are the concepts of *scientificity, legitimacy, public space, private sphere, rationality, liberalism, communitarianism, public interest, public service, legality, administrative act, legal certainty*, among others. All the critical work was supplemented with proposals, suggestions and remarks, thus fulfilling the propositional character of academic research, without incurring in nihilisms or relativisms that are deleterious for building scientific knowledge.

Keywords: Discourse hermeneutics - Administrative Law - fundamental rights - proceduralism - Democratic State Subject to the Rule of Law - Legitimate operationalization of administrative dogma - criticism.

SUMÁRIO

I PROLEGÔMENOS.....13

II A CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA, CIENTÍFICA E FILOSÓFICA DAS ORIGENS DO DIREITO ADMINISTRATIVO: AS REVOLUÇÕES CIENTÍFICA E INDUSTRIAL, A REFORMA PROTESTANTE, O RACIONALISMO FILOSÓFICO

2.1 Intróito: o conceito de *Paradigma* 17

2.2 A insurgência popular contra a intolerância religiosa – A Reforma Protestante 19

2.3 O progresso científico: a racionalidade humana demonstra a sua robustez 21

2.4 Isaac Newton: a submissão dos fenômenos naturais às leis da matemática. Noções absolutas de tempo e espaço..... 23

2.5 O racionalismo filosófico e a substituição do sistema tradicional de filosofia e ciência 26

2.6 Immanuel Kant: O auxílio do antropocentrismo e o racionalismo na elaboração de novos critérios de justificação para a Moral e para o Direito. A liberdade como expressão máxima da racionalidade 28

2.6.1 Especulações sobre a razão pura: as capacidades cognoscitivas humanas e os limites do conhecimento: A reviravolta copernicana 28

2.6.1.2 Os juízos analíticos e sintéticos (e suas formas a *priori* e a *posteriori*) 32

2.6.2 A razão prática kantiana como substrato teórico ao fundamento de validade do Direito: Os imperativos categóricos.....34

2.7 O alastramento das idéias racionalistas na ciência jurídica: a separação de funções dentro da distribuição do poder político.....38

2.7.1 A hermenêutica jurídica clássica vigente na busca da resposta correta dentro da separação de poderes: o raciocínio dedutivo através do silogismo formalista, a divisão qualitativa dos poderes 40

2.8 O modelo Liberal: gênese garantista do Direito Administrativo - a esfera pública como mantenedora dos direitos de primeira geração.....43

2.8.1 O formalismo legalista do Direito como critério de legitimidade da coação oficial pela visão sociológica do positivismo estático de Max Weber.....46

2.9 A influência da experiência francesa nas origens do Direito Administrativo Brasileiro.....48

III O ADVENTO DA CRISE DO MODELO LIBERAL EM VIRTUDE DAS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS:DO SÉCULO XIX E A PROPOSTA POR UM NOVO PROJETO DE ADMINISTRAÇÃO. QUESTIONAM-SE OS POSTULADOS BASILARES DO LIBERALISMO.....52

3.1 A insuficiência da doutrina liberal na consecução dos próprios intentos sociais, políticos e econômicos.....53

3.2 A (des)ordem do panorama social e o surgimento do proletariado. A reação da Igreja Católica, dos pensadores e dos filósofos. Constitucionalização de direitos sociais, econômicos e coletivos. Surgimento do Direito do Trabalho.....55

3.3 A releitura dos direitos fundamentais: o caráter prestacional dos chamados direitos de 2ª geração e a transformação da esfera pública em *super-ego* da sociedade.....59

3.4 Um novo método de operacionalização do Direito: a proposta neo-positivista/normativista de Hans Kelsen.....63

3.4.1 Preliminarmente: considerações sobre o positivismo lógico do Círculo de Viena, a Teoria da Figuração Proposicional de Ludwig Wittgenstein que influenciaram a obra Teoria Pura do Direito.....63

3.4.2 Kelsen: O abandono de argumentos alheios à Ciência Jurídica na aplicação do Direito. O relativismo dos valores e a existência objetiva das normas.....67

3.4.3 A neutralidade axiológica do Direito. A delimitação do objeto de estudo da Ciência Jurídica. O sistema piramidal-hierárquico de validade das normas. A validade formal do normativismo kelseniano.....68

3.4.4 Do Princípio da Causalidade das Ciências Exatas ao Princípio da Imputação na Ciência Jurídica.....72

3.4.5 O sistema dinâmico do Direito como alternativa às insuficiências da Hermenêutica positivista clássica. A classificação dos atos administrativos e judicantes como atos volitivos. O formalismo que leva ao ativismo administrativo e judicial.....74

3.5 Léon Duguit: a objetividade da existência estatal e o projeto de legitimação do Estado pela prestação de serviços públicos.....79

3.6 O Materialismo Histórico de Karl Marx. O direito de propriedade como *fato* social, e não como um Direito Natural. A *superestrutura* (consciência social) condicionada pela

estrutura econômica. O caráter prático da filosofia em oposição ao idealismo filosófico vigente.....84
3.6.1 O movimento dialético hegeliano como modelo explicativo da evolução do materialismo histórico de Karl Marx.....88
3.7 O Direito Administrativo do Estado Social de Direito: a supremacia do interesse público sobre o privado. A identidade entre *interesse público* e *interesse estatal* 89
3.7.1 As prerrogativas da Administração Pública em suas relações com os particulares. O modelo verticalizado de governança administrativa.....94
3.8 Fatores de crise do paradigma materializante do Estado Social. A revisão dos conceitos de *Estado* e *Sociedade*. A crise científica na definição jurídica de *serviço público.* O incremento da complexidade social e a ausência de centro normativo homogeneizante.....101
3.9 A certeza, a correção e a previsibilidade científicas se revelam como utopias do racionalismo: a incorporação do elemento da probabilidade, a relatividade e o abandono da especialização/ fragmentação do saber científico.....112

IV O NOVO PARADIGMA CIENTÍFICO: A DESVINCULAÇÃO DA CIENTIFICIDADE DE UM EXPERIMENTO DO ESTABELECIMENTO *A PRIORI* DE MÉTODO/RACIOCÍNIO HERMENÊUTICO 117
4.1 A racionalidade do Direito no paradigma contemporâneo: O estádio evolutivo da moralidade pós-convencional e a racionalidade discursiva ou comunicacional 120
4.2 A legitimidade do Direito como ponto nevrálgico da Ciência Jurídica. A moralidade pós-convencional como parâmetro da racionalidade contemporânea.....121
4.2.1 *A análise da definição do conceito de interesse público sob o paradigma da moralidade pós-convencional*.....123

5 A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO ATRAVÉS DO PROCEDIMENTALISMO DA TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS.....133
5.1 A redefinição das autonomias pública e privada. A relação de co-originariedade entre elas.....137
5.2 Os parâmetros de legitimidade da prática discursiva. As situações ideais de fala...140
5.3 A descentralização das sociedades contemporâneas. A autonomia dos sistemas normativos e seu permanente diálogo. A razão comunicativa como fundamento do paradigma *procedimentalista* do Direito.....145

5.4 O conceito de *verdade* no paradigma da racionalidade comunicativa. A necessária intersubjetividade na construção discursiva do conhecimento.....152

VI A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO. A CRISE PARADIGMÁTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....166

VII OS RESQUÍCIOS POSITIVISTAS NO TRATO DO DIREITO HODIERNO. A MOBILIZAÇÃO PELA AUTONOMIA CIENTÍFICA DA DISCIPLINA ATRAVÉS DOREGRA MENTO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA PELO *REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO*.....177

7.1 A redefinição do conceito de *segurança* na ciência contemporânea.....177

7.2 O ranço positivista ainda a impregnar a prática jurídica. A ilusão da delimitação *absoluta* **do objeto pesquisado pelo estudioso**.....181

7.3 O construto doutrinário do *ato administrativo***: sua caracterização como** *ente* **jurídico distinto do ato particular**.....191

7.4. A dissecção analítica da "estrutura" do ato normativo: os seus elementos/pressupostos e atributos classicamente consagrados.....194

7.4.1. O atributo de *presunção de legitimidade e veracidade* ***do ato administrativo: sua matriz teórica, suas justificativas e suas conseqüências práticas***.....199

7.4.2 A aplicação inconstitucional da presunção de legalidade/legitimidade do ato administrativo em processos restritivos de direitos. O ônus de imputar acusações acompanhadas do respectivo lastro probatório.....205

VIII CONCLUSÃO 209

IX REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....213

1 PROLEGÔMENOS

É sabido que a evolução de toda e qualquer área do conhecimento humano está intrinsecamente ligada ao surgimento de crises, que ocorrem em virtude da insuficiência do conhecimento vigente naquele momento da solução dos entreveros que surgem no quotidiano das sociedades. Quando do reconhecimento da debilidade do estágio de avanço das teorias vigentes, em uma determinada época, é que se faz imperioso voltar os olhos àquele determinado ramo do saber humano, buscando novas possibilidades e respostas mais satisfatórias no contexto da nova problemática apresentada. Não se quer dizer que os acertos devam ser desprezados, mas devem ser a eles acrescidos alguns elementos mais satisfatórios para as demandas vigentes.

Tal exame deve sempre considerar as pré-compreensões e visões de mundo preponderantes do ramo do conhecimento naquele determinado momento histórico, propondo-se a adequá-los aos novos propósitos e convicções tidos por mais avançados. Ressalte-se, contudo, que as novéis pretensões de validade devem sempre prosseguir abertas às reflexões e críticas vindouras, num movimento interminável que oscila entre erros e acertos, mas que tem por escopo sempre absorver os acertos e sanar as aporias. Assim ocorre também com o Direito. As justificativas que o legitimavam há séculos atrás, por certo, não são as mesmas de hoje. As pretensões de validade vigentes, há alguns anos, podem ser consideradas obsoletas aos olhos do cientista contemporâneo. Lança-se o desafio de compatibilizar a Ciência Jurídica às justificações que hodiernamente apresentem maior grau de aceitabilidade:

> Na história institucional de um sistema jurídico – do mesmo modo que na história da ciência - é possível separar os aspectos externos dos que são acessíveis apenas internamente. Na perspectiva interna, colocações de problemas reconstrutíveis lançam uma luz crítica sobre as argumentações realizadas historicamente; a partir daí é possível distinguir entre as tentativas produtivas e improdutivas, entre os erros e aporias de processos de aprendizagem, bem como destacar as respectivas soluções à luz de evidências contemporâneas. Dependendo do paradigma tomado, a retrospectiva revela outras linhas de reconstrução. (HABERMAS, 1997, p.260).

Nessa esteira, pode-se dizer que o advento da Constituição de 1988 trouxe impactos até hoje ainda não absorvidos por inúmeros ramos da Ciência Jurídica. Embora tenha sido um grande passo na tentativa de estabelecer um regime democrático em nosso país, é certo que a empreitada de construir um regime jurídico deveras participativo/inclusivo não se esgotou na

simples promulgação da Carta Maior. Para tanto, urge o trabalho dos estudiosos do direito, para que se institucionalize uma sociedade aberta e participante no processo político, com oportunidades iguais nas tomadas de decisões e manifestações de vontade política. E, para tanto, (re)examinar e (re)construir as bases da relação entre o Estado e os particulares é caminho inevitável. Mais do que isso: se se quer examinar a relação do Estado e dos particulares, é necessário (re)construir também o conteúdo conceitual do que venha a ser definido como Estado assim como sociedade.

Não obstante, definir os contornos do que sejam efetivamente as esferas das autonomias públicas e privadas, aclarando as suas distinções - se é que elas são nítidas a esse ponto - e estabelecer as bases racionais de legitimidade[1] sobre as quais se assentam suas relações é também passagem obrigatória para o intérprete do Direito Administrativo.

Tudo isso porque, em virtude do fôlego tomado pelos constitucionalistas contemporâneos, emerge o risco da existência de um descompasso teórico-interpretativo entre as teorias existentes acerca da Lei Fundamental e os juristas que se debruçam no estudo do subsistema jurídico administrativista. O desígnio do presente trabalho acadêmico é, dessa forma, lançar mão das significativas contribuições do constitucionalismo para sintonizar o avanço do Direito Administrativo, haja vista que ambos possuem a mesma origem e objetivos comuns, que não eram outros senão o advento do movimento liberal e a limitação do poder Estatal, mas que, contudo, acabaram por tomar rumos diversos no decorrer da história.

Fato é que não serão admitidos, neste trabalho dissertativo, quaisquer tipos de justificação que se apóiem em dogmas ou institutos que não tenham resistência crítica ao questionamento severo da racionalidade discursiva contemporânea. O projeto adjacente a todo nosso estudo perpassa pela busca incessante pela legitimação do Direito e reclama de toda construção teórico-jurídica uma resposta plausível para a sua operacionalização, em uma nova concepção de teoria e prática. Através do estabelecimento da estreita relação que há entre as duas dimensões, propugna-se pela construção de uma teoria que passa a ser gerada pelo próprio cenário da práxis social. Neste esforço, o auxílio de construções filosóficas é fundamental, visto que a filosofia é disciplina que fornece o substrato crítico-reflexivo

[1] Ressalte-se que a pesquisa tentará manter-se sempre atenta à busca pela *legitimação* do Direito posto. Em verdade, tal empreendimento confunde-se com a própria motivação do estudo, pois pretendemos incessantemente acrescer o atributo de legitimidade à ciência jurídica. Acreditamos ser essencial acrescer tal característica qualitativa ao Direito para que este possa funcionar como fator de coesão social. Somente um plexo de normas jurídicas reconhecidas como legítimas poderá funcionar como elemento bastante para que seja mantida a integração de uma comunidade de forma racional. Ostentando o Direito tal qualidade, julgamos estar perto de um projeto de envergadura mais imponente: a *emancipação* do ser humano no seu cotidiano. “É que o Direito, não apenas solicita dos seus endereçados o reconhecimento de fato, mas também pleiteia merecer reconhecimento”. (HABERMAS, p. 68).

necessário à evolução de qualquer ciência, inclusive o Direito; não se olvide também que o projeto de busca por uma fundamentação do Direito é empreendimento que emaranha argumentos de cunho moral, jurídico, filosófico, pragmático e político e a filosofia exerce papel decisivo nesta tarefa. Mas, assim como já dito, isso somente pode ocorrer na assunção de novo papel para o pensamento filosófico, que deve ser severamente preocupado com o contexto do mundo social que está a interpretar, pois sabedor de que também integra aquela realidade sobre a qual tece considerações. Não se admite uma teoria filosófica que seja desconectada da práxis social, mas nem tampouco se será indulgente com uma práxis que não encontra o devido respaldo teorético:

> (...) a filosofia adquire uma autocompreensão mais modesta e realista ao se *integrar* de modo auto-referencial às ordens diferenciadas do mundo moderno. Em vez de se posicionar como um poder pretensioso *em face* da totalidade do mundo moderno, **uma filosofia tornada pragmática tenta se localizar nesse mundo (que ao mesmo tempo é interpretado por ela)** de modo a poder assumir os diversos papéis, diferenciados segundo suas funções, e prestar contribuições específicas. (HABERMAS, 2004, p.319).

Assim como se exige do trabalho de qualquer pesquisador do Direito, não se fará tão somente um estudo aprofundado acerca do tema, com o simples cotejamento de autores e posicionamentos diversos referentes a determinados temas. Obviamente, essa é uma das etapas do percurso necessário a todo e qualquer estudo acadêmico que se pretenda científico, mas não será a única. Com este escopo, trar-se-ão formulações teóricas do Direito Administrativo, com seus respectivos idealizadores/defensores. Mas o caráter propositivo da pesquisa se evidenciará quando do momento em que não apenas colacionaremos algumas formulações teóricas já consagradas, mas sim colocarmos em questão alguns institutos do Direito Administrativo[2]. Em especial, ir-se-á proceder análise detida no atributo da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, questionando-se acerca de sua razão justificadora à luz do paradigma do Estado Democrático, bem como dos seus efeitos práticos no discurso de aplicação do Direito.

[2] "Pensar a dogmática exige, por parte do jurista, a tarefa de dialogar com os processos determinantes desta forma de compreender o fenômeno jurídico. (...) Quando o intérprete depara-se com o texto ou um conjunto de elementos da tradição, não pode assumir uma postura isolacionista, devendo estar aberto para a opinião do outro ou do texto, de modo que seja possível estabelecer um todo relacional, no qual tais opiniões são confrontadas com as próprias opiniões. (...) aquele que quer compreender não pode entregar-se, desde o princípio, ao azar de suas próprias opiniões prévias e ignorar outros processos de compreensão." (OHLWEILER, 2005, p. 131).

Em tempo, registre-se que a pesquisa adotará como marco teórico o procedimentalismo da Teoria Discursiva formulada por Jürgen Habermas, que servirá de fio condutor no estabelecimento de raciocínios, premissas e conclusões[3].

Embora a pesquisa adote um marco teórico, é de se ressaltar, entretanto, que não haverá o estabelecimento de exclusividade para o uso de nenhum método científico. Serão empregados concomitantemente os raciocínios dedutivo, indutivo, histórico e discursivo dialético, procurando-se resgatar discursivamente a aceitabilidade racional dos conceitos construídos atualmente no Direito Administrativo sob a ótica da democracia participativa que se quer implementar em nossa sociedade. Todos os elementos de pesquisa acadêmica terão os seus valores devidamente reconhecidos; desde a vertente teórica da pesquisa, sob a perspectiva crítica e reconstrutiva, com a utilização de pesquisa bibliográfica e documental, como o emprego do catálogo de legislação e jurisprudência contemporâneas.

Não obstante, os propósitos do presente estudo não se circunscrevem a apenas criticar institutos e formulações teóricas do Direito hodierno, mas também buscam esquadrinhar uma teoria mais sólida e resistente às críticas. Paralelamente aos raciocínios acima referenciados, far-se-á também o sopesamento de argumentos históricos e jurídicos, contextualizando a origem e evolução dos princípios e regras jurídicos à luz dos momentos históricos. Tendo-se a absoluta consciência de que o saber humano é pontuado no tempo e no espaço, o resgate histórico das teorias e dos contextos que lhes deram ensejo é caminho imprescindível na pesquisa de qualquer pesquisador. Evita-se assim que sejam apenas repetidos argumentos já desacreditados por teorias mais avançadas, e são assim absorvidos os acertos das novas teorias que deram trato mais inteligente aos problemas apresentados pelo quotidiano social do que as suas antecessoras.

Ante o exposto, o presente estudo inicia-se com a rememoração das origens científicas, filosóficas e políticas do Direito Administrativo e segue a sua evolução até o paradigma científico, filosófico e jurídico contemporâneo. É o que se verá a seguir.

[3] A apresentação minuciosa do marco teórico virá na exposição do terceiro capítulo, no qual serão trazidas as idéias e contribuições do filósofo alemão, que conduzirão as conclusões e que permitirão a construção de novas pretensões de validade para o campo jurídico.

2 A CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA, CIENTÍFICA E FILOSÓFICA DAS ORIGENS DO DIREITO ADMINISTRATIVO: AS REVOLUÇÕES CIENTÍFICA E INDUSTRIAL, A REFORMA PROTESTANTE, O RACIONALISMO FILOSÓFICO

2.1 Intróito: o conceito de *Paradigma*

Introdutoriamente, como pressuposto metodológico para a devida compreensão do que será exposto, é necessário que seja relembrado o conteúdo do termo *paradigma*, recorrentemente utilizado pelos cientistas contemporâneos e que, por diversas ocasiões, também será utilizado nesta pesquisa:

> A noção de paradigma foi construída por Thomas Khun, que estabeleceu esquema hermenêutico com base na observação da estrutura das revoluções científicas. Para essa compreensão cada disciplina científica resolve seus problemas epistemológicos de acordo com seus pressupostos metodológicos, convenções lingüísticas e experimentos. Desse modo, paradigmas são realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para a comunidade de praticantes de uma ciência. (SOARES, 2001, p.15).

Compreender o que seja um paradigma é concebê-lo tal como um conjunto de concepções que gozam de maior poder de persuasão em determinado momento histórico e político. Através do entrelaçamento de convenções, compreensões e visões de mundo, são desenvolvidos outros inúmeros postulados e assertivas. Exemplo rápido que se pode dar a respeito do tema é a admissão da tese heliocêntrica no estudo da astronomia: não se pode querer estudar a constituição, a posição relativa e os movimentos dos astros sem se levar em consideração o fato de que os planetas orbitam ao redor do Sol. Embora singelo, o exemplo dado ilustra, com clareza, o fato de que historicamente não há outra alternativa que tenha respondido coerentemente às perguntas dos físicos que não seja essa. Tendo adquirido tal grau de respeitabilidade científica, a mencionada convicção de que não é o Sol que gira ao redor do planeta Terra incorporou-se ao complexo das proposições físicas que gozam de maior respeitabilidade científica e que orientam todos os estudos da astronomia. Desta forma, os experimentos astrofísicos serão sempre interpretados com a idéia adjacente - um pano de fundo compartilhado intersubjetivamente entre os cientistas - que a Terra não é o centro do universo e que ela descreve uma rota elíptica ao redor do Sol. O termo *paradigma*, cunhado

inicialmente no ramo epistemológico da física, deve ser compreendido como a reunião das convicções e pontos de vista que se apresentam como detentoras de maior *status* de aceitabilidade em uma ciência num dado momento, não apenas apresentando modelos para a formulação de problemas, mas também apontando as suas soluções para os cientistas que trabalham em determinados âmbitos de pesquisa.

Transpondo tal construção teórica do ramo da física para a filosofia do direito, Jürgen Habermas vê a existência da mesma realização científica no ramo jurídico. Quando da interpretação de institutos, regras ou postulados do direito, o jurista vê-se condicionado pelos juízos detentores de maior grau de aceitabilidade no momento de seu trabalho científico. De alguma forma, os paradigmas apontam para os problemas a serem formulados e também limitam as respostas a serem encontradas, pois "intervêm na consciência de todos os atores, cidadãos e dos clientes, do legislador, da justiça e da administração".(HABERMAS, 1997, p.131). O modo como os juristas concebem o Direito e suas finalidades, impregna a sua pesquisa de tal modo que se deve sempre ter em mente qual a nossa compreensão sobre o pano de fundo intersubjetivamente compartilhado, que se confunde com o próprio papel do Estado de Direito que se busca.

Contudo, pode ser que surja uma resposta mais convincente a respeito do tema, sendo certo que a primeva convicção sofrerá um abalo tal que pode inclusive ser exposta ao descrédito. Neste caso, o que ocorrerá será uma crise científica[4] oriunda da ruptura no pensamento vigente de maior prestígio, convidando os estudiosos a formularem resposta mais satisfatória a respeito do tema. Mais uma vez lançando mão de exemplo prático, temos o conceito de igualdade no direito com vistas à participação política: na fundamentação filosófica do escrutínio popular, a diferença biológica era o argumento usado para o afastamento das mulheres na participação ativa e passiva no processo político. Todavia, essa visão de mundo de que somente o ser humano do sexo masculino seria o legitimado para participar passiva e ativamente do processo político evoluiu no sentido de se considerarem capazes - em iguais proporções - tanto os seres humanos de sexo masculino quanto os de sexo feminino, embora sejam distintos biologicamente.

[4] Há interessante debate doutrinário acerca da evolução do conhecimento humano. Ao se tratar de crise científica, há de se pressupor também a existência de um período histórico de *normalidade*, o que inviabilizaria a racionalidade deste raciocínio. Não tendo o presente estudo o desígnio de esmiuçar com mais clareza a controvérsia, alertamos para a existência da polêmica, e a nossa adesão àquela corrente que trabalha com *rupturas* na construção do conhecimento. Não que se fale em *normalidade* epistemológica: contudo, a sucessão de eventos históricos, os surgimentos de teses científicas e filosóficas podem imprimir impacto considerável incomum àquele dado momento. Em não sendo assim, não se poderia falar na ocorrência das Revoluções Científicas operadas pela Modernidade.

Partindo da premissa da pós-modernidade de que não há fragmentação absoluta do conhecimento humano - e por isso dizer que a produção cognoscente humana não se dá de forma isolada e estanque - pode-se dizer que há constante irritação e influência entre os diversos ramos do conhecimento, que evoluem em permanente intercâmbio. Cuidar-se-á então de revelar quais eram as concepções e convicções de determinados ramos epistemológicos alheios à Ciência Jurídica quando da origem do Direito Administrativo, demonstrando como há a interação entre diversos ramos do saber humano.

Não somente o paradigma científico vigente em uma época é fundamental para a exposição do tema, como também o é o uso de argumentos de cunho histórico e sociológico, pois descrevem o ambiente político e social no qual foi inserida a elaboração de uma determinada teoria científica. Nesse plano, veremos que toda a instabilidade política, a efervescência cultural/intelectual e o desenvolvimento econômico da Europa dos Séculos XVI e XVII foram elementos indispensáveis para a preparação de terreno fértil para a elaboração de novas teorias jurídicas naquele momento.

Tratando especificamente desse cenário social e científico, ocupa lugar de destaque a classe burguesa que, em função de sua ascensão econômica - muito impulsionada pelas Revoluções Científica e Industrial - buscava galgar maior projeção política e, para tanto, envidou esforços para arquitetar teorias e doutrinas que submetiam o poder dominante e todo o *status quo* a agudas ponderações.

Tendo sido feita a advertência acerca do conceito científico de *paradigma*, passa-se a indicar quais foram os movimentos filosóficos, sociais, econômicos e políticos que viabilizaram o surgimento do Direito Administrativo.

2.2 A insurgência popular contra a intolerância religiosa – A Reforma Protestante.

Indubitavelmente a Reforma Protestante significou abalo significativo no Poder exercido pela Igreja Católica, tendo em vista o fato de que se passou a não mais admitir o argumento da Revelação Divina como legitimadora da investidura para o exercício do poder secular. Ato contínuo, a idéia da necessidade da Igreja Católica como intermediária na relação entre o homem e Deus, foi fortemente repudiada por religiosos recalcitrantes, que passaram a dispensar a figura dos clérigos como únicos intérpretes autorizados a proceder a leitura das escrituras sagradas. Qualquer dos homens estava livre a realizar as suas próprias

interpretações acerca do texto bíblico, não havendo critério religioso que se considerasse legítimo a obstar tal prerrogativa. Colocava-se em questão agora o argumento da autoridade divina, tão invocada pela Igreja Católica para justificar a sua hegemonia e domínio, tanto no plano espiritual, quanto no temporal.

> (...) a insatisfação popular com os abusos cometidos pela Igreja Católica trazem como conseqüência a adesão de parcela significativa dos europeus às 95 teses da reforma luterana (1571). Martim Lutero era um monge alemão que criticava a pompa e os desmandos da Igreja Católica do período. Mesmo sem ter sido o primeiro, haja vista os movimentos reformistas do inglês John Wycliffe (séc.XIV) e do tcheco Jean Hus (séc. XV), Lutero aproveita-se da venda maciça de indulgências, lançada pelo papa Leão X para a reconstrução da Basílica de São Pedro, em Roma, para iniciar a Reforma Protestante.
> O movimento se difunde com imensa rapidez, contando com novos reformadores e novas nuances do protestantismo, dentre os quais se destaca João Calvino. O calvinismo e a teoria da predestinação ganham enorme adesão na Suíça, na Escócia e, na França, através dos huguenotes. (CRUZ, 2001, p. 204-205)

A autoridade da Igreja Católica é então confrontada de maneira contundente pelos populares, e problematiza-se não somente a investidura divina dos clérigos católicos - como únicos autorizados a proceder a interpretação das escrituras bíblicas – mas, por via reflexa, o próprio poder secular exercido pelo monarca passa também a ser alvo de questionamento. O princípio *cujus regio ejus religio*[5], que vigorava inconteste nos regimes absolutistas no início do Século XVI deixa de ser admitido em sua plenitude, com a reivindicação ferrenha das camadas populares pela liberdade de crença e de exercício da profissão de fé. A disseminação de obras literárias, artísticas e científicas contrárias à doutrina católica também foi aspecto fundamental na consolidação da liberdade religiosa.

Obviamente a Igreja Católica e os monarcas da época não se mantiveram passivos a tais transformações sociais e ideológicas. Iniciam violento movimento de reação às idéias que fossem contrárias aos seus interesses, como quando realizam o Concílio de Trento (1545) e iniciam o trabalho intenso de catequese exercido pela Companhia de Jesus, marcando um período sangrento de disputa pelos poderes espiritual e secular. Ao poder absolutista era preponderante sufocar a vocação religiosa do indivíduo, bem como o exercício de seu arbítrio religioso; uniformizar a crença através da manutenção de uma religião oficial, estabelecida através da escolha do monarca, era um fator aglutinador social que advogava em favor da aceitação do governante e que agora via as suas bases de sustentação comprometidas pela insurgência religiosa dos protestantes.

[5] Tal enunciado estatui que a religião oficial de uma nação deva ser aquela professada pelo monarca governante do país.

Não é intento do presente estudo a análise percuciente acerca da Reforma Protestante e o seu respectivo movimento de resistência; o que se quer frisar é que a ideologia libertária, contígua dos reclamos populares pela escolha no exercício de crença, marca um passo importante na dimensão histórica e política de conquista dos direitos fundamentais. Erige-se - mesmo que embrionariamente – um ideário político-jurídico, que tem a liberdade como valor fundamental e exige do Estado e dos demais particulares um espaço de distanciamento que possibilite o desenvolvimento das possibilidades das esferas individuais. A Reforma Protestante significa severa advertência do individualismo burguês a respeito do Poder Estatal, no sentido de não se querer mais a sua ingerência na determinação do credo dos particulares, deixando ao alvedrio de cada cidadão a eleição da religião a ser seguida. A liberdade de crença e o exercício da profissão de fé por uma religião diversa daquela adotada pelo monarca e pela maioria dos cidadãos de uma comunidade são certamente alguns dos ganhos que a evolução do racionalismo trouxe à humanidade. Via oblíqua, a Reforma simboliza também um movimento de contestação das autoridades vigentes e do *status quo* prevalecente.

2.3 O progresso científico: a racionalidade humana demonstra a sua robustez

A Revolução Científica operada no Século XVI e XVII foi também fator que contribuiu sobremaneira para que o homem aumentasse o seu deslumbramento consigo mesmo: as inovações técnicas e o progresso da ciência fizeram com que o homem passasse a atribuir à sua própria racionalidade a qualidade diferenciadora em relação às demais espécies animais. Logo, era bastante intolerante com conhecimento humano que tivesse como justificativas quaisquer argumentos arbitrários e irracionais, tais como dogmas e crenças. Cultuava-se assim a capacidade crítica e reflexiva do ser humano, estabelecendo-se a perspectiva antropocêntrica na produção intelectiva e cultural, em substituição à perspectiva teocêntrica que vigorava anteriormente. Para ser garantida a capacidade crítico-reflexiva do cientista, seria necessário que este se despisse de todos os seus preconceitos e juízos prévios, na convicção de que tais conceitos seriam os responsáveis pela maculação de um conhecimento seguro. A neutralidade científica passa a ser cara aos pesquisadores neste momento, o que faz com que a metodologia científica vigente passe a exigir uma necessária fratura entre o sujeito que pesquisa e o objeto que é estudado. Mantendo-se o distanciamento entre os dois e, abandonando qualquer carga de subjetividade, a neutralidade do

experimentador passa a ser considerada como circunstância antecedente e necessária a qualquer experimentação científica.

À época, gozava de grande prestígio, na seara científica, o princípio da causalidade, que traduzia uma previsibilidade e exatidão na ocorrência dos fenômenos naturais. Trazemos o exemplo prático: estabelecia-se com toda a certeza a proposição de que **se** aquecido um metal, **então** ele se dilataria. Do mesmo modo, **se** um objeto fosse lançado ao solo, **então** a força da gravidade haveria de impulsioná-lo para baixo, em fórmulas previsíveis e exatas. Através do princípio da causalidade se formulavam juízos e teorias científicas.

Tendo sido descoberto o princípio da causalidade, inaugura-se, na seara das ciências exatas, uma era de "grandes certezas", lastreadas em conhecimentos pretensamente seguros e precisos. Para que se afirmasse a (in) ocorrência de um determinado evento, bastava que se conhecesse a (in) existência de suas respectivas causas; caso o cientista conseguisse esgotar as causas de um determinado evento, teria ele o controle absoluto do experimento científico, tornando-se apto a elaborar novas ilações relacionadas com o seu objeto de estudo.

Esta sensação de domínio a respeito dos fenômenos naturais trouxe ao ser humano um sentimento de "ufanismo antropológico" que criou ingenuamente um otimismo em relação ao futuro e ao progresso eterno e infinito da humanidade que, agora, se vê apta a prever - e evitar - os acontecimentos naturais, manipulando-os de tal maneira a se adequarem às suas conveniências e proveito.

Grande impulso a este pensamento foi dado pelo filósofo e matemático Galileu Galilei (1564-1642), que imaginava ser possível à humanidade decifrar todos os acontecimentos naturais, para isso bastando somente que se dominasse a linguagem da natureza. A saber:

> A filosofia está escrita neste enorme livro, que está continuamente aberto diante dos nossos olhos (refiro-me ao Universo), mas não pode ser entendido se antes não se aprende a entender a língua e os caracteres nos quais está escrito. Está escrito em língua matemática, e os caracteres são triângulos, círculos e outras figuras geométricas, sem as quais é impossível entender humanamente alguma palavra; sem estes meios é dar volta em vão num obscuro labirinto. (GALILEI,p.232)

Não obstante, Galileu foi um ardoroso defensor da idéia de que o grau de confiabilidade de uma ciência estava diretamente vinculado à sua conexão com a técnica. Assim, para que uma hipótese pudesse gozar do status de tese científica, ela haveria de ser exposta a um rigoroso processo de demonstração empírica, através de uma experimentação circunstanciada, controlada e dirigida. Somente se submetidas e aprovadas pelas aludidas demonstrações é que uma hipótese deveria ser aceita pela comunidade.

Assim como Descartes, Galileu rechaçava veementemente a ideologia da escolástica[6] vigente na sua época, que aceitava que o conhecimento científico fosse permeado pela noção de Revelação Divina, ou seja, que determinadas pessoas fossem iluminadas por uma autoridade superior da raça humana quando da construção do conhecimento. Com a rejeição de tal possibilidade, Galilei rompe com a premissa já cristalizada na humanidade que admitia a existência de uma ciência desenvolvida por homens, mas vinda de Deus por inspiração. Vale dizer que as descobertas de Galileu Galilei no ramo da astronomia[7], assim como a formulação de postulados básicos bem aceitos acerca da física mecânica[8], deram o respaldo necessário para que se subvertesse o sistema filosófico vigente naquela época.

É esta a guinada fundamental que os estudos de Descartes e Galileu promoveram na epistemologia: o abandono da anacrônica tradição ptolomaico-aristotélica[9] para uma nova concepção de ciência, calcada em pressupostos metodológicos racionalistas.

2.4 Isaac Newton: a submissão dos fenômenos naturais às leis da matemática. Noções absolutas de tempo e espaço

Embora não seja considerado como propriamente considerado um filósofo, Isaac Newton (1642- 1727) é autor de estudos que promovem uma profunda reflexão filosófica em seus leitores. Em sua principal obra, *Philosophiae naturalis principia mathematica*[10], Newton procura conciliar duas grandes correntes epistemológicas: o empirismo de Francis Bacon (1561- 1626) e o racionalismo de René Descartes (1596- 1650). Seus predicados de exímio investigador experimental tornam possível a conexão que promove a *experimentação* e a *matematização.*

---

[6] Por *escolástica* entende-se a gama de doutrinas filosóficas predominantes na Europa dos Séculos IX ao XVII, e que teciam considerações acerca da relação entre *fé* e *razão.* Toda classificação era uma espécie de reducionismo e, em sendo assim, um critério rasteiro e superficial de explicação. Lançamos mão da aludida classificação por valorizarmos o seu alcance pedagógico.

[7] Podemos citar, à guisa de registro, a teoria galileana que questionava a uniformidade do relevo lunar, considerada subversiva à época. Galileu afirmou que o relevo lunar tinha desníveis, tais como vales e montanhas terrestres, graças ao desenvolvimento do telescópio. Para maior detalhamento a respeito do fato, indicamos a obra *História da Filosofia Moderna:* da revolução científica a Hegel. São Paulo: Edições Loyola, 1999 de autoria de ROVIGHI, Sofia.

[8] Como exemplo pode-se citar a tese fundamental da mecânica galileana que é o chamado *princípio da inércia.*

[9] É assim chamada a concepção de ciência anterior ao racionalismo filosófico-científico. Dentre outros aspectos, tal doutrina entendia que a Terra seria o centro do universo, idéia que foi severamente controvertida pelos astrônomos contemporâneos da Revolução Científica. Outra característica da doutrina em questão é interessar-se pela finalidade dos fenômenos, e não precipuamente nas causas que os ensejaram.

[10] A expressão latina é traduzida para o vernáculo como “Princípios Matemáticos da Filosofia Natural”.

Inveterado adepto ao raciocínio indutivista, o cientista afirmava que o método científico consistia em fazer experimentos e observações, deles derivando conclusões gerais mediante à operação lógica da indução, assumindo as causas descobertas e estabelecendo assim proposições, teoremas e axiomas oriundos da resolução dos problemas estabelecidos. Crê Newton que o pesquisador que segue o método científico esgota e desvenda as causas de um determinado evento, através da demonstração empírica de sua ocorrência e sua posterior problematização. Dominando as causas de um determinado evento natural, seria possível manipulá-lo ao ponto de prever a sua e/ou inibir a sua ocorrência, com a incisiva dominação da natureza pelo homem que a decifra mediante leis matemáticas[11]. As proposições matemáticas provenientes da experimentação seriam a coerência e a previsibilidade que embasariam o princípio da causalidade positivista. O mundo seria como um imenso relógio, com suas engrenagens harmônicas, ditadas e controladas por uma entidade superior ordenadora e mantenedora da sintonia dos fenômenos físicos, orquestrados através de relações diretas de causa e efeito. E, assim como já dito, o cientista teria a incumbência de ler/conhecer/dominar a natureza através de estabelecimento de proposições demonstráveis:

> Oxalá pudéssemos também derivar os outros fenômenos da natureza dos princípios mecânicos, por meio do mesmo gênero de argumentos, porque muitas razões me levam a suspeitar que todos esses fenômenos podem depender de certas forças pelas quais as partículas dos corpos, por causas ainda desconhecidas, ou se impelem mutuamente juntando-se segundo figuras regulares, ou são repelidas e retrocedem umas em relação às outras. Ignorando essas forças, os filósofos tentaram em vão até agora a pesquisa da natureza. Espero, no entanto, que os princípios aqui estabelecidos tragam alguma luz sobre esse ponto ou sobre algum método melhor de filosofar. (NEWTON, 1996, p.18).

Em sua empresa de tentar estabelecer uma filosofia experimental/natural[12], Newton postula a existência de regras do raciocínio filosófico[13] que acabam por funcionar como pilares de todo o seu pensamento: o estudo e descoberta das causas e efeitos dos fenômenos

---

[11] Mais tarde, os filósofos conhecidos como integrantes da "1ª Escola de Frankfurt" qualificam essa faceta da racionalidade humana da técnica de influenciar e intervir na natureza como "*razão instrumental"*. Pensadores como Horkheimer, Adorno e Marcuse identificaram no paradigma típico da ciência positivista o aspecto de *instrumentalidade* da razão que procura *dominar* a natureza.

[12] Ressalte-se que o termo "*filosofia natural"* recorrentemente usado por Isaac Newton é a área do saber humano que hoje denominamos de *física.* Com isso, Newton dá novo propósito ao estudo filosófico: a contemplação dos fenômenos naturais através dos sentidos humanos e as suas respectivas explicações através de teoremas e proposições matemáticas.

[13] "Regra I: *Não devemos admitir mais causas para as coisas naturais do que aquelas que são tanto verdadeiras como suficientes para explicar as suas aparências*. Regra II: *Por isso, tanto quanto possível, aos mesmos efeitos devemos atribuir as mesmas causas.* Regra III: *As qualidades dos corpos que não admitem aumento nem diminuição de grau e que se descobre pertencerem a todos os corpos no interior do âmbito dos nossos experimentos devem ser consideradas qualidades universais de todos os corpos*" (NEWTON *apud* REALE, 1990, p. 296-297).

naturais, com o seu enfoque problematizador e a sua ulterior elucidação através de fórmulas e leis universais matemáticas[14]. Para tanto, indispensável então conhecer e mensurar as qualidades dos corpos naturais através de experimentos controlados, identificando neles as suas características, atributos e propriedades fundamentais - tais como a extensão, resistência e peso - que dariam instrumental teórico suficiente para a elaboração de teses científicas embasadas e justificadas.

As regras do raciocínio filosófico que Newton estatuiu, e que acabam por funcionar como pressupostos metodológicos, trazem consigo a ideologia subjacente de que a natureza seria simples e uniforme. A natureza e a realidade dos fatos seriam uma irrevogável chamada ao cientista, que deveria abandonar quaisquer hipóteses gratuitas e/ou indemonstráveis: o atestado de aceitabilidade de uma proposição científica dar-se-ia pela correlação adequada entre o estado de coisas naturais sobre as quais estabelece uma pretensão de validade e a sua demonstrabilidade experimental.

> Eu não invento hipóteses. Com efeito, tudo aquilo que não é deduzido dos fenômenos deve ser chamado de *hipótese*. E as hipóteses, tanto metafísicas quanto físicas, tanto de qualidades ocultas como mecânicas, não têm nenhum lugar na filosofia experimental. Em tal filosofia, as proposições particulares são deduzidas dos fenômenos e, posteriormente, tornadas gerais por indução. Foi assim que se descobriu a impenetrabilidade, a mobilidade e a força dos corpos, bem como as leis do movimento e da gravitação.[15] (NEWTON apud REALE, 1990, p.301)

Condição de possibilidade para a existência da física mecânica de Isaac Newton é o trabalho com noções absolutas de tempo e de espaço. Por estabelecer correlações matemáticas e conexões lógicas na ocorrência de fenômenos naturais, como o faz quando arrola as leis do movimento[16], Newton é compelido forçosamente a trabalhar com um sistema de referências imutável, apto a manter a credibilidade do experimento. Ora, o estado de um corpo só pode ser determinado em relação a outros corpos, que por sua vez também estará em quietude ou em movimento. Daí que as condições espaço - temporais são elementos indispensáveis nas análises dos movimentos dos fenômenos físicos, na medição de massa dos corpos, no estabelecimento das órbitas dos planetas, na aceleração de um móvel. Os conceitos de tempo

---

[14] É de saltar aos olhos a influência do pensamento galileano nos estudos de Isaac Newton.

[15]Desse raciocínio empirista newtoniano deriva a sua máxima científica consagrada e que por muito tempo perdurou como inquestionável: *"Hypotheses non fingo"*.

[16] "*A* primeira lei *é a* lei da inércia, *na qual havia trabalhado Galileu e que Descartes havia formulado com toda a sua exatidão. Assim, Newton escreve: ´*Todo corpo persevera em seu estado de quietude ou de movimento retilíneo uniforme, a menos que seja forçado a mudar esse estado por força sobre ele exercidas´. (...) *A* segunda lei, *já formulada por Galileu, diz que ´*a mudança de movimento é proporcional à força motriz exercida e ocorre na direção da linha reta segundo a qual a força foi exercida´. (...) *A* terceira lei, *formulada por Newton, afirma que ´*a toda ação se opõe sempre uma igual reação, ou seja, as ações recíprocas de dois corpos são sempre iguais e dirigidas para direções contrárias". (REALE; ANTISERI, 1990, p.302-303).

e espaço absolutos acabam por serem tomados como ferramentas operacionais indissociáveis da física mecânica. No dizer de Newton:

> I. O tempo absoluto, verdadeiro e matemático flui sempre igual por si mesmo e por sua natureza, sem relação com coisa nenhuma externa, chamando-se com outro nome "duração"; o tempo relativo, aparente e vulgar é certa medida sensível e externa de duração por meio do movimento (seja exata, seja desigual), a qual vulgarmente se usa em vez do tempo verdadeiro, como são a hora, o dia, o mês, o ano.
> II. O espaço absoluto, por sua natureza, sem nenhuma relação com algo externo, permanece sempre semelhante e imóvel; o relativo é certa medida ou dimensão móvel desse espaço, a qual nossos sentidos definem por sua situação relativamente aos corpos, e que a plebe emprega em vez do espaço imóvel, como é a dimensão do espaço subterrâneo, aéreo ou celeste definida por sua situação relativamente à terra. (NEWTON, 1996, p.24).

Não bastasse o vasto legado de Newton para a física e a mecânica clássicas, o seu programa de pesquisa reajusta o foco do conhecimento científico ao renunciar a busca pela essência, causas essenciais, ou pela substância das coisas. Os modelos explicativos ofertados pela racionalidade científica newtoniana entendem as suas limitações, admitem-nas, bastando agora explicar o mundo através do exercício de explicação de funções. Ou seja, embora Newton tenha posto a termos claros a lei da gravidade, admite o pensador que não conseguiu revelar eventual essência da lei da gravidade. Revelar uma pretensa coerência, uniformidade e lógica na estrutura do universo através da repetitividade dos fenômenos físicos é tarefa distinta da busca pela essência do objeto, ou mesmo a sua substância[17].

2.5 O racionalismo filosófico e a substituição do sistema tradicional de filosofia e ciência

Expressão máxima desse racionalismo é a filosofia desenvolvida por René Descartes (1596-1650). Tido como o pai da filosofia moderna, o pensador francês exaltou o juízo crítico e a capacidade humana de discernir acerca do que seria racional do irracional e classificou esse atributo como o instrumental suficiente para a elaboração de um saber deveras científico, imune a axiomas[18] ou elementos de fé.

Ao promover o desligamento do estudo filosófico e científico dos aspectos religiosos/ dogmáticos, Descartes não mais aceitava a validade de uma teoria somente em virtude das

[17] O que era o que a filosofia se propunha até então.
[18] Por axioma entenda-se a premissa que se tem por evidente sem a necessidade de demonstração.

qualidades subjetivas daquele que a expunha. Uma hipótese somente poderia ser tida como correta se submetida aos rigores de sucessivas experimentações e demonstrações científicas, pouco importando o fato de que quem a tenha formulado fora uma autoridade, seja ela de ordem religiosa, política ou acadêmica.

Outro atributo da filosofia cartesiana é a inadmissão da possibilidade de incerteza, imprecisão ou imprevisibilidade em qualquer teoria que se pretenda científica, sendo a busca pela verdade o seu maior empreendimento. Assim, o que se tem por referência neste momento não é mais a busca por uma essência do objeto de experimentação, mas sim o sujeito que desenvolve a pesquisa, metodicamente elaborada.

> A aplicação das regras do método leva assim à descoberta de uma verdade que, retroagindo, confirma a validez das mesmas regras para qualquer saber. O banco de prova do novo saber, filosófico e científico é, portanto, o sujeito humano, a consciência racional, e em todos os ramos do conhecimento o homem deve proceder nas cadeias das deduções a partir de verdades claras e distintas ou de princípios auto-evidentes. A filosofia não é mais, portanto, a ciência do ser, e sim a doutrina do conhecimento, gnosiologia. Esta é a reviravolta que Descartes imprime na filosofia. (REALE; ANTISERI, 2004, p. 291).

Obstinado com a idéia de traçar um conhecimento realmente seguro, e por isso científico, Descartes formulou estratégia metodológica que buscava garantir a certeza e exatidão dos postulados epistemológicos. Influenciado pelas descobertas na área das ciências exatas[19], Descartes identificou, na matemática, um pretenso traço comum a todas as áreas da ciência[20,] e que seria garante da fidedignidade de toda produção intelectual humana.

Crente na noção da existência de repetitividade e coerência no acontecimento dos fenômenos naturais, Descartes apregoava que caberia ao homem, através de criteriosa investigação, submetida a forte rigor metodológico, alcançar a verdade acerca do

---

[19] Embora no paradigma filosófico contemporâneo não mais se admita mais uma nítida partição entre *ciências exatas* (tidas como aquelas pretensamente exatas e previsíveis, tais como a matemática e a física) e *ciências do espírito* (entendidas com aquelas que são produtos da cultura humana, tais como a sociologia e o direito), vigorava naquela época uma distinção que as supunha hermeticamente segregadas. Durante muito tempo se classificaram determinados ramos da ciência como mais dotados de exatidão e certeza se comparados aos outros, com fundamento em critérios hoje muito questionados. Para maior aprofundamento a respeito do tema, inclusive com a demonstração da insuficiência teórico-metodológica dessa distinção, indicamos a obra *Verdade e Método* de Hans-Georg Gadamer.

[20] Frise-se que a noção de que a realidade poderia ser descrita em linguagem matemática tem suas reminiscências nos estudos filósofos pré-socráticos pitagóricos: "Em primeiro lugar, os pitagóricos notaram como a música (que cultivavam como meio de purificação) era traduzível por número e por determinações numéricas (...)E ao estudar diferentes fenômenos do cosmo, também neste âmbito notaram a incidência determinante do número: são precisas leis numéricas que determinam o ano, as estações, os dias, etc.; são precisas leis numéricas que regulam os tempos de incubação do feto, os ciclos de desenvolvimento e os diferentes fenômenos da vida. E compreende-se que, uma vez descobertas essas correspondências entre os fenômenos de diferentes gêneros e números, os pitagóricos fossem em seguida levados a construir também correspondências inexistentes e, neste caminho, caíssem em arbitrários e estéreis jogos de identificação de vários aspectos da realidade com o número, que beiravam o fantástico." (REALE, 1993, p.75 e seguintes).

funcionamento do mundo. Tal método residiria no estabelecimento duma longa cadeia de razões, que concatenariam pensamentos simples e decompostos, formando enunciados mais complexos dos que aqueles anteriormente expostos. O primeiro passo para tal missão seria estabelecer premissas claras e imaculadas de dúvidas, para em seguida sistematizar as suas relações[21]. É esta a regra da evidência cartesiana. In verbis:

> (..) nunca aceitar coisa alguma como verdadeira sem que a conhecesse evidentemente como tal; ou seja, evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção, e não incluir em meus juízos nada além daquilo que se apresentasse tão clara e distintamente a meu espírito, que eu não tivesse nenhuma ocasião de pô-lo em dúvida. (DESCARTES, 1996, p.23).

Como já dito alhures, ao se perceber certa lógica na ocorrência dos fenômenos naturais[22], o universo foi idealizado tal qual uma máquina em perfeito funcionamento, sendo regida por regras e leis gerais, como se fossem coordenadas engrenagens em um movimento harmonioso de regência. Surgia daí o que comumente se diz de uma visão mecanicista do mundo. Vislumbrando ser possível a previsão da ocorrência dos fenômenos naturais, os estudiosos da ciência e da filosofia começaram por atribuir maior importância ao estudo das relações de causa e efeito dos aludidos fenômenos, imaginando-se que, dominando-se as causas dos fenômenos, poder-se-ia tornar conjeturar, em bases sólidas, acerca de todos os acontecimentos futuros.

2.6 Immanuel Kant: O auxílio do antropocentrismo e o racionalismo na elaboração de novos critérios de justificação para a Moral e para o Direito. A liberdade como expressão máxima da racionalidade.

2.6.1 Especulações sobre a razão pura: as capacidades cognoscitivas humanas e os limites do conhecimento: A reviravolta copernicana

[21] É o chamado *método científico dedutivo*, ainda muito prestigiado pela ciência contemporânea.
[22] As conquistas no campo da física foram determinantes para que se imaginasse que tudo seria passível de uma redução a fórmulas exatas, matemáticas, fazendo com que o mundo pudesse ser previsível.

Immanuel Kant (1724-1804) é certamente um dos filósofos que promoveram maior impacto na epistemologia científica na história da humanidade. Inserido historicamente no contexto ideológico humanista e antropocentrista, Kant quer imprimir à filosofia a consecução de resultados tão satisfatórios quanto aqueles alcançados pelas novas ciências, dita positivas. E, assim como os estudiosos daquelas epistemologias, Kant adota o modelo explicativo típico do paradigma positivista oriundo do racionalismo filosófico de que tudo na natureza age segundo leis[23], de que há sistemas coerentes e previsíveis, regidos por normatizações harmônicas e imutáveis a serem desvendadas pelo homem.

Para tanto, esquadrinha uma teoria do conhecimento que centra as suas atenções na razão e nas capacidades cognoscitivas humanas[24]. Até que ponto as sensações proporcionadas pelos sentidos humanos são imprescindíveis para a construção de um conhecimento? O homem conseguiria construir um conhecimento científico / positivo sem ter que se recorrer ao mundo exterior, captado pela sensibilidade? Kant formula então, em sua obra *De mundi sensibilis atque intelligibilis forma et principiis*[25], o construto filosófico de conhecimento sensível em contraponto ao conhecimento inteligível. O traço diferenciador das duas searas epistemológicas é que o primeiro seria constituído pela presença do objeto e a conseqüente receptividade pelo sujeito cognoscente, através da compreensão dos fenômenos. Já na seara do conhecimento inteligível, encontrar-se-ia a metafísica, inspirada agora em novas bases filosóficas, a serem esmiuçadas no decorrer da presente explanação.

O estudo crítico kantiano acerca das faculdades racionais e dos limites e condições da formulação do conhecimento sensível vinculam-se às justificações teórico-filosóficas da Ciência: em síntese, Kant procura formular as próprias condições de possibilidade de existência de um conhecimento científico. E, para tanto, perscruta qual tipo de conhecimento (in) depende da experimentação empírica, demonstrável. Para estabelecer então qual seria o tipo de conhecimento racional, nenhuma outra entidade gozaria de permissão justificante para esse julgamento, senão a própria razão:

---

[23] Cf. KANT, 1995, p.47.

[24] *"O que eu posso saber? O que eu devo fazer? O que eu posso esperar?"*. São esses os questionamentos elementares sobre os quais se desenvolve toda a reflexão crítica que Kant assume a partir de 1770, e que serão os nossos objetos de referência quando tratarmos do autor, embora haja várias obras anteriores a esta etapa da produção acadêmico-filosófica do autor. Contudo, reputamos insipiente a rememoração de obras do período anterior para atender os intentos do presente trabalho.

[25] A obra em referência foi apresentada por Immanuel Kant a um concurso acadêmico para se ocupar o posto de professor ordinário da cátedra de lógica e metafísica. Tal obra dissertativa representa um marco de passagem dos seus escritos pré-críticos para a formulação de um *criticismo transcendental*, que é comumente reconhecido como o momento mais fecundo da obra kantiana.

> Estabelecer os limites do conhecimento em face dos excessos do dogmatismo e do empirismo é a tarefa da crítica, que consiste no julgamento da razão, pelo tribunal da razão, uma vez que somente a razão pode julgar a si mesma. Kant tenta provar a validade dos conceitos da razão por intermédio de sua Filosofia Transcendental: parte do fato e, por reflexão sobre esse fato, estabelece suas condições de possibilidade.
> As condições de possibilidade da ciência são transcendentais, por estarem implícitas, não podendo ser deduzidas de outro fato, caso haveria uma dedução ao infinito. O conhecimento transcendental é aquele que se dirige, portanto, não à matéria do conhecimento, mas às suas condições de possibilidade, que são *a priori*. (GOMES, 2004, p.95-96).

A razão assume então a autoridade epistemológica máxima, pois julga as suas próprias bases de operacionalização, estabelecendo os limites e os contornos da formulação de conhecimento para si mesma, seja com o auxílio do ambiente externo captado pelos sentidos humanos, seja através das formas puras de racionalidade, que independeriam do contato sensível/empírico do ser humano com o mundo exterior. Aquilata-se assim à tradicional filosofia o contributo qualitativo do conhecimento formal[26], imbuído da explanação das formas do entendimento da própria razão humana, das regras gerais do pensamento que governam o conhecimento do objeto pelo ser humano. E são justamente as condições necessárias que se encontram no homem para que ele seja apto a formular teorias seguras acerca da realidade que o método transcendental da filosofia kantiana quer explicitar:

> Chamo transcendental todo o conhecimento que não se ocupa tanto de objetos, como do nosso modo de conhecer os objetos, na medida em que isto seja possível a priori. Um sistema de tais conceitos denominar-se-ia filosofia transcendental.[27]. (KANT, 1987, p.26).

De toda sorte, o que há de mais relevante nas teorias críticas kantianas é o fato de que o filósofo imprime uma mudança de perspectiva em todo o estudo filosófico, em toda a história da humanidade; não há mais a tentativa de se alcançar uma pretensa forma ou substância comum aos objetos que lhes dariam a qualidade de universais. Embora admita que possa haver uma substância ou forma da coisa-em-si, Kant estatui ser tarefa inócua para o filósofo tentar perquiri-las. O que o ser humano poderia captar e apreender seria a coisa-para-mim, expressada através dos fenômenos. Daí se diz que Kant elabora a chamada Revolução Copernicana[28], porque, assim como Nicolau Copérnico (1473-1543), estabelece em seu sistema cosmológico que não é o Sol que gira em torno do planeta Terra, mas sim nosso

[26] Em contraposição a uma outra sorte de conhecimento, que seria o conhecimento material.
[27] "A filosofia de Kant apresenta-se como uma filosofia de reflexão. Como reflexiva é um movimento de interiorização que começa na Crítica da Razão Pura pelo conceito de fenômeno, cuja matéria é já algo que se dá no sujeito, distanciando-se das formas a priori da sensibilidade e do entendimento". (SALGADO, 1993, p. 80).
[28] É do próprio Kant a analogia em alusão.

planeta que orbita o Sol; Kant apregoa que no processo de formulação do conhecimento humano, não é o homem que deve girar em torno do objeto, mas sim o objeto que circunda o ser humano. Assim, o conhecimento pressupõe a sensibilidade - que é o contato que o ser humano possui com a realidade externa, através de seus sentidos, como a visão, a audição, o tato - mas que deve ser devidamente processada pelo aparato intelectual humano para o seu regular entendimento. Introduz-se o dado da sensibilidade ao intelecto humano para que a razão promova a sua organização e regulação através da função racional cognitiva denominada entendimento. Há com isso, na Crítica da Razão Pura, um espaço negativo de atuação da razão no processo do conhecimento, vinculado diretamente à impossibilidade de apreensão da coisa-em-si, que embora possa existir, a sua substância ou forma serão inacessíveis ao ser humano.

Forçoso anotar que, embora indique significativa mudança em inúmeras nuanças e características da doutrina de Platão[29] (429-347 a.C.), Kant mantém a dualidade sujeito versus natureza na explicação da realidade, mas coloca limites e fronteiras para o conhecimento humano. Procede então a distinção entre a coisa-em-si (noumenon) e a coisa-para-mim (o fenômeno kantiano tem suas bases no construto filosófico grego phainesthai), estabelecendo a incapacidade cognoscitiva humana em captar a forma ou a substância da coisa-em-si considerada.

Para que a razão promova a regular interiorização e organização da matéria sensível, no intelecto humano, ela se vale de condições estruturais ou formas puras da sensibilidade: as noções de tempo e espaço, que não teriam existências em si mesmas consideradas, nem tampouco seriam consideradas como realidades ontológicas, mas seriam atributos da racionalidade humana. Seriam condições formais do sensível no sentido interno humano,

[29] Filósofo grego discípulo de Sócrates que inova no estudo filosófico ao explicar a realidade através do raciocínio de distinção de um mundo palpável, acessível aos seres humanos, chamado *mundo sensível* que seria na verdade uma cópia imperfeita de um mundo no qual repousam as entidades reais, denominado *mundo inteligível.* Contudo, esta esfera da realidade não seria acessível aos homens através dos seus sentidos, que sempre conduziriam o homem ao engodo e a conhecimentos equivocados. Para Platão, a *forma* da coisa-em-si não estaria disponível no campo do mundo sensível, mas sim na esfera do mundo inteligível, também indigitado como sendo o *mundo das idéias.* Tal artifício teórico de explicação da realidade fundado por Platão é chamado de *metafísica,* por ultrapassar os limites do físico em sua constituição. O mundo *físico* e *sensível* seria fugaz, perene, por ser apenas uma cópia imperfeita das entidades existentes no mundo metafísico. Já no *mundo das idéias* existiriam as causas e formas perfeitas dos seres, a serem copiadas como meras sombras para os seres humanos do mundo sensível. Como exemplo, citamos a entidade *verdade*: no pensamento platônico, a entidade *verdade* repousaria perenemente no mundo inteligível, possuindo uma forma ínsita à sua ontologia. Caberia à linguagem humana então a relação de identidade entre as entidades metafísicas e a realidade do mundo sensível, como garantia de autenticidade da proposição. Quanto maior o *isomorfismo* entre a linguagem que se exterioriza e a entidade metafísica que ela representa, maior seria a qualidade da proposição verbal. Em Platão, toma-se então a linguagem sob um aspecto meramente *instrumental*, sendo instrumento colocado à disposição dos seres humanos para representação das realidades metafísicas, que teria como critério de aferição qualitativa o grau de proximidade entre o fonema e a entidade metafísica representada.

formas puras da intuição sensível que se encontrariam internamente no sujeito, como modos como o sujeito capta sensivelmente as coisas. Sendo todo conhecimento dependente da experiência, vemos que toda a experimentação é mediada pelas noções humanas de tempo e espaço, pois toda e qualquer sensação humana é captada como estando em determinado por condições espaço - temporais.

2.6.1.2 Os juízos analíticos e sintéticos (e suas formas a *priori* e a *posteriori*)

Como já dito, é pedra angular de todo o criticismo transcendental kantiano a diferenciação entre conhecimentos oriundos da experimentação e conhecimentos ínsitos à racionalidade humana, independentes de contato e experimentação sensível. Sendo a Ciência um saber que se demonstra através de proposições, Kant inquire qual a modalidade dessas proposições expressadas pelo conhecimento científico. Seriam elas dependentes de contato com o mundo externo através dos sentidos que trariam as sensações? Sendo derivadas de demonstrações empíricas, qual a garantia da sua certeza e exatidão? Ou as proposições científicas seriam consideradas alheias e independentes de demonstração? Caminho necessário de Kant para responder a tais perguntas foi a formulação de modalidades de juízos[30], divididos em analíticos e sintéticos, sendo que estes, por sua vez, se subdividem em a priori e a posteriori. A saber:

a) *Juízo Analítico:* Esse é um juízo que não acrescenta nem amplifica o *conhecer*, pois em sua estrutura de sujeito e predicado só há uma remissão implícita que o predicado faz ao próprio sujeito. Quando afirmamos que "*Um quadrado é uma figura geométrica de quatro lados iguais*", não acrescentamos nenhuma informação a ser submetida à demonstração, pois são inerentes ao conceito de "quadrado" os fatos de ser ele uma figura geométrica, bem como o de possuir quatro lados iguais. Contudo, para Kant, um juízo analítico prescinde de experimentação, pois é um juízo no qual expressamos de modo diferente o mesmo conceito que está contido no sujeito. Por prescindirem de experimentações e demonstrações empíricas, os juízos analíticos são classificados como juízos *a priori.* E em que pese não serem ampliadores do conhecimento científico, os juízos analíticos são sobejamente utilizados pela Ciência, pois esta constata o seu valor didático para a proposição de juízos e a confirmação de

[30] Cf. KANT, 1994. p. 36-57.

teses, pois um juízo analítico sempre se mostra útil para esclarecer determinados conceitos. Por óbvio, o fundamento de validade dos juízos analíticos é o fato de que eles devem preservar o *princípio da identidade* e o *princípio da não-contradição.* Ora, eu nunca poderia querer dizer que um "*corpo não possui peso*", pois é elemento do conceito de "corpo" o atributo de ele ser "pesado". Usando o exemplo *supra* citado, não é possível que eu queira propugnar que "*o quadrado é uma figura geométrica de três lados diferentes*", pois se é um "quadrado", ele deve necessariamente obedecer à regra geométrica de não apenas possuir quatro lados, mas também que esses lados sejam necessariamente iguais.

b) *Juízo Sintético*: Em contraponto aos juízos analíticos, os juízos sintéticos sempre trazem uma contribuição para o conhecimento científico, por apregoarem características no predicado algo que não estava implicitamente contido no sujeito da proposição expressada pelo juízo. Ultrapassam-se as características do sujeito demonstradas na proposição do juízo, acrescendo-lhe uma característica que não é dantes verificada. Contudo, os juízos sintéticos podem ser classificados em:

> b.1) *Juízo Sintético a posteriori*: O acréscimo de conhecimento científico se dá após a experimentação e a demonstração empírica. Quando eu digo que um determinado livro pesa quatrocentos gramas, é por que eu passei pela etapa necessária da pesagem do objeto. Somente com a experimentação é que foi possível que eu construísse esse juízo, o que faz com que não se possa dar-lhes o atributo de certeza, previsibilidade e exatidão que reclama o conhecimento científico, por ser sempre dependente de uma demonstração empírica posterior[31]. Resta claro que o fundamento de validade dos juízos sintéticos *a posteriori* é a experiência.
>
> b.2) *Juízo Sintético a priori*: Como é classificado como sintético, também é condicionado à experiência, embora não seja necessário que se proceda a

[31] Kant absorve claramente as críticas dos empiristas, capitaneados por David Hume, que bradavam que os juízos advindos da experimentação e do método indutivo não seriam suficientes para garantir a previsibilidade e a exatidão que a Ciência acreditava ter. É célebre o argumento de Hume que coloca em dúvida até mesmo a ocorrência do crepúsculo matutino no dia seguinte, pois o fato do Sol ter nascido durante toda a história da humanidade não traria o condão de convencer que o Sol nasceria amanhã. Outro exemplo que trazemos é aquele no qual um homem que se diz imortal: até que ocorra a sua morte, não se pode dizê-lo equivocado. Logo, tal juízo estaria condicionado à experiência, não podendo ser tomado como verdadeiro ou falso até que a prova empírica tenha sido procedida. Essas idéias de Hume o fizeram ser qualificado por Kant como um "homem maduro" que o teria feito despertar de um "sono dogmático". Kant procura formular juízos que dariam à Ciência a necessária certeza e exatidão que tanto se perseguia.

> experimentação em todos os casos[32]. Logicamente não se baseia somente nos princípios da *identidade* e da *não-contradição,* pois diferentemente dos juízos analíticos, aquilo que eles carreiam em suas proposições não é uma simples relação de conexão de um predicado idêntico ao sujeito. Esses seriam os juízos dos quais se vale a Ciência em suas proposições de leis naturais ou matemáticas. Para Kant, um juízo de geometria euclidiana não seria analítico. Reale e Antiseri, ao citar Kant, tem um exemplo deveras elucidativo: "A proposição de que a linha reta é a mais breve [distância] entre dois pontos é uma proposição sintética [e em sendo assim, acresce informações ao sujeito reta], porque o conceito de reta não contém determinações de quantidade, mas só de qualidade"(1990, p.872). Os juízos sintéticos *a priori* guardariam consigo então a característica de serem universais e necessários, mesmo que guardem essa correlação com a experiência, conforme já elucidado.

Com isso Kant salva o conhecimento científico do descrédito filosófico que a corrente empirista opunha aos racionalistas, crédulos da existência da possibilidade de conhecimentos seguros sem a necessidade de ulterior experimentação empírica comprovadora da verdade da proposição. Demarca-se com clareza em Kant "o que eu posso *conhecer"*, que se difere de "o que eu posso *pensar*". Com a submissão das sensações externas ao aparato intelectual humano e sua conseqüente organização e arranjo, é que se dá o *entendimento* humano. Logo, o ser humano só pode *conhecer* aquilo que lhe é acessível por meio das sensações oriundas dos fenômenos e posteriormente processado pela mente humana. Querer afirmar algo além da experiência sensorial - como Deus, ou a imortalidade da alma - seria caminho inexoravelmente fadado à contradição e ilusão.

2.6.2 A razão prática kantiana como substrato teórico ao fundamento de validade do Direito: Os imperativos categóricos.

[32] "O juízo sintético a posteriori, vimos, é aquele que entra a experiência, que liga o predicado ao sujeito. O juízo sintético a priori, embora não precisa da experiência de todos os casos, pressupõe a experiência. O a priori não significa, aqui, independência completa em relação à experiência: quando afirmamos que um corpo é pesado, vimos que esse juízo é sintético a posteriori por que fizemos a experiência que tornou possível ligar ao sujeito corpo o predicado peso. Quando, entretanto, afirmamos que todo o corpo é pesado, esse juízo é um juízo sintético a priori **justamente por que não fizemos – e nem podemos fazer- a experiência referente ao peso de todos os corpos.** Isso não significa, entretanto, que a experiência seja descartável nesse juízo sintético a priori. A experiência é necessária, e aí está a sua importância, mesmo no juízo sintético a priori".(GOMES, 2004, p. 97, grifo nosso).

Em seu processo de reflexão crítica que se dobra sobre si mesma, a racionalidade humana teria, para Kant, duas facetas, quais sejam a teórica e a sua faceta prática. Assim como já exposto na *Crítica da Razão Pura*, ele estabelece quais seriam as leis da natureza no processo de produção epistemológica, onde o filósofo imaginava descortinar assim, da mesma maneira que os pensadores das ciências exatas, leis universais de funcionamento da *natureza.* A coisa-em-si se evidenciando através dos fenômenos, produzindo sensações nos sujeitos e que são respectivamente organizadas pela racionalidade humana, estabelecendo destarte *o que a razão pode conhecer*, no estudo de como os objetos da natureza se relacionam.

Entretanto, Kant considera haver um momento mais avançado da racionalidade, que é aquela etapa na qual ela estatui regras e leis universais para si própria, independentemente das condições culturais, geográficas e históricas daquele ser humano que a detém. Para tanto, o sistema moral kantiano parte do pressuposto metodológico de que há uma *lei moral absoluta* e imutável, e que a racionalidade humana seria capaz de desvendá-la. Mas, para isso, a condição imprescindível seria que a razão humana tivesse sido exercida de maneira livre, o que faz com que a idéia de *liberdade* seja o fundamento e condição de possibilidade não apenas da razão prática humana, como também da existência da *lei moral* em referência:

> A razão prática é a faculdade que temos de agir por princípios ou máximas, as quais somente tornam possível uma ação entendida como um acontecimento que tem origem na vontade. **Dizer que o homem tem vontade é dizer que ele pode representar-se uma lei e agir de acordo com ela.** Essa faculdade de "determinar-se na ação segundo a representação de certas leis", ou seja, segundo máximas, é a que Kant chama razão prática ou vontade. A razão teórica detecta as leis segundo as quais os objetos da natureza se relacionam. **A razão prática ou vontade representa, a si, segundo as quais o ser racional deve agir.** (SALGADO, 1993, p. 130, grifo nosso).

Kant difere então as *ações morais* das demais condutas humanas, tendo como critério distintivo entre elas o liame subjetivo que as estimula. Para que seja uma ação racional – e por conseguinte, moral - ela deve ter sido provocada tão somente pela satisfação do cumprimento de um dever moral. Caso um homem aja com vistas a receber um determinado prêmio ou visando evitar eventuais sanções, não se poderá dizer que a sua aludida ação foi *moral.* Nesta senda, se alguém se habilita a auxiliar outrem por temor a uma paga no além ou a imposição de castigo por uma entidade divina, não se pode dizer que esse auxílio foi uma conduta moral/racional, por mais nobre que tal gesto possa parecer. Àquelas condutas

humanas estimuladas por promessas de prêmios ou por outras categorias de inclinações[33] Kant atribui a denominação de *imperativos hipotéticos*. Não poderiam ser elas classificadas como ações morais, tendo em vista que têm por escopo a produção de sensações prazerosas ou o temor a eventual castigo, e não apenas a missão de *satisfação do dever racional*. Se foram os instintos e as sensações que determinaram uma determinada conduta humana, não se poderá dizer que a ação é moral, pois a moralidade kantiana pressupõe o exercício da racionalidade como justificativa das máximas.

Mas como saber se uma determinada conduta satisfaz somente o cumprimento do dever racional, afastando o homem dos apelos de seus instintos egoísticos ou hedonistas? A resposta reside na elaboração de parâmetros de *universalização* das máximas de condutas humanas, que passam a servir como elemento abalizador para tal empreitada. Kant estabelece com isso o construto filosófico dos *imperativos categóricos*, que passam a ser usados como fórmulas metodológicas para a aferição da racionalidade/moralidade de uma determinada conduta.

Os supracitados *imperativos categóricos* seriam condutas necessárias por si mesmas, objetivamente boas e independentes do alcance de outra finalidade, senão a do cumprimento do dever de agir racionalmente[34]. Se por uma banda o ser humano possui sensações e inclinações que comprometeriam as suas condutas, ele também é detentor uma faceta de racionalidade que o permitiria agir de acordo e sintonia com a *lei moral*[35], que possuiria existência objetiva, em contraponto com a *máxima* de ação humana, que por seu turno teria existência subjetiva[36]. Como ser racional o homem teria a possibilidade de conhecer a lei moral através dos imperativos categóricos, que se traduzem na expressão "Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal" (KANT, 1995, p. 49)[37]. É este o princípio supremo da moralidade kantiana, que se compõe no binômio conduta humana *versus* viabilidade da aceitabilidade racional de sua universalização. A saber:

---

[33] As inclinações podem estimular condutas humanas, afastando o homem de suas faculdades racionais, tendo em vista "a dependência que a faculdade de desejar está em face das sensações". (KANT, 1995, p. 49).
[34] Cf. KANT, 1995, p. 49.
[35] Não é redundante repisar que a suscetibilidade do homem em se guiar por sensações seria expressão de sua faceta sensível, ao passo que o homem que estabelece suas próprias normas de conduta seria a manifestação da inteligibilidade que o homem também possui. Mais uma vez atente-se para a explicação da realidade do mundo com base na distinção, já promovida por Platão, entre dois mundos: o mundo fenomênico (composto pela sensibilidade e pela apreensão do dado empírico) e o mundo numênico (que em Kant é o exercício pleno da racionalidade, em influência clara da alegoria metafísica do mundo inteligível platônico).
[36] Cf. KANT, 1994, p. 49.
[37] Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde.

> O exemplo da falsa promessa para obter dinheiro rápido ajuda a visualizar melhor esse ponto. Se tomo a máxima que determina dever eu pedir dinheiro emprestado quando sei que não posso pagar, porque estou em apuros, percebo facilmente que ela não pode valer enquanto lei universal sem contradição, pois, se todos fizerem falsas promessas ninguém continuará acreditando nas promessas, que deixarão de existir enquanto meio válido para se obter dinheiro. A universalização da máxima é, portanto, auto-destrutiva daquilo que a própria máxima pressupõe: a validade da promessa. (GOMES, 2006, p. 40).

Não obstante, Immanuel Kant diferencia o sistema normativo da Moral do sistema normativo jurídico. Ao passo que ao Direito não interessaria o questionamento do porquê do atendimento à prescrição legal, na Moralidade o aspecto subjetivo é o ponto nevrálgico de toda a construção filosófica. Se, nas ações classificadas somente como legais, o cidadão se vê compelido a fazê-las em virtude da existência de coação externa, nas ações que se podem classificar como morais a força coercitiva é somente interna, é a pura força normativa da razão. A ação moral não admite um motivo que não seja a razão. Senão vejamos: se um cidadão é adimplente em relação às suas obrigações tributárias motivado somente pelo desejo de não ser molestado pelo Fisco, essa ação é considerada legal, mas não moral. Pouco importa ao Poder Público no exercício de sua coação oficial os motivos que levaram o particular a quitar seus débitos tributários. Contudo, admitindo a hipótese de um cidadão assaz adimplente em suas obrigações tributárias mesmo que não haja fiscalização tributária hábil a constrangi-lo a recolher os valores devidos, dir-se-á que essa conduta não é apenas legal, como também é moral, pois o cidadão que recolhe todos seus tributos, mesmo que não haja aparato oficial para coagi-lo a fazê-lo, ele tem em mente que se todos aqueles que devem ao Fisco não fizerem o recolhimento devido, estará inviabilizada a Administração Pública. No caso, não passa, pelo crivo da universalização, a máxima que aconselha aos cidadãos a prática de sonegar tributos. Seria o cumprimento moral do Direito.

O fundamento de validade do Direito passa a repousar então no duplo aspecto funcional que os imperativos categóricos exercem: a) a obediência à ordem jurídica seria dever que emana do imperativo categórico, pois a sua desobediência não pode valer como lei universal, pois se todos assim procedessem, essa máxima estaria a ferir de morte a validade da Ordem Jurídica; b) o imperativo categórico é a fórmula racional a servir de teste legitimador dos sistemas normativos e suas pretensões de validade, seja ele moral ou jurídico. Mesmo sendo considerada a Ordem Jurídica injusta, por certo que mais deletérios seriam os efeitos se acaso for desconsiderada a Ordem Jurídica, pois significariam o retorno do homem ao

anárquico estado de natureza, em que não há leis externas e ao qual o homem tem o dever de nunca retornar. (GOMES, 2006, p.34-35)[38]

É grande o impacto que a filosofia kantiana exerceu, assim como ainda contemporaneamente ela exerce, na fundamentação de validade do Direito. O argumento de que se valem os adeptos do positivismo jusfilosófico para arrimar a legitimidade da legalidade encontra forte guarida na razão prática kantiana. Embora tenhamos feito o registro de que o filósofo não seja indiferente à necessidade de se legitimar moralmente o Direito, maior valor é dado à sua advertência de se ter que observar e respeitar a Ordem Jurídica[39], mesmo sendo ela considerada injusta:

> Por isso não há, para Kant, direito de resistência, pois o poder civil é incontestável, quer dizer, inviolável. É dever absoluto do súdito respeitá-lo, o que se deduz do imperativo categórico que manda o homem sair do estado de natureza. O ideal é que o poder supremo, o legislativo, esteja nas mãos do povo, que o exerce por meio de representantes. **Mas se um déspota detém esse poder, pela própria natureza racional do Estado, não pode o súdito se arrogar o direito de julgá-lo e contra ele se voltar.** (GOMES, 2006, p.145, grifo nosso).

2.7 O alastramento das idéias racionalistas na ciência jurídica: a separação de funções dentro da distribuição do poder político.

Logicamente, os influxos teóricos oriundos de todos os movimentos acima citados acabaram por serem transpostos aos demais ramos intelectuais, dentre eles a ciência jurídica. Tal como foi formulada a teoria heliocêntrica por Copérnico, os postulados de Kepler acerca das órbitas dos planetas, as leis de Galileu sobre a queda dos corpos ou as leis da física formuladas por Isaac Newton, caberia ao jurista descobrir quais seriam as leis e normas de conduta naturais da sociedade. Como bem aponta Boaventura de Sousa Santos:

> Tal como foi possível descobrir as leis da natureza, seria igualmente possível descobrir as leis da sociedade. Bacon, Vico e Montesquieu são os grandes precursores. Bacon afirma a plasticidade da natureza humana e, portanto, a sua perfectibilidade, dadas as condições sociais, jurídicas e políticas adequadas, condições que é possível determinar com rigor. Vico sugere a existência de leis que

[38] Não se diz com isso que a ética de Kant seja indiferente em relação ao projeto de atribuir legitimidade ao Direito. Assim como as leis morais são filtradas pelo teste da universalização, também o devem ser as pretensões de validade jurídicas para que delas se obtenham o seu conteúdo legítimo. Em último plano, o que Kant promove é a subordinação do sistema jurídico ao sistema moral, que guia luzes e estabelece condições para o sistema jurídico através do teste de universalização dos imperativos categóricos.

[39] Que nesse momento histórico se confundia com um sistema de leis escritas.

> governam deterministicamente a evolução das sociedades e tornam possível prever os resultados das ações coletivas.(SANTOS, 1988, p.51-52)

Somando-se a influência do racionalismo filosófico/científico aos abusos e excessos cometidos pelos monarcas na administração de seus povos, tem-se o elemento deflagrador da forte produção de teses jurídicas tendentes a racionalizar os governos e a atividade administrativa. Com o prestígio gozado pela "reta-razão humana", os juristas passaram então a articular esquemas teóricos supostamente capazes de resguardar os cidadãos dos desmandos dos seus administradores, sob a alegação de que a tão propalada condição racional do homem haveria de resguardar a população de arbítrios e sandices de seus governantes:

> Com efeito, na gênese do Estado Moderno, está a necessidade de racionalizar o exercício do poder, aliada à crescente exigência de segurança, possibilitando um agir calculado e previsível. Questionar a modernidade, necessariamente, envolve um dar-se conta das concepções culturais que engendraram a idéia do homem moderno, influenciando a estruturação do conhecimento jurídico. Não se pode, por exemplo, desconhecer a importância do renascimento, que deixou marcas profundas no plano político e social, como o estabelecimento de grandes Estados absolutistas. Destarte, o período da ilustração foi primordial para a ascensão da classe burguesa e forjou um direito capaz de garantir a sua liberdade e a propriedade. O direito natural, nesta época moderna, desempenhou um papel de combatividade aos abusos do poder e fundamentou a necessidade de uma racionalização. O renascimento proporcionou ao homem um senso comum ocupado pela "razão", acreditando-se na possibilidade de independência absoluta da razão humana e objetivando-se, nas ciências jurídicas, a formulação de preceitos jurídicos detalhadamente. (OHLWEILER, 2005, p. 137).

No seio desse turbilhão de novéis idéias e teorias, é atribuída a Charles-Louis de Secondat (1689- 1755) - o Barão de Montesquieu - a doutrina de maior êxito e clamor popular acerca da divisão das atribuições e funções quando do regramento das atividades administrativas. Inspirado na teoria mecanicista das ciências exatas, Montesquieu visualizou arquétipo de atribuição de competências que se prestaria como recurso na contenção de exorbitâncias no exercício dos poderes administrativos. Inspirada no modelo jurídico inglês, a doutrina de Montesquieu configurava franca crítica ao despotismo do rei Luís XV[40]. Montesquieu procura moderar o exercício do governo e racionalizar / legitimar a atuação do monarca através de sistema de freios e contrapesos às competências legislativas, executivas e judiciais.

[40] " (...) a concentração de todos os poderes na pessoa do Monarca excluía (...) a intervenção de qualquer autoridade em matéria de ação governamental. Não era assim possível um verdadeiro controle administrativo, porque o monarca sempre dizia a última palavra. A magistratura (à semelhança do que ocorria com as citadas câmaras e tribunais de contas) era simples instrumento dócil do soberano que podia, a seu arbítrio, avocar a si qualquer causa pendente de solução, decidindo-a imediata e irremediavelmente de acordo com sua vontade". (CRETELLA JÚNIOR, 1992, p. 397).

O que se tinha era o esboço de um Estado visualizado como o conjunto de peças orgânicas estanques, funcionando em ações previsíveis e racionais. Contudo, na interação das autoridades responsáveis pelas funções estatais, assumia preponderância o corpo político encarregado de produzir normas gerais e abstratas: o Legislativo. As normas abstratas seriam o expediente adequado para se coibir os tão indesejados desmandos dos governantes, visto que os elaboradores das leis seriam os representantes do povo que, em última instância, seriam aqueles detentores do poder político. Ver-se-á então qual era a maneira tida como a mais legítima de se aplicar o Direito.

2.7.1 A hermenêutica jurídica clássica vigente na busca da resposta correta dentro da separação de poderes: o raciocínio dedutivo através do silogismo formalista, a divisão qualitativa dos poderes

O protótipo estatal de peças orgânicas vislumbradas por Montesquieu desafiava o estudo das funções de cada Poder no exercício dos ofícios administrativos. E a teoria de maior aceitabilidade era a que estabelecia que, quando da resolução de controvérsias na vida quotidiana do povo, não caberia aos juízes outra missão senão a de reproduzir de forma fiel aquilo que fora estatuído pelo diploma legal. O aplicador do Direito que se prestasse a uma atividade interpretativa e construtiva a partir do texto legal estaria usurpando uma competência que não havia lhe sido confiada[41]. Na lição de Carvalho Netto (2000),

> (...) É claro que sob este primeiro paradigma constitucional, o do Estado de Direito, a questão da atividade hermenêutica do Juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados. Ao juiz é reservado o papel de mera "*bouche de la loi*". (p. 479).

Dessa forma, atribui-se ao juiz a singela tarefa de proceder à interpretação literal e gramatical dos textos legais, o que faz com que haja uma divisão *qualitativa* dos poderes estatais, com prevalência e maior prestígio sendo dados ao Poder Legislativo, assim como já

[41] Forçoso anotar a desconfiança que os franceses nutriam em relação aos magistrados, tendo em vista a recorrente subserviência com a qual lidavam os juízes em relação ao tirano. Sendo assim, era confiada ao texto legal a missão de antever a prática judicial, impedindo que na aplicação da norma, houvesse um desvirtuamento da vontade popular.

dito. Nesta esteira, o ato jurisdicional resumir-se-ia em um mero *ato de cognição da legalidade posta,* resultado de uma atividade mecânica na qual o Judiciário reconheceria os propósitos perseguidos pela lei ou pelo legislador[42]. Com isso, o mínimo de espaço interpretativo/construtivo era dado ao aplicador do Direito, em nome do predicado benéfico da *segurança jurídica* que o texto legal estava a prometer. Imaginava-se que, sendo o cidadão sabedor da legislação existente a respeito de determinado tema, não seria ele surpreendido pelo Poder Judiciário quando da resolução de suas contendas, pois estava ciente de que competia ao Juiz subsumir o fato ocorrido na hipótese prevista e aplicar os efeitos previstos no diploma legal:

> A aplicação do Direito se daria por um formalismo silogístico, no qual a premissa maior seria o texto normativo e a premissa menor o fato material. Logo, fundava-se numa concepção dedutiva de incidência do elemento abstrato ao elemento concreto. O estudo das regras de pontuação, da estrutura de orações, ou seja, os elementos sintáticos ou semânticos da língua seriam o centro de suas preocupações. (CRUZ, 2004, p.75).

A racionalidade e a harmonia do Direito encontrariam guarida então na interpretação literal, declarativa e gramatical dos textos legais, sendo imprescindível para tanto a análise cuidadosa dos aspectos sintáticos e semânticos do texto legal. Tendo sido atribuída tanta importância à análise dos elementos gramaticais do diploma legal, houve também a valorização da "uniformização" do uso dos conceitos empregados pelo legislador no texto legal.

Nota-se que para a operacionalização do Direito tal como querido pelo legalismo vigente na época, houve uma pressuposição de diferenciação ontológica entre os atos jurídicos: enquanto o ato legislativo traduzia-se como um ato de volição, o ato administrativo e o ato jurisdicional não tinham a mesma abertura para tal espaço criador/construtivo, pois deveriam ater-se unicamente a descortinar uma vontade já expressada pelo legislador, ou mesmo pela própria lei[43]. Seriam então não atos de volição, mas sim atos de cognição!

---

[42] Estudos acerca da atividade jurisdicional nesses moldes positivistas acabaram somando divergências em seus pressupostos. De uma banda, há a corrente *subjetivista,* de grande adesão nos Estados Unidos da América, que considera ser importante a consideração da chamada *mens legislatoris,* determinando aos operadores do Direito que busquem a intenção dos legisladores quando da análise do caso concreto. Noutro estágio mais avançado dessa concepção positivista de hermenêutica, há a corrente *objetivista,* que percebe que em alguns momentos não foi possível ao legislador abranger todos os fatos que por ventura ocorressem. Neste caso, as intenções e vontades do legislador desapareceriam desde o momento da publicação do texto normativo, devendo ser considerada agora a *mens legis*. Daí o embate: na leitura literal do diploma legal, caberia ao Judiciário analisar a pretensa vontade do legislador? Ou a lei, produto intelectual da produção humana teria o condão de carregar consigo seus próprios desígnios?

[43] Relembramos aqui a diferença citada entre os *objetivistas* e *subjetivistas.*

Desta forma, acumula-se grande esperança no papel da legislação positivada como a alternativa e garantia de repressão e prevenção aos descalabros cometidos pelos governantes administradores, que agora se submeteriam aos ditamos legais. A abstração e a universalidade das regras jurídicas positivadas passaram a ser vistas como emanação máxima da racionalidade humana, sendo incorporado – podemos dizer que de forma acrítica e automática - o predicado de legitimidade à legalidade.

Ademais, a concepção de lei trazia consigo as promessas de certeza, exatidão e segurança, tão caras ao racionalismo epistemológico vigente, que fez com que se atribuísse um caráter quase sacro à legislação. Havendo maior organização burocrática do Estado, a pujança das relações comerciais e a evolução da escrita, acreditou-se que a organização da legislação em códigos seria a solução para a mixórdia normativa existente até então. Vale lembrar que, anteriormente aos movimentos do racionalismo filosófico e do iluminismo, inúmeras eram as normas a regrarem o quotidiano social, fossem elas emanadas pelos senhores feudais, pelas autoridades reais ou mesmo estabelecidas em virtude dos costumes de uma determinada sociedade. A consolidação das normas jurídicas em um Direito legislado, simples e unitário era a solução proposta pelos estudiosos do Direito na época:

> As velhas leis deviam, portanto, ser substituídas, por um direito simples e unitário, que seria ditado pela ciência da legislação, uma nova ciência que, interrogando a natureza do homem, estabeleceria quais eram as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta do homem. Os iluministas estavam, de fato, convencidos de que o direito histórico, constituído por uma selva de normas complicadas e arbitrárias, era apenas uma espécie de direito "fenomênico" e que além dele, fundado na natureza das coisas cognoscíveis pela razão humana, existiria o verdadeiro direito. (BOBBIO, 1995, p.168).

Esse fetichismo legalista fez com que se incrementasse de maneira absurda a produção legislativa da Europa Ocidental. A França desempenha então um papel paradigmático na normatização jurídica pela publicação de leis que açambarcavam em seu bojo as mais variadas situações concretas, tendo em vista que mesmo as constituições francesas de 1791 e de 1793 estatuíam da necessidade da produção de códigos a regrar a vida dos franceses. Emblemática foi a publicação em 1804 do *Code Napoleón*, ordenamento legal, que detalhava minuciosamente as relações civis entre os franceses e que serviu de modelo para a edição de códigos dessa natureza em diversos outros países. Foi do estudo dogmático dos textos do *Code Napoléon* que surgiu a renomada Escola da Exegese francesa, que depositava, na autoridade da vontade do legislador, o fundamento de validade do Direito.

Em síntese, o que se pode dizer é que os códigos passaram então a serem vistos como os documentos normativos que haveriam de esgotar o regramento de todas as situações porventura existentes em determinados tipos de relações, através de pormenorizada previsão de situações concretas e suas respectivas previsões de conseqüências jurídicas. Somente assim estaria preservada a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões dos órgãos jurisdicionais.

2.8 O modelo Liberal: gênese garantista do Direito Administrativo - a esfera pública como mantenedora dos direitos de primeira geração.

Com o apelo convincente que as doutrinas expostas exerceram sobre os cidadãos franceses no Século XVIII, iniciou-se, naquele país, um intenso movimento de insurgência popular frente aos monarcas e seu modo de governar. Ademais, o advento da ideologia antropocentrista pôs em xeque a validade da investidura divina alegada pelos monarcas para a legitimidade de seu poder, irrompendo movimento revoltoso popular de vulto notável: a Revolução Francesa de 1789.

A doutrina é maciçamente favorável ao argumento de que o Direito Administrativo tem as suas gêneses neste momento histórico. Embora haja, na história européia, uma série de momentos pretéritos marcados pela edição de atos normativos limitadores da atividade administrativa[44], não há precedentes históricos de tamanho porte quando se trata da sistematização e regramento da atividade estatal, com a submissão irrestrita da Administração Pública ao regime da legalidade. Exemplo contundente do rigor do que se assevera é o fato de ter sido criada, na França, uma estrutura jurisdicional administrativa especializada através da instituição do *Conseil d´Etat* para a resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública, que muito influenciou o Direito Administrativo de vários países do mundo através das suas decisões.

[44] "O primeiro dos atos legislativos que demarca a passagem da Monarquia Absoluta para a Monarquia Constitucional é o que se concretizou no Assise de Clarendon em 1166. Entretanto, o grande marco desta transição será a Magna Carta de 1215, derivada do conflito entre o Rei João e os barões. Após este texto, novas limitações ao poder absoluto foram feitas, garantindo-se aos indivíduos certos Direitos Fundamentais. Desta forma, teremos em 1629 o Petitium of Rights, o Habeas Corpus Act de 1679 e principalmente o Bill of Rights de 1689.". (MAGALHÃES, 2000, p.26).

O choque causado pelas idéias revolucionárias, na limitação do poder estatal, fez como que autores chegassem a atribuir certo aspecto milagroso ao surgimento deste ramo da disciplina jurídica. É este o famoso posicionamento de Prosper Weil (1977), in verbis:

> A própria existência de um direito administrativo é em alguma medida fruto de um milagre. O direito que rege a actividade dos particulares é imposto a estes de fora e o respeito pelos direitos e obrigações que ele comporta encontra-se colocado sob a autoridade e a sanção de um poder exterior e superior: o do Estado. Mas causa admiração que o próprio Estado se considere ligado (vinculado) pelo direito. (...) Não esqueçamos, aliás, as lições de história: a conquista do Estado pelo direito é relativamente recente e não está ainda terminada por toda a parte. (...) Fruto de um milagre, o direito administrativo só subsiste, de resto, por um prodígio a cada dia renovado.(p.7-10).

Em suma: a subordinação do Estado a um regime de Direito e a criação da doutrina da separação dos poderes são comumente apontados como os episódios marcantes para a emancipação do Direito Administrativo, ou seja, como disciplina jurídica autônoma. Ora, somente em um cenário de organização política e jurídica do Estado é que se faz possível falar em responsabilidade administrativa; surgindo daí a estreita correlação que há entre o constitucionalismo e o regramento da atividade estatal através do Direito Administrativo. Traz-se a lição de Mafra Filho (2004):

> As condições para o surgimento do direito administrativo se deram com a instauração dos governos constitucionais. Contrariamente aos governos que se submetiam às leis editadas nos estados a que pertenciam, os estados absolutistas só se vinculavam às leis para a manutenção de assuntos financeiros e patrimoniais privados. A partir do Século XIX, tal vinculação legal passou a ser reconhecida para algumas leis de direito público (...) Somente após a Revolução Francesa, porém, é que foi possível constatar a eficácia vinculante das leis que tratavam da organização e atividade dos órgãos da administração pública e o surgimento de relações jurídicas entre o Estado e os cidadãos. (p.169).

É por esta razão que se atribui ordinariamente o traço garantista à gênese do direito administrativo. Ao serem estabelecidas aprioristicamente as normas que subordinariam não somente os cidadãos (esfera privada), mas também os administradores (esfera pública[45]), tem-se com maior nitidez quais são os espaços de liberdade de atuação de cada esfera. Reclamou-se então do Estado a garantia dos direitos civis - também chamados de liberdades

[45] A origem da dicotomia entre as searas *pública* e *privada* é arraigada na evolução do pensamento político e social de um determinado povo. Embora desde os tempos remotos das civilizações gregas haja uma distinção entre o espaço comunitário e o espaço familiar, a roupagem que o liberalismo atribuiu entre os termos designativos do que seja *público* e *privado* é bem descrita por Jürgen Habermas (2003): "A esfera pública burguesa desenvolve-se no campo de tensões entre Estado e sociedade, mas de modo tal que ela mesma se torna parte do setor privado. A separação radical entre ambas as esferas, na qual se fundamenta a esfera pública burguesa, significa inicialmente apenas o desmantelamento dos momentos de reprodução social e de poder político conjugados na tipologia das formas de dominação da Idade Média avançada." (p. 169).

individuais[46]- e dos direitos políticos[47], consagradamente conhecidos como direitos negativos, também comumente denominados como sendo direitos de primeira geração[4849].

De cunho preponderantemente individualista, os direitos consagrados, nesse momento histórico, traduzem-se como aqueles que viabilizavam a atuação dos cidadãos em sua esfera particular. Não competia ao Estado determinar a forma e o conteúdo dos contratos individuais, nem tampouco impor aos cidadãos um credo a ser seguido. Indubitavelmente, o direito que assume caráter de preeminência e destaque é o de propriedade, que seria basilar na estruturação de toda a ordem jurídica, como sendo direito absoluto e intocável. Para que fosse possível o exercício deste direito quase sacro, haveria de ser garantida a igualdade e a liberdade necessárias para tanto.

É justamente por essa razão que o modelo estatal, vislumbrado pelos insurgentes revolucionários, é classificado como liberal; supunha-se que a sociedade civil, apartada dos domínios da esfera pública, seria auto-suficiente na resolução de seus próprios problemas, e à esfera pública caberia somente a manutenção da ordem e segurança pública, para que se alcançasse o desenvolvimento econômico e social. Ingerências outras dos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário que não fossem expressamente previstos no texto

---

[46] Neste rol de direitos encontram-se eminentemente "a liberdade de locomoção, a liberdade de empresa, ou seja, a liberdade de comércio e de indústria, a liberdade de consciência, a liberdade de expressão, de reunião, de associação, o direito à propriedade privada, a inviolabilidade de domicílio, e entre outros direitos do indivíduo isolado, a igualdade perante a lei". (MAGALHÃES, 2000, p. 28).

[47] Já os chamados direitos políticos, de participação política ou liberdades políticas são aqueles inspirados no *status* de cidadão. "Seu núcleo se encontra no direito de votar e ser votado, daí falar-se de ´direitos políticos propriamente´, ao lado dos quais se reúnem outras prerrogativas que decorrem daquele status e que têm sua memória ligada a civis Romanus sum, dizendo-se, portanto, ´direitos cívicos´. São os direitos de postular um emprego público, de ser jurado ou testemunha, de ser soldado e até de ser contribuinte".(SAMPAIO, 2004, p.260-261).

[48] "Em 1979, o francês Karel Vasak apresentou no Instituto Internacional de Direitos do Homem em Estrasburgo uma classificação baseada nas fases de reconhecimento dos direitos humanos, dividida por ele em três gerações conforme a marca predominante dos eventos históricos e das inspirações axiológicas que a elas deram identidade: a primeira, surgida com as revoluções burguesas dos Séculos XVII e XVIII, valorizava a liberdade; a segunda, decorrente dos movimentos sociais democratas e da Revolução Russa, dava ênfase à igualdade e, finalmente, a terceira geração se nutre das duras experiências passadas pela humanidade durante a Segunda Guerra Mundial e da onda de descolonização que a seguiu, refletirá os valores da fraternidade". (SAMPAIO, 2004, p. 259).

[49] Imperioso ressaltar que a doutrina constitucionalista de vanguarda rechaça veementemente a noção compartida de direitos fundamentais a que poderia levar essa distinção entre suas gerações, apontando agora pela sua indivisibilidade. Todavia, desta classificação lançamos mão por entendermos ser de grande êxito didático e de acessível compreensão aos menos introduzidos no debate. Mas não engrossamos a fila dos ingênuos que crêem que os direitos fundamentais surgidos historicamente possam ser hermeticamente divididos e compartimentados, com uma equivocada compreensão de hierarquia ou relação de preferência entre eles. Registre-se que a cada nova gama de direitos incorporada no pensamento político e jurídico de uma comunidade são (re)lidos os já existentes, acrescendo-lhes uma nova dimensão a partir do evolver dos paradigmas. Por certo que o direito de propriedade já não é mais atualmente interpretado segundo o era no liberalismo, visto ser necessário o cumprimento de sua função social, bem como se refuta somente a postura negativa como do Estado para garanti-lo. Mas não se olvida que o direito de propriedade surge num momento histórico muito anterior a inúmeros outros, como os direitos coletivos ou difusos, por exemplo. Por isso não menoscabamos o valor didático-pedagógico da classificação estabelecida por Vasak.

legislativo sofriam a pecha de injustas por pretensamente usurparem funções não outorgadas pelo povo, devendo, por isso, serem evitadas.

A redoma individual dos direitos humanos seria intangível por qualquer pessoa, constituindo assim um óbice intransponível por quem quer que fosse, seja um particular ou mesmo alguém ligado ao funcionalismo estatal. Transforma-se o Estado em estrutura policialesca de manutenção da segurança pública através do emprego da força – armada, se necessário - para coibir delitos, movimentos sociais insurgentes e outros eventos que pudessem ser reputados como nocivos à ordem que garantiria o progresso de uma comunidade. Consagra-se a expressão francesa que se refere a este modelo estatal como sendo o *État Gendarme*[50].

2.8.1 O formalismo legalista do Direito como critério de legitimidade da coação oficial pela visão sociológica do positivismo estático de Max Weber.

Max Weber (1864-1920) foi um dos teóricos que perscrutaram por um modelo legítimo de operacionalização do Direito, com vistas a dotar-lhe de autonomia científica e independência epistemológica. Tributário do modelo de racionalidade iluminista, própria do paradigma da filosofia cartesiana[51], Weber propõe a evolução do Direito como um necessário ganho de autonomia em relação aos demais sistemas normativos, tais como a moral, a tradição, a religião e os costumes. É o chamado positivismo jurídico que preceitua basicamente que a introdução de quaisquer outros argumentos que fossem estranhos à legalidade propriamente teria o condão de remeter o Direito a uma irremediável ilegitimidade[52]. Sendo assim, o debate acerca de elementos morais a serem exigidos pelos operadores do Direito, bem como o reclame aos apelos de justiça material não seriam tarefas afetas à competência dos juristas. Tais embates ideológicos deveriam ser reservados aos estudiosos de outras disciplinas, como a sociologia, a antropologia, a filosofia. Mas não seriam da alçada da discussão jurídica.

Ato contínuo, Weber assume a característica de ser atributo responsável pela garantia da cientificidade do Direito o seu aspecto de formalidade, fazendo com que haja com isso a

[50] Expressão que em sua tradução significa "*Estado Armado*".
[51] A análise da obra de Max Weber é feita aqui consoantemente com aquela procedida por Jürgen Habermas, autor escolhido como marco-teórico do presente trabalho de dissertação.
[52] É esta também a leitura de Weber promovida por Habermas, 1997. (p. 193-194).

absoluta coincidência entre Direito e as normas emanadas pelo Poder Legislativo. As bases do sistema jurídico haveriam de estar resguardadas na neutralidade gerada pelo distanciamento do Direito em relação à Moral: ao seguir o diploma legal, o cidadão não deve se questionar acerca de nenhum conteúdo de justiça material daquela norma de conduta prescrita na regra positivada[53]. A neutralidade do cientista jurídico residiria na vedação do sistema jurídico aos influxos de outros sistemas normativos que não seguissem o rigor formalista ínsito ao Direito. É uma articulação na concepção de legalidade que se legitima a partir de si mesma, num movimento autopoiético de produção normativa. O comando jurídico é legítimo porque é oriundo de lei[54]; não competindo ao operador do Direito a discussão sobre se uma lei é materialmente injusta ou imoral. O único critério de questionamento de um diploma legal seria a sua (in) observância em relação aos procedimentos formais para a sua gênese. Outros demais embates ideológicos atinentes a esses argumentos deveriam ser relegados a outros ramos do saber humano.

Mas Weber acresce, à sua teoria, alguns outros requisitos a serem seguidos pelos operadores do Direito quando do funcionamento do sistema jurídico. Não bastasse o indispensável atendimento ao rigor formalista na elaboração das leis, a coação oficial também haveria de observar alguns aspectos quando da sua aplicação. Preliminarmente, frise-se que o Direito deveria ser exercido, na visão weberiana, por técnicos, dotados de instrução acadêmica qualificada a respeito do seu objeto de estudo, catalogando os conteúdos semânticos e sintáticos dos conceitos jurídicos trazidos pelo texto legal. Do trabalho sistemático destes doutrinadores especializados, resultaria a racionalidade formal do Direito, ficando resguardada, desta forma, a aceitabilidade da coercividade jurídica. Repise-se: no entender de Max Weber, as qualidades formais do Direito seriam condições *sine qua non* para se assegurar a sua racionalidade e legitimidade. Não obstante, tais qualidades formais seriam emanadas através do (a):

a) Escalonamento hierárquico das normas jurídicas de modo a estruturar-se pela forma piramidal fazendo com que a norma regia controlaria o restante do Ordenamento Jurídico, que deveria ser harmonioso e consentâneo com a regra superior. A harmonia do Ordenamento

[53] Cite-se o exemplo de uma dívida civil que tenha sido alcançada pela prescrição. Embora possa ser suscitada a obrigação moral do devedor que inadimpliu o seu compromisso, não se pode querer articular na prática jurídica, para Weber, elementos morais para coagir o devedor. Basta que a lei tenha atendido os seus requisitos formais de elaboração, com a observância de procedimentos, agentes e competências para que a lei que estabeleceu o prazo de prescrição passe a gozar de legitimidade.

[54] Entendido aqui como o ato emanado pelo Poder Legislativo em conformidade aos pressupostos de competência e atendimento dos requisitos para sua emanação.

Jurídico estático dar-se-ia pelo critério de concordância entre as regras do Ordenamento e aquela situada no plano hierarquicamente elevado.

b) Garantia de abstração e generalidade do texto legal em relação aos cidadãos. Para se afiançar a imparcialidade científica do Direito - e se o Direito, para Weber, é a norma produzida pelo Poder Legislativo – é necessário então que o texto legal não faça nenhuma remissão a contextos específicos, muito menos a sujeitos determinados. Ao texto legal não incumbe atingir uma situação fática específica. Isto é característica indispensável para que o sistema jurídico dispense tratamento uniforme aos destinatários da norma.

c) A estrita obediência dos atos administrativos e jurisdicionais às prescrições legais. Sendo a legalidade o ponto nevrálgico de toda doutrina weberiana, a construção do Ordenamento Jurídico deve ater-se à coerência nessa estrutura formal, que tem como viga mestra o eixo legalóide de construção jurídica. Fechado em si mesmo, o Ordenamento Jurídico garante validade *de per se*, sem recorrer a nenhuma outra espécie de argumentação, para o reconhecimento de sua validade. A plenitude do Ordenamento estaria sob a condição do preenchimento da instância formal de respeito ás prescrições legais - a produção da norma legal também seria submetida à obediência de outras normas legais distintas - assim como também à coerência da lei fundamental.

A modalidade de dominação exercida pelo Direito só haveria de ser admitida se operada segundo *standards* e padrões de funcionamento previamente estabelecidos, de maneira geral e abstrata. A abstração e a generalidade do texto legislativo seriam qualidades bastantes a garantir um tratamento igualitário a todos os cidadãos; a impessoalidade e o distanciamento da lei em relação às especificidades do caso concreto seriam aptos a promover uma igualdade de tratamento do tipo aritmética. Não se toleraria que determinadas castas sociais gozassem de nenhum tipo de benesse não extensiva aos outros cidadãos, como por exemplo, a isenção tributária ou a detenção do poder político em virtude de uma pretensa investidura divina ou o pertencimento a uma determinada estirpe que possuísse prerrogativas extramundanas para tanto. Inegável constatar o avanço promovido por essa teoria em relação ao estágio de sua predecessora, tendo em vista que agora se passa a rechaçar alegações de cunho metafísico/ divinatório como fundamentação de coerção jurídica.

Diferentemente de Kant, que acabava por manter o Direito atrelado e subordinado a uma esfera moral de legitimação, Max Weber arquiteta um *modus operandi* jurídico que tinha a presunção de autonomia em relação às proposições éticas ou argumentos divinatórios.

> Weber vê a ligação do Direito à Moral como mecanismo de enfraquecimento da coercibilidade do primeiro, pois só poderia ser uma ciência autônoma caso não dependesse da moral como elemento integrativo. Para Weber, o direito teria uma racionalidade neutra no tocante aos aspectos da moralidade. Essa racionalidade jurídica seria composta de três aspectos: a) Sistematicidade conceitual; b) A base do Direito seria um conjunto de normas que garantiriam as liberdades negativas em face do Estado; c) Institucionalização de procedimentos que permitiriam um grau de previsibilidade das relações regulamentadas. Em outras palavras, a neutralidade do direito se sustentaria exclusivamente nos seus aspectos morais.(CRUZ, 2003, p.461-462).

Adotando o modelo explicativo das ciências exatas de previsibilidade, neutralidade e imparcialidade, o Direito conseguiria assumir assim o reclamado grau de cientificidade do paradigma positivista vigente naquela época. À lei incumbiria a tarefa de manter o magistrado e o administrador atrelados aos comandos prescritos no texto legal, que por sua vez seria neutro e distante dos contextos sociais específicos. Sendo dada previamente, a norma legal permitiria que os cidadãos pudessem desenvolver projetos privados de consecução de seus interesses sem que fossem surpreendidos pela Administração Pública. Nota-se claramente o predomínio do aspecto liberal da teoria weberiana, que mantém a fissura na relação sujeito e Estado, estabelecendo critérios de afastamento das duas esferas, com o patente predomínio da senda privada.

2.9 A influência da experiência francesa nas origens do Direito Administrativo Brasileiro.

A doutrina brasileira é quase uníssona em apontar as doutrinas inspiradoras da Revolução Francesa como os marcos fundamentais de origem do Direito Administrativo[55], embora haja apontamentos que relembram anteriores ocorrências históricas que também foram significativas no regramento da atividade administrativa[56].

---

[55] Nesse sentido: MAFRA FILHO, 2004; COELHO, 2004, p.5, ARAÚJO, 2006, p.2; BAPTISTA, 2003; FARIA, 2001, p.43; CARVALHO FILHO, 2006, p.6; BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 41; TÁCITO, 2005, p. 151.

[56] Embora Maria Sylvia Di Pietro concorde que a Revolução Francesa foi marco fundamental para o nascimento do Direito Administrativo, a autora faz argutas considerações acerca da existência de algumas obras que seriam embrionárias das regras a submeterem o comportamento das autoridades públicas. "(...) apontam-se algumas obras de glosadores da Idade Média, principalmente dos séculos XIII e XIV, nas quais se encontra o germe dos atuais direito constitucional, administrativo e fiscal. Indica-se a obra de Andrea Bonello (1190 a 1275 d.C.) (...). Outro texto sobre o qual trabalharam os juristas, na época, foi o Liber Constitutionis, publicado pelo parlamento de Melfi em 1231. No século XIV, a obra de Bartolo de Sassoferrato (1313-57) lança as bases da teoria do Estado Moderno". (2004, p.24). Celso Ribeiro Bastos tem posicionamento semelhante, ao aduzir: "Não que outrora não houvesse direito administrativo. O que ocorria é que não era apartado das demais formas de atuação

De toda sorte, não restam dúvidas de que o modelo de legalidade administrativa francesa foi base da construção doutrinária e jurisprudencial no regramento da atividade administrativa brasileira, que passa a ter, reservado para si, um subsistema jurídico autônomo, com seu próprio regime, composto por regras e normas específicas[57]. Em se tratando do estudo da disciplina administrativista no Brasil, têm-se, como pontos de partida, as criações das cátedras da matéria nas Faculdades de Direito de São Paulo e de Recife, que receberam enorme influência das obras francesas. Tanto é assim, que a primeira obra de Direito Administrativo que se tem notícia em nosso país, de autoria de Vicente Pereira do Rego e editada em Recife no ano de 1857, tem o título de "Elementos de direito administrativo brasileiro comparado com o direito administrativo francês segundo o método de P.Pradier-Foderé" (MEDAUAR, 2007, p.33). O mesmo também ocorre com a edição do livro "*Direito administrativo brasileiro*" em 1859, no qual o autor Veiga Cabral expõe em sua introdução quais foram os autores franceses nos quais a sua obra se baseou. (MEDAUAR, 2007, p.33).

Inúmeras influências doutrinárias e filosóficas tais como a doutrina da separação de funções nos poderes estatais, elaborada pelo Barão de Montesquieu, a submissão da atividade administrativa ao princípio da tipicidade cerrada e a disjunção hermética entre a autonomia pública e privada dos cidadãos tiveram enorme respaldo e repercussão na construção do Direito Administrativo Brasileiro. Em que pese, nosso país não ter absorvido o sistema administrativista de forma idêntica ao modelo francês - visto não se admitir aqui uma jurisdição administrativa especializada, é inegável que até mesmo as decisões do *Conseil D´État*[58] foram decisivas para a determinação dos rumos deste subsistema jurídico no território brasileiro.

De qualquer modo, fato é que, nos primórdios do surgimento do Direito Administrativo, sempre esteve adjacente a ideologia administrativista francesa do caráter

---

do Direito. O que lhe conferiu a evidenciação dessa particular maneira de ser do direito foi o fenômeno da limitação do Poder Estatal, imposta pelo aludido Estado de Direito."(1996, p.6) .

[57] Odete Medauar denota a existência do Direito Administrativo caso haja uma disciplina jurídica própria para a Administração Pública. Traz assim a autora a diferenciação dessa matéria nos moldes da "*common law*", típico da Grã-Bretanha e dos Estados Unidos, do sistema da *"civil law"*, a qual são perfilhados a França e o Brasil. Segundo a autora, naquele sistema jurídico quase não há o que se chama de regime jurídico administrativo, sendo o regramento da Administração Pública muito semelhante ao regramento da atividade dos particulares. Daí se dizer não haver tecnicamente um Direito Administrativo naqueles países. "Nesse sistema (common law) os preceitos norteadores da atividade da Administração Pública seriam os mesmos que regem as atividades de particulares, inexistindo, portanto, direito específico para aquela situação. Por exemplo: as normas sobre servidores públicos, nesse sistema, seriam as mesmas que incidem sobre o vínculo empregatício no setor privado".(MEDAUAR, 2007, p.33).

[58] Até 1872 o Conselho de Estado Francês era imbuído do encargo de apenas emitir pareceres sobre litígios nos quais a Administração figurava como parte, mas que usualmente acabavam por serem acatados pelo Poder Executivo. A partir do ano em alusão o Conselho passa a ter autoridade para dirimir, com força de coisa julgada, os mesmos litígios, mantendo assim o seu papel de forte influência na criação pretoriana da doutrina administrativista.

libertário e garantista desse ramo jurídico, que estaria a funcionar como uma redoma protetora do cidadão frente aos presumidos arbítrios e abusos estatais[59]. De um lado o Poder Público, sempre tendente a abusar de um *status* de prevalência em relação aos particulares, que por sua vez se valem do Direito Administrativo como se utilizassem uma espécie de "escudo técnico" a salvaguardar seus interesses frente aos arbítrios dos governantes.

Autores patrícios consagrados mantêm a influência dessas doutrinas clássicas francesas, sendo que alguns até mesmo nos moldes iluministas em que foram idealizadas. Ilustrativamente, traz-se o pensamento de Bandeira de Mello, que mantém consigo o entendimento de que o Direito Administrativo manteria até hoje a sua gênese garantística, ainda conservando desta forma uma questionável fratura na relação entre Poder Público e esfera particular, mantendo clara contraposição entre cidadão e Estado:

> Portanto, o Direito Administrativo não é um Direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. É pelo contrário, um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder Estatal. *Ele é por excelência, o* ***Direito defensivo do cidadão****,* (...) É, pois, sobretudo, *um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: O Direito que instrumenta,* ***que arma o administrado****, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder* (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p.41, grifo nosso).

Sem embargos, há lúcidos posicionamentos doutrinários que contestam a validade desse raciocínio esmagadoramente majoritário, acusando a roupagem técnica de que se revestiu o autoritarismo para dissimular legitimidade jurídica do exercício despótico do poder político pela autoridade estatal. O Direito Administrativo teria sido formulado apenas para afastar, da análise do Poder Judiciário, as matérias atinentes à Administração Pública, sob o escuso argumento de que a discricionariedade do ato administrativo seria margem de escolha indevassável por qualquer outra autoridade do Estado de Direito. O surgimento de aparato burocrático administrativo especializado e a criação do regime jurídico próprio seriam nada mais do que uma justificativa técnica e formal à tirania do governante, que se veria imune à fiscalização e o controle de suas atividades.

---

[59] "Alguns autores consideram que o marco definitivo do Direito Administrativo foi o denominado caso Blanco, levado a julgamento na justiça administrativa francesa em 1873. Trata-se de atropelamento de uma menina, chamada Agnés Blanco, por um vagonete pertencente a uma empresa estatal, na cidade de Bourdeaux, na França. No julgamento desse caso, o Tribunal de Conflitos, com o voto vitorioso do Conselheiro Davi, decidiu pela responsabilidade civil extracontratual do Estado. Registram os assentamentos do Direito Administrativo que este foi o primeiro caso de reconhecimento de responsabilidade do Estado, sem se cogitar da culpa do agente público. No exame da matéria, os Conselheiros puseram à margem regras do Direito Civil francês e realçaram os princípios do Direito Público em fase de elaboração". (FARIA, 2001, p. 45-46).

Por não ser esta ainda a oportunidade adequada para se enfrentar o tema, mais adiante será analisada pormenorizadamente tal controvérsia, ficando advertido desde já o leitor da perniciosidade da tarefa de querer ontologizar o estudo de qualquer subsistema jurídico, como se sua “morfologia” trouxesse consigo traços imutáveis e dotados de unidimensionalidade. Ou seja, investigar uma disciplina ou um instituto jurídico como se eles trouxessem consigo somente traços deletérios, sem que seja possível distinguir quaisquer características salutares, ou mesmo o seu revés.

3 O ADVENTO DA CRISE DO MODELO LIBERAL EM VIRTUDE DAS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS:DO SÉCULO XIX E A PROPOSTA POR UM NOVO PROJETO DE ADMINISTRAÇÃO. QUESTIONAM-SE OS POSTULADOS BASILARES DO LIBERALISMO.

Assim como o modelo de Estado liberal surgiu como alternativa para um sistema anacrônico de justificação do exercício da coerção oficial, a sucessão de ocorrência de inúmeros eventos das mais variadas matizes também serviu para que se problematizassem os argumentos justificantes do liberalismo, embotando-se destarte os pilares de sustentação dessa ideologia. Edificado num contexto histórico de pouca complexidade social, o liberalismo viu ruir a sua força convincente quando da transformação dos quadros sociopolíticos e econômicos, principalmente na Europa Ocidental. Fenômenos característicos do Século XIX tais como a expansão da indústria, o absurdo incremento populacional, a urbanização descomedida e a desproporcionalidade na distribuição de renda foram molas-mestra para que os estudiosos voltassem suas atenções ao modelo de Estado vigente. Por certo que vários desses fatores contribuíram para que o cenário de complexidade social, a partir de meados do Século XIX até a metade do Século XX, fosse completamente distinto daquele no qual se forjaram as idéias individualistas dos liberais:

> (...) o liberalismo estruturou-se em um quadro sociopolítico relativamente simples e pequeno - população escassa, pequenas indústrias, instituições governamentais simples e próximas do povo. (BARACHO JÚNIOR, 1999, p.55)

Em relação à seara econômica, o abstencionismo na regulamentação e participação na atividade social e econômica, bem como a indiferença estatal em relação ao atendimento das demandas sociais passaram a ser vistos como prejudiciais ao exercício da cidadania dos direitos fundamentais dos cidadãos. O capitalismo desumano e escravizador oriundo do individualismo vigente nos séculos XVII e XVIII, assim como os efeitos perversos da Revolução Industrial acionaram movimentos políticos e sociais de insurgência contrários à ideologia política liberal, clamando pelo atendimento aos anseios coletivos, no atendimento das necessidades primárias da população economicamente fragilizada. Arruda narra com detalhamento o cenário social à época:

> (...) Na medida em que a mecanização nivela por baixo a habilidade necessária dos trabalhadores, torna-se possível incorporar, com facilidade, trabalho feminino e infantil. Isto significava também baixar o custo de remuneração do trabalho. A tecelagem exigia pouca força muscular e os dedos finos das crianças adaptavam-se, perfeitamente, à tarefa de atar os fios que se quebravam em meio à trama. Sua debilidade física era garantia de docilidade, recebendo entre 1/3 e 1/6 do pagamento dispensado a um homem adulto e, muitas vezes, recebiam apenas alojamento e alimentação. Os contratos eram em geral de 7 anos, a mesma duração da antiga aprendizagem. (...) A maior parte destes infelizes era contratada nas paróquias, juntos aos responsáveis pelas casas assistenciais, que livravam-se, por este meio, das despesas de sustento, diminuindo os encargos que pesavam sobre a comunidade local, na medida em que diminuía o imposto dos pobres, que sobre eles recaía. Muitos pais recusavam-se a permitir que seus filhos fossem remetidos às fábricas nestas condições, porém, as aperturas financeiras levaram-nos a abandonar qualquer tipo de restrição.
> A descrição da vida destes pequenos trabalhadores, de ambos os sexos, é dantesca. Trabalhavam até 18 horas por dia, sob o látego de um capataz que ganhava por produção. Os acidentes de trabalho eram freqüentes, má alimentação, falta de higiene, de ar ou de sol, imoralidade e depravação nos alojamentos. As faltas eram punidas com castigos terríveis. (ARRUDA, 1984, p.76-77).

Sendo primeiramente sentidos em território inglês, os efeitos da Revolução Industrial alastraram suas perversidades por grande parte do território europeu. A consolidação de sociedades formadas por castas privilegiadas em prejuízo da saúde e do bem estar de inúmeros outros cidadãos fez com que a insurreição popular contra esse quadro fosse inevitável.

3.1 A insuficiência da doutrina liberal na consecução dos próprios intentos sociais, políticos e econômicos

Diversas contradições passaram a ser notadas no projeto liberal. Embora árdua defensora do direito de liberdade do ser humano, a cartilha do liberalismo mantinha firme posicionamento contra a liberdade de associação entre os cidadãos, fosse essa associação de caráter político, como os partidos, ou de caráter trabalhista, tais como os sindicatos e as entidades de classe. O que os críticos da ideologia liberal passaram a objetar era a ausência de coerência argumentativa no projeto; ora, quando se estabelece que a liberdade é postulado para a lei moral que rege a conduta dos homens[60], e em sendo assim, direito inerente à condição humana, não fazia sentido racional querer manter a vedação para a livre associação

[60] Tal como defendia a filosofia de Immanuel Kant, inspiradora de todo o arquétipo do paradigma liberal.

entre pessoas que pactuam a mesma ideologia política ou que mantêm a mesma atividade funcional/vínculo empregatício, como ocorria naquela época.

O mesmo raciocínio crítico serviu para contrapor a restrição de cunho censitário ao direito do exercício do sufrágio, visto que a liberdade de participação política só pode ser concebida como uma modalidade de liberdade política e, por isso, haveria um *déficit* de racionalidade no constitucionalismo clássico, visto que negava a livre participação dos cidadãos na escolha de seus governantes. Com a gradativa abertura de participação popular no sufrágio, reforma-se toda a estrutura institucional do Estado, com a conseqüente inclusão política das massas populares nas decisões políticas.

Outra incongruência percebida se deu no comprometimento do avanço do capitalismo[61] através da aplicação irreflexiva dos preceitos liberais. Embora fosse pregado o abstencionismo estatal na seara econômica como forma de garantia de desenvolvimento da iniciativa privada e da livre concorrência no jogo econômico, o que se viu foram resultados diametralmente distintos. No momento em que se furtou de proceder a ingerências no mercado de produção e no consumo de bens, o Estado assistiu a um processo vertiginoso de concentração de renda e capital que ameaçava a própria existência do capitalismo, pois nociva ao pressuposto de igualdade de condições entre aqueles que disputam o mercado econômico. A formação de trustes, cartéis, monopólios e outros conchavos e conluios de natureza econômica entre os detentores do capital do setor produtivo passou a ser prática recorrente. Sendo passíveis de serem manipulados os preços e eliminada a concorrência, expunha-se ao risco a própria lógica capitalista para o processo de produção e consumo.

Constata-se que, ao revés do que sempre se imaginou, para que se mantivesse vivo o sistema social e econômico baseado na propriedade privada e com vistas à persecução do lucro, urgente seria a intervenção estatal no processo econômico, podendo atuar o Estado

---

[61] Há diversas correntes que tratam as concepções do que seja *capitalismo*. Adotamos o posicionamento de Maurice Dobb (1978), influenciado pela teoria marxista que entende o *capitalismo* como modo de produção. A saber: "(...) temos o significado inicialmente conferido por Marx, que não buscava a essência do capitalismo num espírito de empresa nem no uso da moeda para financiar uma série de trocas como objetivo de ganho, mas num determinado modo de produção. Por modo de produção, ele não se referia apenas ao estado da técnica – ao que chamou de estágio de desenvolvimento das forças produtivas – mas ao modo pelo qual se definia a propriedade dos meios de produção e às relações sociais entre os homens que resultavam de suas ligações com o processo de produção. Desse modo, o capitalismo não era apenas um sistema de produção para o mercado – um sistema de produção de mercadorias, como Marx o denominou, mas um sistema sob o qual a própria capacidade de trabalho 'se tornara uma mercadoria' e era comprada e vendida no mercado como qualquer outro objeto de troca. Seu pré-requisito histórico era a concentração de propriedade, dos meios de produção em mãos de uma classe, que consistia apenas numa pequena parte da sociedade, e o aparecimento conseqüente de uma classe destituída de propriedade, para a qual a venda de sua força de trabalho era a única fonte de subsistência". (p.17) O liberalismo foi certamente a doutrina política que mais de adequou ao modo de produção capitalista, por defender que a esfera privada era capaz de autodeterminar os rumos do mercado e da economia, com o mínimo de intervenção estatal possível.

como agente produtor dos serviços postos em circulação, ou mesmo indiretamente, atuando através da regulamentação da prática mercantil.

3.2 A (des)ordem do panorama social e o surgimento do proletariado. A reação da Igreja Católica, dos pensadores e dos filósofos. Constitucionalização de direitos sociais, econômicos e coletivos. Surgimento do Direito do Trabalho.

Assim como já dito anteriormente, o cenário social fruto da urbanização e da industrialização dos grandes centros foi outro fator que contribuiu sobremaneira para a crise do *État Gendarm*. Desenha-se uma sociedade massificada, conflituosa e turbulenta, em virtude da concentração exacerbada de renda, do elevado grau de desemprego e da ausência de perspectivas satisfatórias, principalmente no momento após a Primeira Guerra Mundial. A insurgência massiva popular era a resposta às práticas sociais liberais, que por serem fundadas em concepções estéreis de liberdade e igualdade, acabaram por promover um panorama de absoluta exploração do homem pelo homem, por negligenciarem a identificação de traços diferenciadores entre os cidadãos a respeito de suas identidades:

> O Estado *(liberal)* é inacessível a essas razões sociais ou morais. Regela-se na frieza de uma fórmula jurídica e réplica indiferente: Todos são iguais perante a lei. O Estado não faz favores. Fortes ou fracos, têm todos que sofrer essa igualdade (...) com essa igualdade majestática, proíbe igualmente a ricos e pobres, de dormir debaixo das pontes, furtar pão ou mendigar na rua. O Estado não se conturba. Defende-se com uma dessas armas gastas, através do regime antigo, o feudal, ou o capitalista, no serviço de todas as injustiças e espoliações – *Dura lex, sed lex.* É a velha máxima opressora com que os fortes esmagam os fracos e os felizes os desafortunados.[62]

O engajamento político da Igreja Católica foi também decisivo para a transformação política e ideológica dominante. O marco histórico da edição da Carta Encíclica *Rerum Novarum*[63], de autoria do Papa Leão XIII, tratando acerca de medidas a serem tomadas em

[62] MANGABEIRA, João. *apud* BELOCH, Israel*;* ABREU, Alzira Alves. (Coord.), 1984, p.119.

[63] "(...) Quanto aos ricos e aos patrões, não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem, realçada ainda pela do Cristão. O trabalho do corpo, pelo testemunho comum da razão e da filosofia cristã, longe de ser um objeto de vergonha, honra o homem, porque lhe fornece um nobre meio de sustentar a sua vida. O que é vergonhoso e desumano é usar dos homens como de vis instrumentos de lucro, e não os estimar senão na proporção do vigor dos seus braços. O cristianismo, além disso, prescreve que se tenham em consideração os interesses espirituais do operário e o bem da sua alma. Aos patrões compete velar para que a isto seja dada plena satisfação, para que o operário não seja entregue à sedução e às solicitações corruptoras, que nada venha enfraquecer o espírito de família nem os hábitos de economia. Proíbe também aos patrões que

reação àquelas condições subumanas às quais eram submetidos os proletários, era uma clara tomada de posicionamento pelo clero em resistência à feição abusiva e desarrazoada de exploração promovida pelo capitalismo burguês.

No campo das ciências sociais e da filosofia política, a corrente ideológica do socialismo, em todas as suas diversas manifestações teóricas - seja o socialismo cristão, o utópico ou o científico - aparecia como construção doutrinária suficiente na resolução dos problemas advindos do capitalismo desumano, que havia assolado os países que o adotaram como sistema econômico e ideológico, por ser a ele antagônico em suas premissas[64]. Efervescem os movimentos sociais insurgentes que bradavam pela emancipação dos trabalhadores na condução de suas vidas, com a promessa libertária de uma sociedade igualitária, justa e acessível a todos. Constrói-se uma nova dimensão de democracia, agora com fulcros na idéia de democracia social, com a efetiva participação das camadas populares no processo político, que haviam sido até então esquecidas.

No que se concerne à atividade dos juristas, o percebido foi que, do alto da frieza do formalismo liberal, o Direito se viu tratando igualitariamente cidadãos que, se analisados em suas circunstâncias peculiares no caso concreto, certamente apontariam para razões que demandariam tratamento diferenciado entre eles. Para tanto, necessário fossem explicitadas as circunstâncias a justificar tais tratamentos diferenciados; a criança trabalhadora deveria ser tratada de forma diferenciada, assim como o idoso e a mulher gestante. Não tardou para que se visualizasse a devida reação à insensibilidade vigente no Estado Liberal:

> O direito entra em crise por não resolver os problemas sociais que surgem em face da nova realidade econômica e social da época. Para justificar a desigualdade crescente entre os capitalistas e o proletariado, são desenvolvidas diversas teorias nesse período. Algumas, pregando o caráter irremediável da pobreza (Ricardo, Malthus), outras, preconizando a superioridade de umas raças sobre as outras (Gobineau) ou a não-interferência do Estado ante os abusos do poder econômico (Adam Smith) (GUERRA, 2004, p.42).

---

imponham aos seus subordinados um trabalho superior às suas forças ou em desarmonia com a sua idade ou o seu sexo. Mas, entre os deveres principais do patrão, é necessário colocar, em primeiro lugar, o de dar a cada um o salário que convém. Certamente, para fixar a justa medida do salário, há numerosos pontos de vista a considerar. Duma maneira geral, recordem-se o rico e o patrão de que explorar a pobreza e a miséria e especular com a indigência, são coisas igualmente reprovadas pelas leis divinas e humanas." Trecho da Carta Encíclica Rerum Novarum, disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html. Acesso em 24/04/2007.

[64] Em todas as vertentes do socialismo há a proposição pela releitura do direito de propriedade privada. Embora alguns se expressem em termos mais ortodoxos, o elemento central de identificação entre tais construções doutrinárias é a nova roupagem que se dá ao direito de propriedade privada, tido até então por absoluto no liberalismo.

O caminho encontrado pelo Direito na tentativa de solucionar as mazelas sociais foi buscar a positivação constitucional de direitos sociais, coletivos e econômicos. Antes idealizado como mero documento normativo de organização jurídico-política de uma comunidade social, a Constituição passa também agora a ser entendida como um repositório de direitos não apenas individuais, mas também daqueles dotados de dimensões sociais, coletivas e econômicas. As Constituições mais emblemáticas, desse momento histórico, são a Constituição de Queretaro (México /1917) e a Constituição de Weimar (Alemanha/1919), que colaboram para a ruptura paradigmática do Direito vigente ao redefinir os propósitos a que se presta a Carta Fundamental de um país:

> A segunda geração aparece com os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos, portanto, de base social. Surgem primeiramente como "deveres" impostos ao Estado já na Constituição Francesa de 1791, como *secours public* às crianças abandonadas, aos pobres enfermos e inválidos, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição Francesa de 1848, cujo preâmbulo fazia referência à necessidade de se assegurar uma repartição mais justa entre encargos e vantagens sociais. A subjetivação ou a definição mais clara desses direitos esperará a Constituição do México de 1917 e de Weimar de 1919, sem nos esquecermos da Declaração de Direitos russa de 1918. No Brasil, surgirá com o texto constitucional de 1934 (SAMPAIO, 2004, p. 261)

Passa-se agora a admitir-se que a Constituição também devesse tratar de direitos dotados de dimensão prestacional, e não apenas acerca daqueles classicamente consagrados que garantiam os espaços das liberdades negativas dos particulares e de seus respectivos direitos políticos de participação na democracia representativa[65].

Paralelamente ao movimento de positivação constitucional de direitos sociais econômicos e coletivos, deu-se a rápida evolução do Direito Trabalhista, que atinava para a diferença de condições entre os contratantes na relação laboral, denunciando a hipossuficiência do empregado em relação às condições gozadas pelo empregador. Tendo em vista a dissonância de postos entre a classe proletária e a classe patronal, fazia-se necessária a elaboração de um complexo de normas protecionistas à parte mais débil da relação contratual. Alguns diplomas legais passaram a regrar a atividade trabalhista, normatizando a carga

[65] Embora tenha sido vanguardista o arrolamento de direitos fundamentais nas Cartas Fundamentais nesses países, o que se viu foi o forte movimento reacionário de cunho liberal que tratou de esvaziar a força normativa desses estatutos, ao estabelecer a teoria da programaticidade das normas constitucionais e a aplicabilidade dos direitos sociais e econômicos "no limite do possível". O tema será enfocado de maneira mais percuciente no decorrer do estudo.

horária dos trabalhadores, em especial as crianças e as mulheres[66]. Ademais, o surgimento de associações de classes laborais foi inevitável:

> (...) Começam a agrupar os homens em massa compacta em torno das máquinas. E essas massas, sem as quais o progresso não era possível, começaram a perceber ao longo do tempo, que não lhes fora reservado um lugar humano na estrutura social individualista. O sofrimento, amplificado pelas crises econômicas, levou-os a se unirem, a se organizarem. Assim, a vida comum das oficinas, o trabalho em manufaturas e depois em maquinofaturas, despertam entre os operários a consciência de sua comunidade de interesses. (...) Assim, a miséria é grande: nenhuma higiene nas oficinas, nenhum saneamento nos quarteirões operários, que estão superlotados. (...) esta mão-de-obra toma pouco a pouco *consciência de sua miséria*, da comunidade de seus interesses, de seu poder político. (...) Assim, a técnica, criando uma nova psicologia e apoiada pelas novas forças econômicas, conduz a uma transformação da atmosfera doutrinária e política. *É este clima que explica o nascimento do movimento operário moderno do sindicalismo.*(GOMES, 2003, p. 500-501)

Impondo restrições e condições mínimas aos conteúdos dos contratos da esfera privada, o Estado passa a intervir na esfera da autonomia dos particulares, justamente por entender não haver possibilidade de exercício pleno da autonomia da vontade por parte de determinados cidadãos em circunstâncias particulares, dando ensejo assim à atuação estatal. Não é outra a justificativa filosófica e jurídica para se passar a admitir o dirigismo contratual nos domínios do Direito Civil, situação na qual o Estado intervém na avença estabelecida entre particulares para evitar que sejam acometidos abusos e discrepâncias nas cláusulas e convenções estabelecidas.

Buscando garantir com isso a justiça contratual em detrimento de uma árida idéia de manutenção da autonomia privada, o Estado trabalha com uma concepção material de liberdade e igualdade, em substituição à liberdade aritmética e formal do constitucionalismo clássico. Tomando para si a responsabilidade pela materialização dos direitos fundamentais dos cidadãos, o Estado renuncia ao papel de garante de uma pretensa igualdade formal entre os cidadãos e passa a adotar uma postura ativista de transformação social, com vistas à correção de desigualdades sociais vigentes, em contraponto ao passivismo pregado pelos positivistas pós-revolucionários.

O Estado não é mais um garantidor de espaços negativos de atuação dos particulares em defesa deles, em relação a si próprios e em relação ao Estado. É agora um ente corretivo das desigualdades sociais, concretizador de direitos sociais, econômicos e coletivos, através

[66] "O Estado passa, como forma de compensar e diminuir os conflitos sociais, a intervir na ordem privada, estabelecendo alguns direitos mínimos aos trabalhadores, especialmente às crianças e mulheres. A lei penal de Peel (Moral and Health Act), em 1802, é a pioneira e surge para regular o trabalho dos menores, lançando os fundamentos de um direito novo e mais humano". (GUERRA, 2004, p.52).

de suas intervenções diretas ou indiretas no domínio econômico[67]. Mesmo o Poder Judiciário entende que é sua a missão de transformação social, através da teoria do *constitucionalismo dirigente*. Nas atribuições do Poder Executivo, há a rejeição do Estado Mínimo do liberalismo para a sua respectiva substituição pelo Estado promotor de uma situação de bem-estar social. Passa a ser repudiada a idéia obsoleta de modelagem do *État Gendarme*, passando a assumir o posto de maior aceitabilidade, o protótipo estatal do *Welfare State*.

3.3 A releitura dos direitos fundamentais: o caráter prestacional dos chamados direitos de 2ª geração e a transformação da esfera pública em *super-ego* da sociedade.

A reestruturação institucional do liberalismo fez não apenas com que surgisse a demanda popular pela garantia de novos direitos fundamentais, mas também promoveu mudança substancial na operacionalização dos chamados direitos de primeira geração. Em que pese o liberalismo apregoava a defesa do direito à vida, à propriedade, às liberdades de credo e expressão, para que uma pessoa fosse considerada deveras *livre*, era necessário que ela usufruísse das mínimas possibilidades materiais de subsistência.

A tão propalada *liberdade contratual* era severamente questionada em situações nas quais se percebe que há uma relação díspar entre os sujeitos do vínculo contratual: como reputar serem iguais duas pessoas que formulam um contrato, caso uma gozasse de grau de instrução acadêmica de nível superior e a outra parte fosse semi-analfabeta? A garantia da *igualdade material* entre os cidadãos passa a ser tida como pressuposto para o pleno exercício da *liberdade*, trazendo com isso a exigência de igualitária distribuição de oportunidades e condições entre os participantes do processo político, especializando-se as necessidades e resguardando os mais carentes com a incisiva atuação estatal (mulheres, crianças, idosos, trabalhadores, consumidores). Nesse plano, o direito de propriedade anteriormente admitido em termos quase sacros no paradigma liberal de Direito, embora não deixe de ser caracterizado como um direito fundamental, absorve nova dimensão de exigência do cumprimento da sua respectiva *função social.* O interesse do particular em garantir sua

[67] Fato histórico de suma importância para demonstrar o papel assumido pelo Estado é o programa governamental americano do *New Deal*, de autoria de Franklin Roosevelt. De feição eminentemente social, o programa político de Roosevelt propõe intensa intervenção estatal na economia para reparar as distorções sociais ocorridas após a crise econômica e o *crack* da bolsa de valores de Nova Iorque, ocorrida em 1929. O *New Deal* surge como resposta governamental à crise social advinda no período da Grande Depressão Americana.

propriedade haveria de conjugar-se aos interesses da coletividade, que agora também passaria a ter pretensões legítimas sobre a propriedade de outrem, sob os critérios e parâmetros de aproveitamento racional e produtividade[68].

Neste plano, se anteriormente a igualdade e a liberdade eram idéias abstratas, formalistas e descontextualizadas, os seus conteúdos passam a ser construídos através da participação direta do Estado, seja através da instituição de tratamento privilegiado pela legislação dos hipossuficientes, pela atuação administrativa em programas e projetos assistencialistas, ou mesmo por decisões judiciais ativistas. Dessa forma, os juristas passam a manejar e compreender o Direito como ferramenta de transformação social e garantidor do bem-estar da população. Mas em nenhum momento há o abandono dos direitos fundamentais conquistados em outros momentos históricos, pois

> (...) Não se trata apenas do acréscimo dos chamados direitos de segunda geração (os direitos coletivos e sociais), mas inclusive da redefinição dos de primeira (os individuais); a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação, ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material. (CARVALHO NETO, 2006, p. 480)

Com este processo há a transformação ontológica de vários direitos fundamentais já reconhecidos no decorrer da história, visto serem atribuídas a eles novas dimensões, gerando intensas releituras de direitos e instituições jurídicas existentes. Em nenhum momento, os direitos reconhecidos anteriormente perdem a sua eficácia ou reconhecimento normativo, como se fossem tidos por anacrônicos e/ ou superados por uma nova geração[69] ou gama de direitos fundamentais. O que há é um reexame do direito vigente[70], com o conseqüente

---

[68] O disposto no Artigo 184 da Constituição Republicana Brasileira de 1988 reflete os novos contornos dados ao direito de propriedade nesse paradigma ao só considerar cumprida a função social de uma propriedade rural se houver o seu aproveitamento racional e adequado, bem como a observância das disposições trabalhistas.

[69] Assim como alertamos nosso leitor, a teoria da *indivisibilidade dos direitos fundamentais* rejeita veementemente o termo "geração" na identificação das fases históricas de reconhecimentos de direitos fundamentais, pelo fato de que o vocábulo teria o condão de induzir ao equívoco de que um direito fundamental fosse mais prestigiado do que outro por pertencer a uma "geração" mais recente. Como alternativa, há a referência a estes momentos como sendo as "*dimensões*". O direito civil de propriedade seria um direito de 1ª dimensão, enquanto o direito à educação seria compreendido como um direito de 2ª dimensão. Resguardado estaria o valor do direito de propriedade, mas também submetido a um processo de inevitável releitura.

[70] "Percebe-se desde o início que, embora os direitos individuais e sociais sejam grupos de direitos com características próprias, não são estanques. Quando no pós-Primeira Guerra se fala em direitos fundamentais dos seres humanos, não se refere somente dos direitos individuais, mas também aos direitos sociais. Este novo componente dos direitos fundamentais dos seres humanos passa, a partir desse momento, a formar um novo todo indivisível dos Direitos Humanos." (MAGALHÃES, 2000. p. 46-47).

acréscimo de racionalidade que o determinado momento histórico impõe. A lição de Sampaio (2004) é pertinente ao que se expõe:

> Não desprezível também é a mutação de natureza de algumas pretensões por força da evolução do sistema de direitos, com a inclusão da sua matriz social, como se deu com a propriedade deslocada de sua natureza eminentemente pessoal ou de direito individual de primeira geração para compor a ordem econômica, por ter uma função social a cumprir. Assim também, os direitos políticos, especialmente o sufrágio, antes assimilados à propriedade e ao sexo masculino, viram-se emancipados do duplo condicionamento para se converterem em direito universal, regrados agora somente pela idade. (p.262).

O princípio da Separação de Poderes estatuído pelos filósofos jusnaturalistas e contratualistas sofre aguda revisão por parte dos juristas nessa época. Se antes tal construto filosófico-jurídico se assentava numa distribuição igualitária de atribuições de *poderes* dentro do aparato jurídico da máquina estatal, passa a se admitir tão-somente a repartição de funções dentro do Estado, sendo considerado *uno* o poder estatal.

Assim, um órgão estatal poderia ser incumbido de competências anteriormente características de outro órgão, e mais do que um sistema de "vasos estanques", a distribuição das funções se assemelhava a um sistema de "vasos comunicantes". Foram derrocadas então as comportas das clássicas barreiras e limitações jurídicas para a atuação dos órgãos estatais, o que faz com que não sejam sempre nitidamente perceptíveis tais diferenciações funcionais:

> Sob o paradigma do Estado Social, assim como os direitos fundamentais, o princípio da separação de poderes é reinterpretado. (...) O poder Executivo passa a ser dotado de instrumentos jurídicos, inclusive legislativos, de intervenção direta e imediata na economia e na sociedade civil, em nome do "interesse coletivo, público, social ou nacional. Ao Poder Legislativo, além da atividade legislativa, cabe o exercício de funções de fiscalização e de apreciação da atividade da Administração Pública e da atuação econômica do Estado. Ao Poder Judiciário cabe, no exercício da função jurisdicional, aplicar o direito material vigente aos casos concretos submetidos à sua apreciação, de modo construtivo, buscando o sentido teleológico de um imenso ordenamento jurídico. Não se prendendo à literalidade da lei e à de uma enormidade de regulamentos administrativos ou a uma possível intenção do legislador, deve enfrentar os desafios de um direito lacunoso, cheio de antinomias. (OLIVEIRA, 2002, p. 60-61)

Restava combalida também a ingênua ilusão do positivismo acerca da completude e harmonia de um Ordenamento Jurídico Estático, que acaba cabalmente rechaçada pela realidade fática: a chamada *inflação legislativa*[71], com a enxurrada de documentos legais a

[71] "(...) a necessidade duma legislação de urgência que responda às transformações rápidas do ser social vai corromper o próprio conceito de lei, pois que ela em grande número de casos acaba por reduzir-se a medidas econômicas de curta duração. Em vez duma norma solenemente firmada para, em circunstâncias excepcionais de sacralidade, regular a conduta dos homens, encontramos uma multidão de princípios-regras que exprimem a

regrar a vida social, a dificuldade hermenêutica de se operar a interpretação literal/gramatical dos textos legislativos com a descoberta da existência de lacunas, antinomias, contradições entre textos legislativos, fez com que se levasse à falência o ideário racionalista que cria na aptidão do texto legal para a resolução de todas as controvérsias quotidianas.

Não subsiste assim nem mesmo a crença na codificação do Direito como remédio à balbúrdia legislativa, como se a sistematização de diplomas legais fosse capaz de gerar segurança jurídica, haja vista que o volumar da complexidade das relações sociais e o inexorável advento de situações dantes não previstas fazem soçobrar tal esperança[72].

A hermenêutica clássica, árdua defensora da atividade silogística/mecânica de aplicação da lei na busca da vontade do legislador, via-se atada de recursos para a atividade decisória do caso concreto, por se ater sobremodo à vontade da lei ou do legislador, imaginando que o texto legal seria capaz de exaurir em sua estrutura, tais desígnios[73].

---

motorização do legislativo, com o inevitável efeito duma inflação legislativa". (SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt, *apud* CLÈVE, Clèmerson, 2000 p. 58).

[72] Entretanto, há ainda quem entenda que o aumento do número de diplomas legislativos seria a solução bastante para assegurar a segurança jurídica: "Anote-se que a Constituição, concebida como um sistema aberto de regras e princípios, não pode ser estruturada exclusivamente em torno de cada um deles. Com efeito, um modelo constituído exclusivamente por regras conduziria a um sistema legislativo de limitada racionalidade prática, **com uma disciplina legal exaustiva e completa**. **Embora dotado de segurança jurídica, o sistema constitucional assim concebido** não proporcionaria espaço livre para a sua complementação e desenvolvimento do sistema, já que ele é necessariamente aberto". (CARVALHO, 2007, p.522, grifo nosso). Divergimos do entendimento esposado em virtude de que a existência ou não de vastas regras detalhadas em um numeroso rol de diplomas legais não é capaz de gerar segurança jurídica aos destinatários do Ordenamento Jurídico. Pelo contrário. Como textos/eventos a serem interpretados, o detalhamento de regras em diplomas legais também dará azo a inúmeras leituras e interpretações. Nesta esteira, podemos trazer a Constituição Estadunidense de 1787 como o exemplo inverso, pois que embora seja classificada como sumária/sintética em virtude do rol diminuto de dispositivos, foi capaz de conduzir a sociedade daquele país a uma experiência democrática.

[73] A título de curiosidade, queremos registrar aqui o atraso da hermenêutica clássica positivista ao depositar suas esperanças no diploma legal para a resolução das controvérsias sociais. Em sua filosofia, Aristóteles (384-322 a.C.) já previa a insuficiência de um texto legal para prever de maneira exaurida as hipóteses fáticas acerca de determinada realidade. Para o autor, não sendo suficiente a previsão estabelecida pelo texto legal, restava ao aplicador do direito o emprego da *eqüidade*, que seria operada tal qual a régua de chumbo dos arquitetos da ilha de Lesbos. A citada régua de chumbo caracterizava-se por sua maleabilidade, que permitia aos seus usuários fazerem a exata medição de pedras que não fossem possuíssem a superfície lisa. A operação de moldar a régua de chumbo à superfície do mineral era a alternativa que os arquitetos encontravam para desvendar a medida procurada. À eqüidade caberia o mesmo papel: ser um recurso de solução de insuficiências do texto legislativo na previsão das hipóteses fáticas.

3.4 Um novo método de operacionalização do Direito: a proposta neo-positivista/normativista de Hans Kelsen.

3.4.1 Preliminarmente: considerações sobre o positivismo lógico do Círculo de Viena, a Teoria da Figuração Proposicional de Ludwig Wittgenstein que influenciaram a obra Teoria Pura do Direito.

Introdutoriamente, imperioso esmiuçar o paradigma científico filosófico no qual o pensamento e a doutrina Hans Kelsen (1881-1973) estavam inseridos. De origem austríaca, Kelsen em muitos momentos participou dos encontros e discussões filosóficas do chamado Círculo de Viena, movimento filosófico perfilhado ao positivismo lógico. Embora tenha reunido pensadores das mais variadas categorias profissionais, tal escola filosófica convergia todos os seus pensadores em seu pressuposto básico da concepção de que *Ciência* seria somente aquele conhecimento embasado na lógica matemática, e que possui como principal tarefa a descrição de eventos da natureza através de proposições lingüísticas. A comunidade técnica (dos mais variados segmentos do conhecimento) se mobilizava na tentativa de absorver harmonicamente os impactos da Revolução Científica, procurando uma linguagem uniforme que conjugasse todos os ramos epistemológicos do saber humano.

Em que pese esse monumental esforço, é interessante asseverar que, neste dado momento histórico, o paradigma liberal principiou a expor suas fissuras teoréticas, vendo serem abaladas suas principais bases de sustentação, decorrente da sua debilidade em atender satisfatoriamente os anseios e as novéis demandas de uma sociedade contumaz na procura por respostas mais requintadas. À míngua de soluções suficientes, a Ciência passou a centrar suas atenções na resolução das aporias do racionalismo filosófico, sem, contudo, operar uma *mudança estrutural* nas convicções e compreensões científicas daquele paradigma científico, mantendo incólume alguns dos seus preceitos basilares.

Em sendo assim, as idéias de Wittgenstein e Hans Kelsen, mesmo que aferradas em sua origem no paradigma do racionalismo filosófico, demarcaram verdadeiros elementos de transição para um novo paradigma de racionalidade científica, seja ela na seara política, moral, filosófica ou jurídica. Por serem assim, assumem alguns traços de identificação as aludidas teorias, a serem esmiuçados a seguir.

De autoria de Ludwig Wittgenstein (1889-1951), a *Teoria da Figuração Proposicional*, representada pelo aforismo 2.1: "Fazemo-nos figurações dos fatos" é a pedra de toque de toda a ideologia do Círculo de Viena, pois concentra seus esforços na análise lógica da *linguagem*[74]. Tal teoria basicamente apregoa que a verificabilidade empírica de uma proposição seria o seu atributo apto a dar o predicado de *verdadeira* a uma proposição.

Em sendo assim, não se pode querer dizer que a proposição "O peixe é bonito" seja considerada verdadeira, pois se ela for submetida à análise empírica, fatalmente a sua veracidade não poderá ser comprovada, pois que o indivíduo *A* pode considerá-lo bonito para os seus padrões, ao passo que o *B* pode não entender assim. Mas se estatuto através da proposição "O peixe possui 29 dentes" e estabeleço a comparação entre minha proposição e o estado de coisas[75] referenciado, eu terei a possibilidade de demonstração na realidade dos fatos que aquele animal a qual me refiro possui 29 estruturas ósseas guarnecidas em sua mandíbula. Logo, tendo sido testada e aprovada a proposição "O peixe possui 29 dentes" pelo crivo da *verificabilidade empírica*, pode-se dizer que ela é uma proposição verdadeira, típica do *conhecimento científico*, em contraposição àquela "O peixe é bonito", que seria espécie de proposição especulativa, própria de um conhecimento qualitativamente inferior.

Nessa esteira, imbuído das mesmas pretensões de Wittgenstein em estabelecer limites para a linguagem, o Círculo de Viena tinha absoluta preocupação com o emprego do vocabulário e com a linguagem científica, centrando esforços para encontrar *as* palavras dotadas de univocidade na apreensão dos sentidos. Para os pensadores daquela época, acaso se quisesse construir um conhecimento objetivo, científico, ele deveria ser dotado de uma linguagem técnica, depurada de ambigüidades e de substantivos sem correspondências observáveis na realidade. Ainda no ensejo do exemplo dado, vê-se que na proposição "O peixe é bonito" há o emprego de adjetivo que traduz a idéia de *beleza*, que por sua vez é um vocábulo débil de tecnicidade por ser ambíguo e impregnado de subjetividade. Noutro giro, quando se trabalha com números (no caso o 29) se tem maior possibilidade de ter certeza e segurança quando houver o cotejo entre o estado de coisas e a proposição. Se os números

[74] A citada teoria foi exposta por Wittgenstein em sua obra *Tractatus Logico-Philosophicus.* Mais do que uma obra, o *Tractatus* (assim o denominaremos a seguir) significou uma ruptura paradigmática na filosofia, por considerar despiciendo a tarefa filosófica de especular acerca de realidades não demonstráveis pelos sentidos humanos. Impende ressaltar que o *Tractatus* possui três temas fundamentais: a *lógica*, a *linguagem* e o *mundo.* A estrutura na qual a obra foi redigida segue um modo inovador, pois o seu discurso não apresenta um encadeamento de raciocínios, mas sim uma seqüência numerada de proposições ou sentenças formuladas como *aforismos.*

[75] "*Espaço, tempo e cor (coloridade) são formas dos objetos*". (aforismo 2.0251 do *Tractatus*). Logo, todo o objeto, tendo a forma do espaço, do tempo ou da cor, também deve ter a possibilidade da relação com outros objetos. Da relação dos objetos dá-se o estado de coisas.

seriam fonte maior de confiabilidade, por serem eles os instrumentos empregados pelas ciências exatas, fato é que estas ciências haveriam de ter um maior grau de previsibilidade e certeza do que as demais. É por isso que os pensadores vienenses encaravam com certo desdém os ramos epistemológicos que não seguiam a sua estrutura metodológica, tais como as ciências humanas e sociais.

O Direito, por usar uma linguagem que se referia a critérios de *justiça, boa-fé, lealdade, probidade,* abre portas ao irracionalismo que despiria o Direito do atributo de cientificidade. Como demonstrar, na realidade dos fatos, o que é *a* justiça? Portanto, o hiperempirismo do positivismo lógico do Círculo de Viena imaginava que restaria comprometida a *veracidade* de uma norma jurídica que se pretenda válida, bem como qualquer outra modalidade de pretensão de validade, caso elas se refiram a termos que não são encontrados na realidade dos sentidos humanos.

Se uma proposição elementar corresponde a um estado de coisas que efetivamente ocorre, então ela é verdadeira, ou se do contrário, a proposição é falsa. Mas as proposições de conteúdo devem ser sempre fundadas na empiria, não se podendo imaginar que houvesse uma proposição não passível de demonstração (ou o que o idealismo de Immanuel Kant chamaria de *a priori*):

> "Na concordância ou na discordância de seu sentido com a realidade consiste sua verdade ou falsidade" (2.222).
> "Não existe uma figuração *a priori* verdadeira"(2.225). (WITTGENSTEIN, 1995)

Altera-se assim o próprio conceito de *verdade*, que passa a ser construída pela relação de paralelismo entre a faticidade do mundo e a estrutura lógico-sintática da linguagem, na qual as proposições significativas assumem o ofício de serem veículos na formulação dos pensamentos. Então, só poderia ser considerada *verdadeira* a proposição que encontra a relação de *isomorfia* entre a linguagem e os objetos referenciados no mundo real, que se traduz na correspondência biunívoca entre elementos de dois grupos que são comparados. Esta relação de isomorfia é metaforizada por Wittgenstein (1995) pela forma de se traduzir em partituras as músicas: "O disco da vitrola, o pensamento e a escrita musicais, as ondas sonoras estão uns em relação aos outros no mesmo relacionamento existente entre linguagem e mundo" (aforismo 4.014 do *Tractatus*).

Se há a crença na possibilidade de isomorfia entre a linguagem e o mundo representado, crê-se também na existência de uma coerência nessa relação descritiva. E, para

Wittgenstein, o elemento mediador da correlação de identidade entre o vocábulo e o estado de coisas é a *lógica*, que passa a ser a ordem das possibilidades e que deve ser comum tanto ao pensamento descrito pela linguagem, quanto a totalidade dos fatos: "Já foi dito por alguém que Deus poderia criar tudo, salvo o que contrariasse as leis lógicas. Isto porque não podemos dizer como pareceria o mundo 'ilógico'" (3.031)[76]. Linguagem e mundo possuem limites congruentes, pois tudo aquilo que pode ser linguagem é mundo, assim como tudo aquilo que pode ser mundo pode ser linguagem, pois ambos são *lógicos.* Há a construção de uma engrenagem tripartite de explicação da realidade: a lógica, a linguagem e o mundo. Toda lógica é possível de ser expressa pela linguagem e toda proposição lingüística deve ser lógica. Fora da linguagem e, por conseguinte, fora do mundo, está o *místico*, que é *indizível.*

Wittgenstein imaginava ter assim resolvido todas as polêmicas sobre as quais se debateram os filósofos e os cientistas até então, pois residiriam os problemas nas tentativas que se fizessem em expressar o *místico*, que é aquele fato que **não há no mundo empírico**, sendo o fato também ilógico, não sendo possível sobre ele falar. Grande parte dos problemas científicos e filosóficos só poderia ser resolvido através da análise lógica da linguagem, que permitiria apontar os falos problemas gerados pelos usos ilegítimos dos signos lingüísticos, o que estaria a reclamar uma análise escrupulosa da linguagem pela própria linguagem[77]. Ao serem vertidos rios de tinta acerca do que é *belo*, ou sobre o que é *justo*, sem que, no entanto, tenham chegado a nenhum consenso, os filósofos ainda não teriam compreendido **o que pode ser dito**. É com esta idéia que a obra *Tractatus* é prefaciada pelo próprio autor:

> Trata-se de problemas filosóficos e mostra, creio eu, que o questionar desses problemas repousa na má compreensão da lógica de nossa linguagem. Poder-se-ia apanhar todo o sentido do livro com estas palavras: em geral o que pode ser dito, o pode ser claramente, **mas o que não se pode falar deve-se calar**. (WITTGENSTEIN, 1995, grifo nosso).

As controvérsias filosóficas da Humanidade, que mantiveram a fio, através de milhares de anos, vastas discussões infrutíferas, carentes de lógica e sentido teriam sua gênese em uma discussão que não conduziria a respostas confiáveis:

> Por isso não podemos em geral responder a questões dessa espécie, apenas esclarecer seu caráter absurdo (carente de sentido). A maioria das questões e proposições dos filósofos se apóia, pois, no nosso desentendimento da lógica e da linguagem. (São questões da seguinte espécie: o bem é mais ou menos idêntico do que a beleza?).

---

[76] WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractaus Logico-Philosophicus,*1995.
[77] Cf. MARGUTTI PINTO, 2004, p. 84.

> Não é, pois, de admirar que os mais profundos problemas *não* constituam propriamente problemas. (4003) (WITTGENSTEIN,1995).

A *linguagem* utilizada pelo cientista assume então caráter preponderante, pois é dela a função de descrever com correção unívoca um determinado fenômeno natural, alcançando o entendimento do interlocutor de forma segura. Devemos então procurar articular signos simples, colocando-os em correspondência através duma relação projetiva com a natureza, de forma especular. É esta a faceta *instrumental* ou *representacionista* da linguagem, que é entendida como meio de demonstração da realidade fática de um determinado estado de coisas, na bipolaridade que uma proposição autêntica deve possuir, pois a verdade ou falsidade de uma proposição só pode ser estabelecida com a comparação com os fatos[78]. Imprescindível então que o pesquisador empregue de maneira correta a semântica e a sintaxe em suas proposições, com vistas a inibir equívocos e ambigüidades:

> O sentido de uma proposição é a possibilidade de poder ser reconhecida como verdadeira ou falsa, ou seja, são as circunstâncias ou a condição que permitem verificar sua verdade ou falsidade. É o que deu origem ao que hoje se chama semântica das *condições-de-verdade.* Segundo este critério de sentido, só as proposições científicas têm *sentido*, porque essas descrevem a realidade.(...)
> Entre *figuração e afigurado* deve haver algo idêntico para poder reconhecer o segundo na primeira: "Deve haver algo *idêntico* na figuração e no afigurado a fim de que possa ser a figuração do outro" (2.161). (ZILLES, 1989, p.228-249)

A tarefa da ciência seria descrever um fenômeno natural através de uma linguagem técnica, ordenada pela lógica e referenciada a um estado de coisas. Qualquer outro tipo de proposição que não seguisse essa estrutura padeceria da temível pecha de metafísica, devendo ser refutada incansavelmente pela Ciência, seja de que ramo epistemológico ela pertença.

3.4.2 Kelsen: O abandono de argumentos alheios à Ciência Jurídica na aplicação do Direito. O relativismo dos valores e a existência objetiva das normas.

A epistemologia jurídica esquadrinhada por Kelsen[79] é indubitavelmente uma das que mais tiveram repercussão na Ciência Jurídica. Em verdade, tal prestígio é decorrente da maior

[78] Cf. MARGUTTI PINTO, 2004, p.89.

[79] Querer sintetizar toda a obra de um autor em uma breve resenha é ministério que possui seu contributo pedagógico-acadêmico, mas que incorre no inexorável risco do acometimento de omissões e lacunas na exposição. Por isso debruçaremos nossas atenções nas idéias expostas por Kelsen na versão definitiva de sua consagrada obra *Teoria pura do direito.* Mas, a título de advertência: "Apesar da 'Teoria pura do direito' ter sido

empresa da *Teoria Pura do Direito*, que foi a de procurar dotar o Direito de autonomia didático-científica frente aos demais ramos epistemológicos.

Mantendo-se aferrado ao modelo de racionalidade iluminista e positivista[80], Kelsen procura retrabalhar as bases de operacionalidade do Direito com vistas a tornar objetivo-científico o estudo jurídico, emancipando-o de justificativas de quaisquer ordens alheias ao Direito[81], evitando destarte a interpenetração de alegações ínsitas a outros ramos epistemológicos no campo jurídico. Para Kelsen, isso seria o bastante para evitar o equívoco no qual incorria o dogmatismo jurídico, qual seja o sincretismo metodológico no qual ele sustentava suas bases operacionais.

Comungando com as premissas metodológicas e com as pré-concepções típicas do paradigma filosófico do positivismo lógico, julgava que o Direito deveria fundar-se em proposições da ciência empírica, referenciando-as somente ao mundo dos fatos, sendo empiricamente demonstráveis. A relatividade dos valores que o Direito trataria seria a origem do engodo e da imprevisibilidade que assolavam o Direito. Kelsen imaginou ser a hora de se formular uma teoria jurídica que lhe trouxesse a tão sonhada cientificidade das ciências exatas. E, para tanto, o primeiro passo a ser percorrido seria o desprezo às justificativas jusnaturalistas até então prestigiadas pelo Direito, visto que elas se apóiam na noção metafísica de que há um Direito Natural decorrente da natureza da condição humana a ditar os rumos da dogmática jurídica. Para Kelsen, as escolas do Direito Natural utilizam-se de uma alegoria carente de aceitabilidade racional, por aceitarem como pressuposto metodológico a falaciosa afirmação da existência de *direitos ínsitos à condição humana.*

3.4.3 A neutralidade axiológica do Direito. A delimitação do objeto de estudo da Ciência Jurídica. O sistema piramidal-hierárquico de validade das normas. A validade formal do normativismo kelseniano.

---

a obra mais polêmica, conhecida, admirada e criticada de Kelsen, de forma nenhuma representa a totalidade de seu pensamento, já que grande parte de suas pesquisas foi destinada ao problema da justiça. Durante toda a sua vida Kelsen publicou artigos em que discutiu, de maneira extremamente profunda, temas de filosofia pura, filosofia política, antropologia, sociologia, religião e até mesmo psicanálise, entre outras disciplinas." (MATOS, 2004, p. 16).

[80] Hans Kelsen procura levar o *positivismo jurídico* às suas últimas conseqüências, dando ao Direito a independência e a liberdade de pesquisa que considerava terem alcançado as ciências naturais, tratando-o como uma teoria radicalmente *realista* e *empírica.*

[81] Sejam elas de quaisquer ordens ou espécies: divinatórias, filosóficas, sociológicas ou históricas.

Embora, no momento histórico contemporâneo a Kelsen, várias das ciências exatas tenham revisto os seus pressupostos metodológicos, mitigando a importância da demonstração empírica para a comprovação de uma tese científica, Kelsen, a seu modo, mantém-se ligado às mesmas pretensões da corrente filosófica do hiperempirismo do Círculo de Viena, partindo do pressuposto de que ao cientista do Direito caberia tão-somente a descrição do ponto de vista técnico de seu objeto de análise: o direito positivo. Debater algo atinente ao eventual Direito Natural seria discussão estranha àquela própria da Ciência Jurídica:

> A teoria do Direito Natural é uma teoria dualista, pois, segundo ela, ao lado do direito positivo há um direito natural. A teoria pura do direito, porém, é uma teoria jurídica monista. Segundo ela, só existe um direito: o direito positivo. (KELSEN,1963, p.172).

Ao jurista cabe analisar o Ordenamento Jurídico vigente em uma comunidade, apenas e tão somente o seu Direito Positivo[82], independentemente de outros elementos. Imaginava o autor que com isso conseguiria manter a neutralidade e a *vacuidade axiológica*[83] do Direito, atendendo à necessária postura de distanciamento entre o sujeito cognoscente e seu objeto de estudo, tão cara à cartilha da ideologia positivista. Com isso, entendia-se que ao debate jurídico não competiria absorver argumentos de caráter ético, filosófico, religioso ou político, pois ao Direito incumbiria apenas estudar o conjunto de normas jurídicas legisladas, sendo essas entendidas como o *sentido objetivo dos atos de vontade humana* - pouco importando se os conteúdos dessas normas jurídicas fossem justos ou não. A ausência deste rigor metodológico na operacionalização do Direito seria o fator responsável pela obnubilação em seu estudo e no atraso evolutivo da Ciência Jurídica.

Para o autor, querer examinar se as regras jurídicas de uma comunidade e seus respectivos conteúdos são justos é uma tarefa atinente à sociologia jurídica, à política, à filosofia. Já ao Direito caberia a descrição do Ordenamento Jurídico globalmente eficaz,

---

[82] "O direito positivo, para Kelsen, é uma ordem social ou um sistema de normas que se destina a reger a conduta mútua dos homens. E as normas que pertencem a esse sistema são as normas positivas, as normas 'postas' ou 'criadas' por atos humanos que se desenvolvem no espaço e no tempo (...) Considerado como um sistema de normas, o direito positivo se constitue (sic) em objeto de uma ciência normativa, cujo papel será o de descrever as normas. Seja do ponto de vista estático - em que considera o direito como um sistema de normas que determina a conduta dos homens-, seja do ponto de vista dinâmico - em que o vê como um conjunto de comportamentos determinados pela norma- a ciência do direito tem como objeto as normas postas, ou positivas." (MIRANDA AFONSO, 1982, p.24).

[83] A expressão é utilizada por GOYARD- FABRE, ao explicar a teoria positivista de Kelsen, em *Os fundamentos da Ordem Jurídica.* Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XXVII.

desprezando-se o fato de que o conteúdo das normas seja moral, imoral ou amoral segundo uma dada perspectiva axiológica.

Sendo o conteúdo das normas jurídicas fato alheio à tarefa do jurista, a ele caberia o exame atinente à validade dessas normas, que teria como critério de aferição somente a sua *forma.* Logo, para discernir uma norma jurídica válida de uma norma jurídica inválida, necessário que ela encontrasse o seu fundamento de validade em um sistema formal de hierarquia normativa[84] que teria em seu topo uma *norma hipotética fundamental,* a subjugar a legitimidade formal de todo o Ordenamento Jurídico de uma comunidade, inclusive as suas normas constitucionais[85]. Perceba-se que com isso, embora a pirâmide normativa fosse composta por normas jurídicas do direito positivado, ela manteria referência e o dever de obediência a uma norma alheia ao sistema do direito positivo, cabendo a ela o papel de fiadora de todo o sistema piramidal de normatividade:

> A validade [*das normas jurídicas*] não resulta de seu conteúdo. O direito pode ter qualquer conteúdo e nenhum comportamento humano é em si mesmo inapto a se tronar objeto de uma norma jurídica. A validade de uma tal norma não é afetada pelo fato de que seu conteúdo se opõe a um valor qualquer, moral ou outro. Uma norma jurídica é válida se foi criada de uma maneira específica, a saber, segundo regras determinadas e um método específico. O único direito válido é o direito positivo, aquele que foi "posto". Sua positividade reside no fato de que ele procede necessariamente de um ato criador e por isso é independente da moral e de qualquer outro sistema normativo. As normas de direito natural e as da moral são, ao contrário, deduzidas de uma norma fundamental que, em razão de seu conteúdo, presume-se que surge de maneira imediatamente evidente como uma emanação da vontade divina, da natureza ou da razão pura. A norma fundamental de uma ordem jurídica é de uma outra natureza. Ela se limita a indicar como as normas de tal ordem são criadas; ela inclusive põe o princípio de sua criação. Ela é, portanto o

---

[84] O sistema de hierarquia normativa aludido por Kelsen é metaforicamente representado por uma pirâmide, donde o seu topo seria a guarida de legitimidade das normas inferiores, e que por sua vez também seria garantes das localizadas logo abaixo, e daí por diante. Os antecedentes históricos desse sistema hierárquico de fundamento das normas jurídicas são encontrados nos mais remotos momentos da humanidade; o episódio descrito pela tragédia grega *Antígona* descreve a desobediência da protagonista em relação à lei positivada do rei Creonte em virtude da sua incompatibilidade com uma pretensa *lei natural.* Aristóteles, ao formular o seu conceito de *eqüidade,* parte do pressuposto de que uma lei positivada pode ser ilegítima ao ser aplicada no caso concreto, por desconsonante com o conteúdo de uma lei natural. Citem-se também as idéias do senador romano Cícero a respeito da existência de uma lei eterna traduzida pela lei reta da razão a ditar o conteúdo do direito positivado, que influenciaram sobremaneira Santo Agostinho, que promove o escalonamento de validade das normas de conduta: no topo a *lex aeterna,*seguida logo após pela *lex naturalis* e finalmente pela *lex humana.* Santo Tomás de Aquino, por seu turno, também mantém em sua doutrina filosófico-religiosa o citado escalonamento agostiniano, mas passando a vislumbrar agora a existência de quatro espécies de leis: eterna, naural, humana e divina. A título de curiosidade, outra semelhança que se pode apontar entre a teoria agostiniana e tomista é a consideração de que a lei eterna é o princípio ordenador da universalidade da criação. De qualquer maneira, o que se quer demonstrar é que nos mais diversos e remotos momentos de evolução do pensamento jurídico da humanidade sempre se trabalhou com a idéia de que haveria um sistema hierárquico de normas donde as localizadas em grau inferior haveriam de manter coerência em relação àquelas estabelecidas em patamar mais elevado.

[85] A *norma fundamental* da teoria de Hans Kelsen é recorrentemente referida por seus estudiosos tal como foi grafada originalmente pelo autor em seu idioma pátrio: *grundnorm.*

> ponto de partida de um procedimento e seu caráter é essencialmente formal e dinâmico. Somente a validade das normas de uma ordem jurídica pode ser deduzida de sua norma fundamental, já que o conteúdo das mesmas é determinado em cada caso por um ato particular, que não é um ato de conhecimento, mas um ato de vontade: costume ou procedimento legislativo se se trata de normas gerais, ato administrativo ou ato de direito privado se se trata de normas individuais. (KELSEN, 1988, p.122).

Sendo agora sustentado pelos métodos explicativos originalmente usados pelas ciências exatas, o Direito passa agora a discutir somente *fatos,* realidades e dados empiricamente demonstráveis, sendo que um padrão estrito de um sistema harmônico de *regras positivadas* seria o instrumental de referência de que se valeria o jurista. Com isso Kelsen empreende de maneira radical em sua obra a distinção entre *fato* e *norma* mantida até hoje por muitos autores, de modo que um Ordenamento Jurídico – independentemente de seu grau de complexidade, sua origem ou localização espaço-temporal – seria o objeto claramente delimitado da ciência jurídica[86]. Em sendo assim, não caberia aos operadores do Direito promover eventuais divagações acerca dos valores que tais normas jurídicas contêm, mas tão-somente buscar o enquadramento da hipótese fática em uma determinada hipótese descrita no texto legal, de maneira substantiva, ou quando não for possível tal operação intelectiva, aplicar o Direito de modo discricionário.

Eliminam-se assim quaisquer argumentações de cunho metafísico ou filosófico, cabendo ao jurista que aplica determinada norma positivada o simples debate acerca da hipótese fática, desprezando-se assim toda e qualquer alegação de cunho moral, religioso, metafísico ou filosófico. Se pudéssemos perguntar a Kelsen se o conteúdo de uma lei proibitiva da prática abortiva em determinado país é justo ou moral, certamente ele nos responderia que essa não é uma pergunta pertinente ao Direito. Na hipótese em comento, o que deveriam os juristas é questionar se há uma norma previamente estabelecida pelo Estado que vede a prática abortiva, se houve a vida intra-uterina, e se a conduta daquele a quem se imputa o fato foi mesmo da autoria de quem é naquele momento acusado. Eventuais discussões acerca da aceitabilidade ou não da prática abortiva seriam estranhas ao corte epistemológico por ele estabelecido para o desenvolvimento da Ciência Jurídica. A legitimidade da norma jurídica não seria identificada em seu conteúdo, mas simplesmente no respeito à sua formalidade:

> Quando designa a si própria como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste

[86] Com isso, todo o que fosse considerado Direito seria idêntico ao Estado; com Kelsen, não há mais espaço para se admitir um Direito revelado por Deus ou por uma esfera transcendente oriunda da razão humana.

> conhecimento tudo quanto não pertença a seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Isto quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o princípio metodológico fundamental. .(KELSEN, 1997, p.1)

O formalismo que *Teoria Pura do Direito* de Kelsen atribui à Ciência Jurídica faz com que o autor a classifique como um *sistema dinâmico*, em contraste com o *sistema estático* que outras ordens normativas representam, como por exemplo, o sistema moral de uma comunidade. Enquanto no sistema normativo da moralidade as normas morais podem ter o seu conteúdo deduzido de uma norma geral, em um sistema dinâmico o que se dá é somente o fundamento formal de validade:

> No sistema dinâmico de normas, a norma fundamental fornece somente o fundamento de validade das normas inferiores, e não o conteúdo. Ela atribui poder a uma autoridade legisladora, ou seja, institui uma regra que determina como devem ser criadas normas gerais e individuais do ordenamento.(...)
> O sistema jurídico tem caráter dinâmico, pois uma norma jurídica não vale porque tem determinado conteúdo, mas porque é criada de forma determinada por norma fixada pela norma fundamental pressuposta. Portanto, não há qualquer conduta humana que, por força de seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma ordem jurídica. (GOMES, 2004, p.237).

3.4.4 Do Princípio da Causalidade das Ciências Exatas ao Princípio da Imputação na Ciência Jurídica.

Obcecado pelos atributos de neutralidade, objetividade e exatidão científicas, que considerava encontrar nas ciências naturais, Kelsen imaginava dotar assim o Direito de uma metodologia tão segura quanto aquelas usadas por essas aludidas ciências. Assim como já explanado anteriormente, para que o Direito alçasse a qualificação de saber científico, necessário seria que ele trabalhasse com a observação dos fatos, com os dados da realidade passíveis de demonstração empírica, suportada por uma metodologia estabelecida previamente e que tivesse a mesma racionalidade das ciências naturais.

Kelsen parte do raciocínio que se era o princípio da causalidade a linha de coerência havida no estabelecimento de juízos científicos[87], haveria também o Direito a obrigação de internalizá-lo em sua modelagem teórica. Ora, se era possível que um físico afirmasse exitosamente que **acaso** uma maçã se desprenda do galho de uma árvore, **ela**

[87] Ou como quis Immanuel Kant, *juízos sintéticos a priori.*

necessariamente irá de encontro ao chão, da mesma forma deverá o estudioso da Ciência do Direito poder asseverar juízos com a mesma precisão e certeza (Se *A*, é *B*). **Se** um cidadão comete determinado ilícito penal, ou **se** ele preenche os requisitos para a concessão de determinado benefício, **então** as sanções das normas jurídicas deverão ser aplicadas, mediante a subsunção dos fatos à hipótese descrita na lei (Se *A*, deve ser *B*).

É a relação de *causa-efeito* trazida pelos positivistas na fundamentação da Ciência - e traduzida no princípio da causalidade[88], que será agora transportado ao modelo metodológico de operação do Direito. Kelsen imaginava que era graças ao princípio da causalidade que as ciências naturais alcançaram a sua evolução e seu prestígio, por descreverem os fenômenos e acontecimentos naturais através de leis que versam sobre causas ensejadoras e os efeitos delas oriundos. Nesta perspectiva, se nas ciências exatas vigoraria a causalidade, que ligaria causa e efeito de maneira necessária, no Direito vigoraria *o princípio da imputação*, segundo o qual uma conseqüência **deve** ocorrer **se** a condição a ela atrelada se verifique[89].

Logo, à Ciência Jurídica incumbiria a análise descritiva de um Ordenamento Jurídico, perquirindo se que há uma ordem normativa coativa estatal que liga uma determinada conduta humana ou um ato social indesejável a uma sanção,[90] reduzindo-se assim o objeto da Ciência Jurídica, que passa a ter, na norma positivada dotada de coação, o seu foco de atenção. Não obstante, a competência para a *verificação* da eventual existência da conduta descrita na norma positivada assim como a conseqüente aplicação da *sanção* prevista na lei, seriam tarefas monopolizadas pelo Estado, através de seus órgãos ou membros de órgãos, sejam eles jurisdicionais ou administrativos[91]. Entretanto, não se poderia olvidar do sistema formal de validade das normas jurídicas, que dita que somente seria competente para verificar uma conduta ilícita e aplicar as suas respectivas conseqüências aquele que recebe suas atribuições

---

[88] Ana Paula Repolês Torres, identificando o sistema explicativo dos positivistas como dependentes da explicação das relações de causa e efeito, ironicamente classifica-os como "reféns do *antes* e do *depois*". *Uma análise epistemológica da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.* Revista CEJ, Brasília, n.º33, p.76, abr./jun. 2006.

[89] Assim como ocorreu com Platão e Kant, Kelsen também apruma sua epistemologia na distinção entre duas esferas de mundo na realidade: o "ser" novamente é compreendido como o plano sensível e real, enquanto o "dever-ser" permanece como o mundo inteligível. Tal fratura na explicação da dualidade de mundos configura-se como vezo inexorável no qual incorreram diversos pensadores da Humanidade. Embora o iremos fazer mais demoradamente adiante, desde já apontamos que consideramos que, embora tenha tentado evitar argumentos de cunho metafísico, Kelsen os mantém largamente em sua doutrina, e um dos exemplos mais retumbantes é a mantença da distinção entre um mundo *do que é* o Direito daquele do *dever ser*.

[90] Cf. KELSEN, 1997, p. 41.

[91] Cf. KELSEN, 1997, p. 40.

através de uma norma positivada, também sintonizada com as normas imediatamente superiores a ela[92].

O ato de coação estatal passa a representar assim a *conseqüência* de um ato ilícito, sendo este entendido agora como uma conduta humana que é a *hipótese condicionante* da aplicação da sanção. Segundo este raciocínio, não se pode dizer da existência de uma conduta humana que seja reprovável por si mesma, ou porque contrária aos desígnios de uma ordem divina ou natural, mas somente será considerada ilícita se o Ordenamento Jurídico lhe apontar como o *pressuposto* de um ato de coação estatal[93]. Com isso, libertado estaria o Direito das amarras das justificativas divinatórias ou embasadas em uma esfera transcendental de direitos naturais decorrentes de uma pretensa *natureza humana*, passando a conferir à Ciência Jurídica um valor objetivo[94] e identificando-lhe inteiramente com o Estado.

3.4.5 O sistema dinâmico do Direito como alternativa às insuficiências da Hermenêutica positivista clássica. A classificação dos atos administrativos e judicantes como atos volitivos. O formalismo que leva ao ativismo administrativo e judicial.

Embora Kelsen seja comumente enquadrado dentre os pensadores positivistas, a sua doutrina apresenta traços distintivos em relação às doutrinas até então existentes. Conforme já demonstramos, aquelas doutrinas perscrutavam por uma única resposta correta para a decisão do caso concreto, variando apenas pela busca de uma *voluntas legis* ou por uma *voluntas legislatoris.* Buscar **a** vontade do **legislador** ou mesmo a vontade **da lei** seria uma atividade cognitiva na qual o aplicador do Direito estaria adstrito ao ofício de fidelidade, seja em relação aos legisladores, seja em relação ao diploma legal. Para os positivistas clássicos, o

[92] Percebe-se claramente a influência de Hans Kelsen no Direito Administrativo Brasileiro. Trazemos à lume a lição de Bandeira De Mello (2004) acerca do conceito de *regulamento administrativo:* "(...) pode-se conceituar o regulamento em nosso Direito como ato geral (e de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estreita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à **execução de lei** cuja aplicação demande atuação da Administração Pública." (p. 311). Veja-se que o autor se refere ao regulamento administrativo como um ato normativo hierarquicamente subordinado à lei, por ser dela dependente e por guardar o papel de facilitador de sua execução. Ademais, note-se a importância atribuída ao requisito da *competência* para a sua edição, que para o autor patrício é de iniciativa privativa dos Chefes do Poder Executivo.

[93] Cf. KELSEN, 1997, p. 125.

[94] Residiria no aspecto de existência objetiva a diferença entre uma norma jurídica e um valor. Kelsen alega que os valores não possuiriam existência objetiva, visto que passíveis de relativização de acordo com as condições históricas e sociais de uma determinada comunidade. Em contraponto, as normas jurídicas, por estabelecerem somente as condutas humanas como pressupostos para as suas respectivas sanções, seriam dotadas do citado atributo.

jurista alcançaria a resposta correta a decidir o caso concreto munido de suas faculdades racionais, atendendo apenas aos apelos de sua racionalidade, em detrimento de seus anseios e reclames volitivos.

Contudo, a ocorrência das antinomias bem como as lacunas existentes, nos textos legais, puseram em questão a aceitabilidade das teorias existentes. E sem dúvida, ao sugerir o aspecto dinâmico do Direito, através do seu conjunto de autorizações e procedimentos capazes de conferir competências e atribuições a autoridades ocupantes de cargos públicos, Kelsen sugere um novo modelo de aplicação normativa. Abandonando o entendimento de que a aplicação do Direito fosse simplesmente a cognição do conteúdo de uma norma estabelecida anteriormente, Kelsen alega que o órgão de aplicação do Direito também exerce não apenas a sua racionalidade, mas também realiza um ato de vontade. Segundo essa concepção, o ato jurídico não seria apenas a aplicação de uma norma superior que lhe garantiria validade, mas também seria a produção de uma norma jurídica inferior, sujeita à vontade do aplicador. Kelsen negava a noção positivista clássica de que não haveria um papel criador do aplicador do Direito, no qual o magistrado ou o administrador exerceriam papel passivo/secundário na produção do Direito, estando vinculados a *uma* decisão política do legislador. Pelo contrário!

Em sua teoria, Kelsen acaba por atribuir ao aplicador do Direito um papel decisivo na construção das normas jurídicas do sistema dinâmico, visto que a ele caberia a escolha por uma das interpretações possíveis que a norma jurídica positivada daria. Os atos estatais seriam ao mesmo tempo criadores e aplicadores do Direito, sendo impossível atribuir a um órgão a sua aplicação e a outro a sua criação, visto que ao aplicar uma norma, o órgão está ao mesmo tempo a recriar outra. Mas quais seriam as possíveis interpretações que um texto legal poderia fazer surgir? Seria essa a função da Ciência Jurídica: estabelecer qual seria a moldura na qual seriam enquadradas todas as possíveis interpretações que uma norma legal daria ensejo. Dentre todas elas, a autoridade investida legalmente para solucionar o conflito (ou seja, a autoridade *competente*) escolheria *ao seu mero alvedrio* qual seria a resolução do conflito existente no caso concreto, pouco importando à Ciência Jurídica os critérios de justiça ou moral que balizaram esta escolha.

Em síntese, o que a doutrina de Kelsen deseja é convencer de que há nos casos concretos uma gama de opções que são juridicamente aceitáveis, desde que sejam elas enquadradas na moldura de interpretações possíveis da norma legal. Sendo despiciendo para a Ciência Jurídica questionar o conteúdo de uma norma, as interpretações e as escolhas são feitas livremente pelas autoridades indigitadas pelo direito legislado, fazendo com que o ato criativo do Direito passe a ser atividade não apenas do Poder Legislativo, mas também dos

administradores e juízes, que gozariam de uma *discricionariedade* na escolha da interpretação.

Resta claro que a separação de funções dos Poderes institucionalizados sofre uma profunda revisão. Anteriormente visualizado por Montesquieu como um sistema rígido de freios e contrapesos como forma de contenção do Poder Político, a separação de funções é agora mitigada por Hans Kelsen, dotando assim o Poder Executivo e o Poder Judiciário de atribuições dantes impensáveis pelos doutrinadores do liberalismo.

Todavia, a história acabou por demonstrar o quanto essas idéias de uma *Teoria Pura do Direito* foram incapazes de estabelecer limites e imputar responsabilidades a governos déspotas, travestidos de legitimidade em função de uma legalidade débil e condescendente com a tirania dos chefes do Poder Executivo. Se interpretada de maneira afoita, o formalismo/ normativismo da teoria kelseniana poderia ser vinculado ao paradigma do Estado Liberal de Direito, pois se preocupava precipuamente com noções de *procedimento* e *competência*. Mas o que o faz aproximar dos teóricos do paradigma do Estado Social de Direito é que, em sua doutrina, há um amplo espaço de discricionariedade atribuído ao aplicador do Direito, com prerrogativas privilegiadas do Poder Executivo, o que levou ao nefasto decisionismo dos sistemas ditatoriais do Século XX.

Em que pese Kelsen tenha sido defensor do regime democrático na condução do processo político; o jurista acabou por testemunhar o fato de que sua doutrina tenha sido usada com vistas a alimentar ideologias autoritárias, e que se utilizaram do decisionismo da *Teoria Pura do Direito* para pretensamente justificar atrocidades em nome do cientificismo do Direito. Tratando as normas jurídicas de forma avalorativa e aconteudística, governos totalitários se fundamentavam na teoria kelseniana para levar a cabo suas finalidades teratológicas. Ao conceber o sistema *dinâmico* do Direito como um sistema escalonado de autorizações no qual incumbe à autoridade legalmente investida solucionar o conflito *ao seu mero alvedrio*, Kelsen acaba dotando o aplicador do Direito de um poder desmesurado. Oliveira (2001) define bem a vinculação de Kelsen ao Estado Social de Direito:

> O positivismo jurídico de Hans Kelsen também se move nesse mesmo espectro jurídico-paradigmático, do Estado Liberal ao Estado Social, quando compreende o Direito tanto sob o ponto de vista *estático* (o ordenamento jurídico é um *sistema escalonado de normas* que devem ser descritas em termos estruturais programático-condicional, *se é A, deve ser B*), quanto sob um ponto de vista *dinâmico* (o ordenamento jurídico é um *sistema escalonado de autorizações*, em parte pré-determinadas, em parte não). [...] No âmbito da teoria kelseniana que *descreve* as normas jurídicas com base no *modelo de regras*, a alteração de paradigma do Estado Liberal para o Estado Social, só poderia ser compreendida como uma diminuição de pré-determinação normativa, que resultaria numa maior

> discricionariedade ou liberdade de escolha dos órgãos jurídicos, no momento de *interpretar autenticamente* os dispositivos normativos no processo escalonado de aplicação do direito. (p.186).

Já adiantando um pouco as críticas que faremos no seguimento do trabalho, veremos que não se pode tolerar que a simples existência de uma norma positivada que, embora tenha respeitado as formalidades de competência e a forma na sua edição, seja considerada jurídica sem a respectiva análise de seu conteúdo.

Ora, foi sob a vigência da Constituição de Weimar que, em 20 de janeiro de 1933, o presidente Hindemburg nomeou Adolf Hitler chanceler alemão, que passou a ocupar o cargo dantes titularizado por von Papen. Em 24 de março do mesmo ano, após o incêndio da sede do Parlamento alemão (*Reichstag*) - evento que trouxe enorme instabilidade política e social à Alemanha - a maioria dos parlamentares eleitos promulgou a "*Lei de Autorização*" (*Ermächtigungsgesetz*), dando a Hitler plenos poderes para alterar a Constituição alemã. Sob o pálio da doutrina formalista positivista, não haveria objeções jurídicas a serem feitas a tais prerrogativas, visto que a competência do *führer* havia sido atribuída por um diploma normativo editado pelo Poder Legislativo.

Mas os registros históricos cuidam de demonstrar a perversidade que uma doutrina jurídica que despreza o conteúdo das normas jurídicas pode provocar; Hitler passa a editar normas constitucionais e legais com forte conteúdo discriminatório, amparadas em discursos racistas e odiosos. E o sistema kelseniano pouco pode fazer para impedir:

> A revisão constitucional para Kelsen não conhece limites materiais, podendo a ordem jurídica soberana receber qualquer conteúdo. Até a introdução da escravidão como instituto jurídico se acha "inteiramente no âmbito de possibilidade de uma ordem jurídica" segundo Kelsen. Tanto o poder constituinte originário, o que faz as Constituições, como o poder constituinte derivado, o que é dotado de competência para modificar ou reformar a Constituição, não conhecem juridicamente, segundo a teoria kelseniana, limites materiais ao exercício de sua função (BONAVIDES, p.151)

Pode-se dizer, sem nenhum receio, que em poucos momentos históricos da existência da Humanidade se registraram tamanha crueldade e desconsideração do homem pelo próprio homem. A divergir da idéia iluminista revolucionária, que nutria esperança exacerbada em relação à razão, viu-se que o exercício da razão humana não necessariamente pode conduzir o ser humano a resultados emancipatórios ou altruístas. Passa então a razão humana a ser

acusada de não apenas possuir uma faceta libertária e pacificadora, mas também detentora de um aspecto instrumental[95], por intermédio de uma lógica desumanizada, manipuladora.

Insta salientar que, durante o regime nazista, o ditador sempre contou com a subserviência do Poder Judiciário alemão, que em suas decisões achava por bem resguardar o "espaço de discricionariedade" do Poder Executivo nas escolhas das possíveis interpretações da Constituição, tendo em vista que a doutrina mais avançada à época aconselhava que o ato de aplicação do Direito seria um ato *volitivo,* impregnado pelo elemento de voluntarismo na aplicação da norma, e não apenas um ato de *cognição* do direito positivado. Ademais, o entendimento kelseniano de que a discussão acerca do conteúdo de uma norma jurídica não seria da alçada de suas competências da Ciência Jurídica foi o argumento justificador encontrado pelo Tribunal Alemão para que ele se mantivesse alheio e inerte frente às sandices causadas pelo Executivo.

De toda a sorte, embora a doutrina de Kelsen (que era judeu e foi perseguido pelo Partido Nacional-Socialista, sendo forçado a evadir em fuga, tendo inclusive se naturalizado estadunidense) tenha sido superada pela triste realidade dos regimes totalitários, é indispensável trazer ao nosso estudo alguns aspectos importantes do pensamento deste que talvez tenha sido o mais influente jurista do Século XX, pois sua doutrina reverbera na construção jurídico-dogmática até os dias atuais.

Indubitavelmente suas idéias imprimiram forte impacto no Direito: se de uma banda procurou dotá-lo de autonomia epistemológica, perquirindo por um método racional e previsível de operacionalização, por outro lado as conseqüências da doutrina kelseniana acordaram os juristas contemporâneos de um "*sono dogmático*" [96], ao convidá-los para o desafio de construir um projeto de legitimidade do Direito que leve a sério o respeito aos direitos fundamentais de todos os cidadãos de uma comunidade jurídica.

---

[95] A chamada Primeira Geração da Escola de Frankfurt, composta por autores do quilate de Marcuse, Benjamin, Horkheimer e Adorno, denunciam que desde o surgimento do racionalismo filosófico com Descartes, a Humanidade desenvolve a idéia de uma razão que tinha como finalidade a manipulação e a modificação da natureza, negando os instintos humanos e buscando ser insípida em relação a qualquer elemento passional. Tal fenômeno fez com que no nazismo tal ideologia encontrasse o seu ápice, pois não se restringiu apenas a descrever, prever e manipular os fenômenos naturais, mas também o estendeu aos próprios homens, traduzindo para dentro das relações sociais o grau de superioridade que o homem imaginava gozar em relação aos outros seres.

[96] A expressão é de Immanuel Kant, que referencia ao empirista David Hume, que através da argúcia de suas alegações, tê-lo-ia acordado de um "*sono dogmático*".

3.5 Léon Duguit: a objetividade da existência estatal e o projeto de legitimação do Estado pela prestação de serviços públicos.

Um dos criadores da *"Escola do Serviço Público"*, que revolucionou as bases ideológicas do Direito Administrativo Francês, Léon Duguit (1859-1929) promove contundentes críticas acerca da concepção subjetivista e atomista de fundamentação do Direito no Paradigma do Estado Liberal. Em sua doutrina, o francês propugnava pela superação do *jusnaturalismo*[97] vigente, com a necessária substituição da acepção de que o Direito que o autor julgava metafísico, por estabelecer que o direito positivado haveria de manter coerência e compatibilidade com uma esfera transcendental de direitos do homem, para uma fundamentação que percebesse a real importância das *instituições* no papel da criação do Direito.

Acreditava Duguit que abandonar as justificativas metafísicas de legitimação do Direito seria não mais lançar mão de nenhum argumento que versasse sobre direitos subjetivos, ou tratar acerca de eventual essência dos direitos naturais do homem. Falar-se em *substância* dos direitos humanos seria ter como pressuposto uma visão metafísica de existência de uma esfera transcendental de direitos em virtude da natureza humana da pessoa, que se revelava como sendo uma alegação gratuita e indemonstrável. Para o publicista francês, restavam comprometidas as bases da cientificidade jurídica quando se avocava pela existência de um repositório transcendental de direitos previamente definidos antes da sua positivação.

Influenciado por Hans Kelsen, Duguit assevera que não é o aspecto da *subjetividade humana* que teria o condão de criação do Direito, mas sim a *objetividade* decorrente das decisões políticas das instituições de uma determinada sociedade. Sendo as instituições uma realidade fática que origina as regras de conduta sociais, inócuas seriam quaisquer discussões acerca da existência de conteúdo normativo anterior ao Estado, fazendo assim com que se conclua por uma completa identidade entre *Direito* e *Estado*[98]. O Estado não seria para Duguit um ente coletivo distinto dos particulares, nem tampouco impõe a eles a regra jurídica: o

[97] "O jusnaturalismo, ou Doutrina do Direito Natural, engloba, portanto, diversas manifestações do pensamento jurídico. O direito natural ora é entendido como reflexo da ordem natural, ora oriundo da vontade divina, ora deduzido da razão. O que têm em comum as várias correntes jusnaturalistas é a crença num direito superior, que vincula o conteúdo do direito positivo. O fundamento de validade do direito positivo, é, pois, material". (GOMES, 2004, p.32). No momento histórico em que Duguit escreve a sua obra, a corrente teórica do jusnaturalismo que gozava maior prestígio era o jusnaturalismo que entendia que o Direito Natural seria oriundo da Razão Humana.

[98] A influência da doutrina kelseniana neste aspecto da teoria de Duguit é notável.

Estado é a própria regra, o Ordenamento Jurídico é o Estado, e nada mais. Querer creditar ao Estado uma personalidade distinta da personalidade de seus governados, com alma e vontades próprias, é crença absurda e distante da realidade fática social. Não havendo uma personalidade jurídica estatal, seria teratológico afirmar que existiria uma *vontade* desse ente coletivo, e não obstante, sua vontade ainda seria hierarquicamente mais qualificada do que a vontade dos particulares. Isto seria uma hipótese vã e indigna de consideração séria pelos juristas. O Estado não seria, para Duguit, um ente coletivo dotado de personalidade própria e desígnios autônomos em relação aos particulares.

Mas a existência do Direito - e via reflexa, do próprio Estado - haveria de auferir legitimação em virtude da mudança da obsoleta perspectiva *subjetivista* para uma mais refinada e cientificamente despida de conteúdos e explicações metafísicas, com espeques na realidade humana, refutando a alegação de que as instituições seriam o produto de direitos subjetivos pré-existentes a ela: o *objetivismo*. Sendo as instituições produtos das atividades individuais, norteadas por um objetivo comum e por uma força motriz compartilhada, as regras jurídicas delas oriundas representariam a essência do Direito Objetivo. O Estado seria a ordenação de um sistema de normas, e que por seu turno, seria completamente independente da soma das vontades subjetivas dos cidadãos para a sua existência. Não se entenderia mais o Estado como a soma das vontades congruentes dos cidadãos desejosos do convívio partilhado na comunidade, tal como queriam os contratualistas[99] representativos do Paradigma do Estado Liberal. O Estado existiria independentemente da aquiescência dos cidadãos, guardaria um valor objetivo em si mesmo, prescindindo de justificativas contratualistas e/ou jusnaturalistas para a sua existência:

> Por conseqüência, o caráter específico deste elemento espiritual que nós chamamos de Estado é ser um **sistema de normas.** Esta normatividade do Estado se encontra afirmada inconscientemente ou involuntariamente em autores que acreditam poder caracterizar o Estado como uma realidade determinada por leis causais. As características que nós geralmente atribuímos ao Estado não se sustentam senão como características de um sistema de normas. Assim, a afirmação hoje tão repetida e aplicável a diversos tipos de manifestações, a afirmação da **existência objetiva** do Estado, ou seja, independente da vontade subjetiva dos homens na sua formação, seria completamente impossível se nós representássemos o Estado, a vontade do Estado, a alma do Estado, como uma soma de atos de vontade subjetiva. Não existe união de elementos subjetivos capaz de formar um elemento objetivo. Ao contrário, esta existência objetiva do Estado pode ser concebida sem dificuldade como o valor objetivo das normas formadoras do ordenamento estatal, valor este que é objetivo, porque todo valor

[99] Léon Duguit afirmava que tentar explicar a sociedade por um contrato social seria uma armadilha que conduziria a um círculo vicioso, pois que os homens só poderiam celebrar um contrato a partir mesmo do momento em que ele já vive em sociedade.

> normativo verdadeiro, ele é independente dos desejos e das vontades daqueles a quem a norma se aplica[100]. (grifo nosso).

Redefinidos estavam os contornos da definição de *soberania estatal*, que seria completamente destituída de noções de *qualidade de origem* do ente público. Para tanto, Duguit promove a diferenciação entre governantes e governados[101], refutando firmemente que a vontade do governante refletisse de forma fiel a vontade geral dos governados, mesmo que essa vontade pretensamente fosse expressa através de ato do poder Executivo, Judiciário ou Legislativo[102]. Aos elementos formadores do seu conceito de Estado, quais sejam *nação, território* e *soberania* acrescia-se a distinção entre *governantes* e *governados*, baseado no critério de força política. Aqueles que detivessem maior força e poder político seriam os governantes, e na lida administrativa, expressariam *a sua* vontade, consubstanciando assim o monopólio da força coercitiva do Estado. Mas a sua explicação não residiria em um critério qualitativo superior da vontade de um ente coletivo. As vontades dos governantes seriam vontades assim como as vontades dos particulares, mas o monopólio da autoridade coercitiva pública decorreria da força política gozada pelos governantes.

E, para que pudesse levar a termo o seu raciocínio, Duguit retrabalha o conceito de *nação*, que passa não mais a ser vista como a *substância pessoal do Estado*, mas sim entendida apenas como o meio social no qual se produz o fato Estado. A autoridade pública e o monopólio da constrição oficial dar-se-iam somente em virtude de um fato político social. A soberania estatal não seria derivada de um contrato social, nem tampouco de uma investidura divina ou transcendental; para Duguit, a soberania estatal seria um fato inexplicável humanamente, pois nada autorizaria a afirmar que uma vontade humana é superior à outra vontade humana - tendo em vista que a vontade do governante é também uma vontade humana - e não se poderia, com espeques nessa pretensa superioridade, explicar a prerrogativa de uma vontade se impor de forma irrestrita a outra. Não há, para Duguit, um ente público

---

[100] DUGUIT, Léon citado por BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira, 1999, p. 64.

[101] Como exemplo da mudança promovida por Léon Duguit, cite-se a consagrada obra *Qu'est-ce que le tiers État?* de Abade Sièyes, na qual o autor entendia haver uma completa identidade entre mandantes e mandatários. No sistema da democracia representativa, os mandatários do povo seriam os próprios titulares do Poder Constituinte Originário. Os integrantes de uma *nação* teriam a condição de pertencentes a um ente coletivo que abarcariam cidadãos unidos por traços de similitude ética, racial, cultural, lingüística. Os governantes seriam os arautos da representação fiel da vontade popular, por serem seus mandatários.

[102] A crítica a Jean Jacques Rousseau é direta: querer imaginar ser possível determinar uma vontade geral popular seria tarefa impossível para Duguit, visto que conduziriam à onipotência da autoridade pública e uma subordinação completa e irrestrita do indivíduo. A saber: "*En 1789, no hay duda, se había afirmado la existencia de la voluntad nacional, pero se había tenido a la vista una voluntad perteneciente a un ser metafísico, la nación, persona moral, dotada de conciencia y de voluntad, y distinta de la de los indivíduos de que estaba formada.*" DUGUIT, Léon. *Soberania y Libertad.* Tradução para o espanhol por José Acuña, Buenos Aires, 1943. p. 119.

dotado de vontade, personalidade e direitos subjetivos independentes dos particulares, como também inexiste uma *vontade geral* dos particulares, formada pela concorrência dos desígnios particulares. Essas doutrinas que buscavam embasar teoricamente a soberania estatal acabavam por incorrer em equívocos metafísicos, débeis se expostas a críticas.

Mas, embora Duguit reconheça o poder político dos governantes como um fato social, o autor ainda busca um projeto de legitimação para a constrição estatal. Não seria agora um direito subjetivo de uma entidade pública, ou a existência de um contrato social originário que teriam o condão de legitimar a autoridade pública. A aceitabilidade dos comandos das autoridades públicas estaria intrinsecamente vinculada ao cumprimento das regras de interdependência ou solidariedade social. E para que sejam alcançados estes objetivos, necessário seria a consecução de serviços públicos em prol da sociedade, que traduziria a medida de justificativa e legitimação do exercício da autoridade pública.

Com isso, pode-se dizer que Duguit revoluciona toda a base de pesquisa e metodologia da doutrina do Direito Administrativo[103], que em sua gênese prestava-se a impor regramentos e condições à atividade estatal do *Ancien Regime*, e agora serve de instrumental teórico-jurídico para regulamentar as relações do Poder Público no oferecimento de prestações positivas, que passa a ser assim a sua função precípua e condição *sine qua non* para a sua aceitação[104]. Estabelecendo-se com clareza quais seriam as atividades materiais prestadas pelo Estado que merecessem receber a qualificação de *serviços públicos,* a aplicação do Direito Administrativo também estava nitidamente delimitada[105]. Sendo de tal

[103] "Basta dizer que à época do seu surgimento, sob o patrocínio teórico de Léon Duguit, o genial publicista que capitaneou a chamada 'Escola do Serviço Público' (onde enfileiram nomes ilustres de Jèze, Bonnard, Rolland, entre outros) a noção de serviço público apareceu como fórmula revolucionadora do Direito Público em geral e do Direito Administrativo em particular, intentando fazer substituir o eixo metodológico desta disciplina- que dantes se constituía sobre a idéia de 'poder'estatal- pela idéia de 'serviço aos administrados'".(BANDEIRA DE MELLO, 2003, p.620).

[104] Curioso trazer também o posicionamento de Hely Lopes Meirelles, que assim como Duguit, traz como justificativa para a existência do Estado a oferta de prestações positivas à coletividade. A saber: "A atribuição primordial da Administração Pública é oferecer utilidades aos administrados, não se justificando sua presença senão para prestar serviços à coletividade. Esses serviços podem ser essenciais ou apenas úteis à comunidade, daí a necessária distinção entre serviços públicos e serviços de utilidade pública". (2001. p.311). Assim também entende Vitor Schirato: "O Estado moderno existe exclusivamente e na exata medida do necessário para o atendimento do interesse da coletividade. Assim, os serviços públicos acabam por configurar-se como fortíssimo instrumento para que o Estado possa atender aos interesses coletivos e, e destarte, cumprir a sua função". (p. 78). Por derradeiro, traz-se a colação o entendimento de Alexandre Santos de Aragão sobre os propósitos dos serviços públicos: "Os serviços públicos são instituídos e prestados para satisfazer determinadas necessidades sociais, de maneira que o Direito dos serviços públicos é, de certa forma especial, vinculado aos fins sociais e fáticos aos quais se destina" em O marco regulatório dos Serviços Públicos. Revista Interesse Público, nº27, Sapucaia do Sul: Notadez. p. 72 e ss.

[105] Ressalte-se que se tem por referência a estrutura do sistema jurisdicional francesa, que possui a Competência da Justiça Comum e a Jurisdição Administrativa (*Conseil d'Etat*). Estivesse o Estado prestando uma atividade material que fosse enquadrada no conceito de *serviço público,* isso faria com que fosse competente a jurisdição administrativa especializada.

vulto a importância a definição do que venha a ser serviço público para o Direito Administrativo[106], Duguit procura formular conceito teórico que abarcasse as atividades administrativas que merecessem regime jurídico especializado:

> Serviço público é toda atividade cuja realização deve ser assegurada, disciplinada e controlada pelos governantes, por que a realização dessa atividade é indispensável à efetivação e ao desenvolvimento da interdependência social e não pode se realizar a não ser com a intervenção da força governamental. (DUGUIT, 1923, p.55).

Com Duguit, o conceito de serviços públicos passa a servir de limite e fundamento da atuação estatal[107]. Embora tenha sido idealizado pelos juristas como o ramo especializado em manter o particular imune às ingerências indevidas do Estado, o Direito Administrativo passa agora a lançar luzes na prestação positiva de serviços aos particulares[108]. Sendo o serviço público a referência da aceitabilidade e o garante da legitimidade do exercício da autoridade pública, administrar passa a ser um poder-dever de prestar serviços públicos, e não apenas uma prerrogativa administrativa de ditar comandos aos administrados[109].

Dessa prestação de serviços surgiria a solidariedade social ínsita à soberania estatal, e os governantes conseguiriam granjear a lealdade das massas populares tanto quanto conseguissem fornecer subsídios às necessidades, às comodidades e utilidades sociais. A interdependência estaria atendida caso os administradores atentassem ao respectivo objetivo de consecução da solidariedade social; acreditava assim Duguit estar livrando o Direito de quaisquer fundamentações metafísicas do *jusnaturalismo* e do *contratualismo* a ele anteriores,

---

[106] "*A tese fundamental é a de que todo o Direito Administrativo se explica pela noção de serviço público*". (VEDEL, 1964. p.72).

[107] A leitura feita por Di Pietro é deveras semelhante: "Léon Duguit, por exemplo, acompanhado de perto por Roger Bonnard, considerava o serviço público como **atividade** ou **organização**, em sentido amplo, abrangendo todas as funções do Estado; ele chegou ao ponto de pretende substituir a noção de soberania pela de serviço público, dizendo que o Estado é uma cooperação de serviços públicos organizados e fiscalizados pelos governantes. Para ele, em torno da noção de serviço público gravita todo o direito público". (2004, p.95).

[108] A doutrina não é pacífica na definição do *serviço* que seja de tal importância que mereça receber o qualificativo de *público*, atributo esse que se vincularia à essencialidade do serviço prestado.Em sendo assim, é a jurisprudência que se encarrega de qualificar determinadas prestações estatais como *serviços públicos*, atraindo um regime jurídico especial. Matéria densa e controversa, não integra o corte epistemológico do presente trabalho, mas que o leitor esteja devidamente acautelado a respeito da cizânia doutrinária e jurisprudencial. Tratar-se-á do tema de maneira mais detida no seguimento do trabalho.

[109] "Esta atividad, que se impone a los gobernantes, cuyo ejercicio constituye para ellos el cumplimiento de una obligación jurídica, y que les da el poder de mandar cuando permanecen dentro de estos límites, es el fundamento de lo que, en la lengua de la ciencia politica francesa, se llama el servicio público (...) Los gobernantes **son los servidores de los gobernados**, es decir, que están obligados a crear, organizar y asegurar todos los servicios que son indispensables para atender cumplidamente al sistema de las necesidades públicas, es decir, al sostenimiento y al desarrollo de la solidaridad social bajo sus dos formas. Esto se traduce por el crecimiento continuo de la actividad del Estado em todos los órdenes y em todos los países (...) ".(DUGUIT, p. 102, grifo nosso).

não precisando se socorrer a nenhum argumento metajurídico para explanar a sua Teoria do Estado. Contudo, Baracho Júnior (1999) faz crítica interessante:

> Ora, na verdade, embora destituída do fundamento moral, do fundamento "metafísico", a vontade superior do Estado continua a existir, somente que agora, em *Duguit*,assenta-se sobre o "fato"do poder dos governantes que, para se manterem, têm que gerar, que conquistar, quotidianamente, a lealdade das massas através dos serviços públicos, capazes de criar a solidariedade social, sobretudo para com eles próprios, os governantes. Essa parece ser uma conseqüência necessária do pensamento de *Duguit*, apesar de todo o seu esforço no sentido de demonstrar o caráter "solidário" da sua concepção de soberania. (p.73).

3.6 O Materialismo Histórico de Karl Marx. O direito de propriedade como *fato* social, e não como um Direito Natural. A *superestrutura* (consciência social) condicionada pela estrutura econômica. O caráter prático da filosofia em oposição ao idealismo filosófico vigente.

O avanço do sistema capitalista nos moldes liberais e seus efeitos nefastos já citados fizeram com que várias reações teóricas fossem formuladas, destacando-se dentro delas a filosofia política de autoria de Karl Marx (1818-1883), fundador do chamado *socialismo científico*. Em que pese seja o objeto de interesse desta seção apenas a concepção marxista do papel desempenhado pelo Direito em uma sociedade, trar-se-á a lume algumas outras de suas construções doutrinárias, mas somente no que se fizer necessário para a escorreita compreensão perspectiva marxista em relação à Ciência Jurídica.

Graduado em filosofia em 1841 na Universidade de Jena, foi assíduo freqüentador de grupos de estudos da filosofia do idealismo alemão, que dedicavam especial atenção à doutrina de Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), da qual depois Marx se tornaria crítico severo. Introdutoriamente, para que seja didática a exposição do pensamento político de Karl Marx, nada melhor que colacionar a frase de sua lavra na obra *Teses sobre Feuerbach*, que sintetiza a tônica de sua doutrina, a saber: "*Os filósofos limitaram-se a interpretar o mundo de modos diversos; agora, trata-se de transformá-lo*".

Era esse o caráter prático que Marx pretendia dotar para o pensamento filosófico, por considerar que todos os construtos e as doutrinas filosóficas já formuladas haviam se limitado a especular acerca de uma realidade, descrevendo-a e legitimando-a, sem contudo se preocupar com a necessária tarefa de transformação social. E dotar a filosofia de caráter

prático é algo que Karl Marx admirava em Ludwig Feuerbach, tendo inclusive lhe conferindo o mérito acadêmico de tê-lo trazido "do céu da abstração para a realidade da terra" (MARX, 2005, p. 8), despertando o seu interesse em modificar o panorama social e político com a sua doutrina econômica e filosófica. Assim, Marx transpõe a crítica que Feuerbach havia lançado no campo da religião e da ciência aos domínios práticos da política, por considerar que do alto de seus complexos arquétipos e engenharias teóricas, os filósofos não assumiram para si a compulsória convocação para que interviessem na realidade política e social na qual estavam inseridos, mantendo-se sempre numa espécie de *dogmatismo especulativo*.

Se por um lado os filósofos anteriores tenham atentado para a importância de descrever meticulosamente as faculdades e aptidões cognoscitivas do ser humano, não se teria ainda dado a devida importância ao influxo reverso: a influência e o condicionamento que os ambientes social, econômico e cultural exercem na formação da consciência do indivíduo. Havia-se subestimado o grau de significação que as condições materiais das relações sociais de produção exercem sobre a constituição da sociedade civil e da própria consciência humana:

> Minha investigação chegou ao resultado de que tanto as relações jurídicas como as formas de Estado não podem ser compreendidas por si mesmas, nem pela chamada evolução geral do espírito humano, **mas sim assentam, pelo contrário**, **nas condições materiais de vida** cujo conjunto Hegel resume, seguindo o precedente dos ingleses e franceses do século XVIII, sob o nome de "sociedade civil" e que a anatomia da sociedade civil deve ser buscada na Economia Política. (MARX, 1965, p.135, grifo nosso).

Sendo a estrutura econômica o fator de moldagem e condicionamento dos indivíduos de uma comunidade, os sistemas jurídico e político vigente também seriam então seu reflexo; com isso, não se pode dizer que o direito de propriedade privada seja eventualmente o consectário de uma esfera quase sacra e transcendental de direitos humanos, mas simplesmente um *fato social* do modo de produção capitalista adotado. O direito positivo histórico vigente era para Marx a roupagem de um *elemento institucional* e *ideológico*, servil ao ofício de apenas legitimar as relações de dominação econômica existentes[110]. Tais elementos de dominação existentes, nas relações econômicas e sociais, fizeram com que Marx visualizasse as sociedades pós-Revolução Industrial como divididas em estamentos, possuindo dentro de sua estrutura um sistema de *classes* que mantêm entre si uma relação beligerante, por possuírem interesses colidentes. E o Direito posto, oriundo das Revoluções

[110] No que concerne à existência ou não de uma teoria política marxista a respeito do Direito e do Estado, há embate doutrinário no que diz respeito ao tema. Se por um lado não há na vasta obra marxista uma obra específica sobre o Direito/Estado, há indicações esparsas no decorrer de suas obras sobre o assunto.

burguesas, positivado em leis ou arraigado em costumes, seria somente uma manifestação requintada do domínio exercido por uma classe privilegiada: a *burguesia*, detentora dos meios de produção, sobre a classe oprimida trabalhadora: o *proletariado*[111][112][113].

O Direito burguês, instrumento técnico tendente a servir a minoria burguesa regente[114], havia sonegado à classe proletária o mínimo de condições materiais inerentes ao exercício de seus direitos sob a escusa de garantia de uma *liberdade* formal entre os cidadãos, equívoco a ser sanado pela concretização da *igualdade* no acesso às aludidas condições pelos cidadãos integrantes de uma comunidade. Daí a urgência de um novo sistema político e econômico, sensível às diferença existentes entre os cidadãos e compromissado com a transformação social, formando uma sociedade sem antagonismos de classe, sem exploração de seres humanos por seus semelhantes. A substituição do capitalismo desumano e explorador por um sistema de produção inclusivista, calcado não no acúmulo de riqueza e na propriedade privada, mas sim na propriedade coletivizada, com a aplicação da máxima comunista: "*de cada um, segundo as suas aptidões, a cada um, conforme as suas necessidades*".

Assim como já dito alhures, não há uma única obra na qual Marx tenha se debruçado unicamente para tratar do Direito. Entretanto, pelo prestígio à sistematização e organização

---

[111] "*Vosso direito é apenas a vontade da vossa classe erigida em lei*". MARX, Karl em *Marx e o direito* de LYRA FILHO, Roberto. Revista Educação e Sociedade, v.6, nº18, agosto/1984 São Paulo: Cortez, p.107.

[112] Embora em diversas obras Marx tenha rechaçado as normas jurídicas por considerá-las opressoras da vontade popular, há argutos apontamentos acerca da aceitabilidade, por parte de Marx, de normas jurídicas, mesmo quando as sociedades estejam em estágios qualitativamente superiores evolutivos na história de um sistema político: "*(...) por certas passagens, Marx* ***parece*** *reduzir o Direito às leis e costumes da classe dominante, seja dizendo que ele não passa do 'reconhecimento oficial do fato' de dominação, em a* ***Miséria da Filosofia,*** *seja em* ***O capital,*** *descrevendo a origem classista de ambas as suas formas (costumeira e codificada), ele mesmo reinaugura a mais ampla visão, instituída em* ***A Sagrada Família****, do direito inteiro, como dialética da Justiça que se realiza, mediante a negação do 'direito positivo histórico' e o estabelecimento de* ***outros*** *direitos.(...) É até viável decretar a morte do Direito e atribuir a Marx a sentença condenatória. De certo modo, ela aparece, no trecho de* ***A ideologia alemã.*** *Mas isto virá com o preço de não poucos e evidentes paralogismos: o da disciplina da propriedade (também já referida aqui, com a presença de* ***direitos*** *subjetivos, na sociedade comunista), o de admitir funções administrativas e normas organizacionais, tudo isto, por teimosia, considerado não-jurídico, dada a admissão sorrateira (nesses textos) da não demonstrada premissa positivista: só é Direito a lei ou costume da classe dominante."* LYRA FILHO, *Marx e o direito*, p. 101, 105-106.

[113] Norberto Bobbio considera que a visão de Marx é completamente cética a respeito da utilidade da existência de um Estado, por este representar somente uma concepção negativa, ou seja, o Estado seria sempre uma manifestação política de opressão das classes dominantes: "*Para a maioria dos filósofos clássicos, o Estado representa um momento positivo na formação do homem civil. O fim do Estado é ora a justiça (Platão), ora o bem comum (Aristóteles), a felicidade dos súditos (Leibniz), a liberdade (Kant), a máxima expressão do* ethos *de um povo (Hegel). É considerado geralmente como o ponto de escape da barbárie, da guerra de todos contra todos; visto como o domínio da razão sobre as paixões, da reflexão sobre o instinto. Grande parte da filosofia política é uma glorificação do Estado. Marx, ao contrário, considera o Estado como puro e simples 'instrumento' de domínio: tem uma concepção que chamaria de técnica, para contrapor a concepção 'ética', prevalecente nos escritores que o precederam". A teoria das formas de governo.* 5ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, p. 163.

[114] Petr Stucka resume a visão marxista sobre o direito: "*O direito enquanto tutela os interesses da classe dominante, é chamado Direito Civil, e que o Direito Constitucional ocupa um lugar essencial,ou mesmo o primeiro, por que organiza o poder da classe dominante."* em *Direito e luta de classes.* Teoria geral do Direito. Trad. Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica. 1988. p. 173.

que reputamos primordiais em quaisquer pesquisas acadêmicas, lançaremos mão do estudo de Carnoy, que ordena um apanhado dos princípios basilares da teoria política de Karl Marx a respeito do Direito e do Estado:

a) As condições materiais de uma sociedade formam a base de sua estrutura social, política e da consciência humana. A forma do Estado e das demais instituições políticas, portanto, decorre das relações de produção, não do desenvolvimento das idéias ou vontades humanas.

b) O Estado é a expressão política da dominação de classe e está a serviço da classe economicamente mais forte, não conseguindo representar desta forma o interesse comum ou a vontade geral do povo.

c) O Estado tem suas origens na necessidade de controlar os conflitos entre os diferentes interesses econômicos das classes sociais, surgindo como resposta à necessidade de mediar os conflitos de classe, com vistas a manter a ordem.

d) Visando controlar os conflitos de classe, o Estado exerce função repressiva dos movimentos revolucionários representativos das classes oprimidas, sendo entendido o aparato estatal como uma instituição a serviço da classe dominante[115].

O papel exercido pelo aparato jurídico do estatal, nas sociedades modernas, não seria o de fomentar a integração social nem o de promover a redução das desigualdades sociais, ou tampouco de garantir a consecução dos interesses da vontade geral popular, visto que nas sociedades de sua época "*o Estado moderno não passa de um comitê que administra os negócios da classe burguesa como um todo.* (MARX e ENGELS, 1998, p.10).

Há então, para Marx, a existência de uma relação promíscua de dependência entre as minorias das classes dominantes e o poder estatal, fazendo com que o modelo administrativo de Estado tenha sido formulado em pronto atendimento aos anseios da classe burguesa desejosa em manter seus privilégios e benesses[116]. Da análise histórica do fenômeno jurídico, percebia-se que o *sujeito jurídico,* foco da atenção de todos os Ordenamentos Jurídicos liberais, confundia-se inegavelmente com o detentor do capital no processo de produção.

[115] Cf. CARNOY, 1990, p.65-71.

[116] Dias alega que "as inovações trazidas pela teoria marxista à explicação da distinção entre o direito público e o privado alteram a visão histórica e a origem da dicotomia, que somente se consolida com o modo de produção capitalista e não pode subsistir, visto que o Estado capitalista é uma expressão mais abrangente do direito privado." (2003, p. 64). Para a citada autora, a moderna concepção da dicotomia entre o que seja a esfera *pública* e a *privada* encontra a sua gênese no pensamento marxista, ao estatuir que a sociedade burguesa capitalista criou todas as condições necessárias para que o fenômeno jurídico se determinasse nas relações sociais, o que ocorreria através da distinção entre o direito público (estatal) e o direito privado (sociedade civil). Entretanto, lembra autora que os adeptos da teoria marxista negam que exista tal distinção, visto que para eles o Estado seria um sujeito privado que personificava o capital.

Somente o sujeito jurídico burguês poderia exercer livremente a sua autonomia da vontade, contratando livremente, comprando, vendendo, arrendando, com o respectivo respaldo estatal. Entretanto, os demais cidadãos que não detinham os meios de produção mantinham-se como meros expectadores do processo político e jurídico, subjugados por uma refinada cartilha filosófica de dominação.

Sugere então o autor que, sustentados pela nobreza do propósito de construir uma sociedade sem opressão e/ou exploração humana, deveriam então os proletários se unir e destituírem a classe burguesa do poder político, instalando a *verdadeira democracia*, no qual o *interesse geral* seria deveras respeitado[117], mesmo que essa democracia tenha que promover, durante algum período, a *ditadura do proletariado*.

Em linhas gerais, o que se quer demonstrar é como o marxismo expõe a influência do regime econômico - e de suas relações de produção – na chamada *superestrutura*, que seria composta pelo ideário social, político, religioso e filosófico de uma comunidade, açambarcando também a instituição política do *Estado*[118]. Nessa esteira, se é o capitalismo o sistema de produção adotado em uma determinada sociedade, o modelo político adotado será o liberalismo, sendo que o direito de propriedade nesta sociedade irá assumir atributos e características diametralmente inversas daquela concepção do direito de propriedade de uma sociedade optante por outro modelo econômico de produção, como por exemplo, o modelo escravagista ou o modelo feudal.

3.6.1 O movimento dialético hegeliano como modelo explicativo da evolução do materialismo histórico de Karl Marx.

[117] "(...) toda a classe que aspira a dominação, mesmo que esta dominação, como no caso do proletariado, exija a superação de toda a antiga forma de sociedade e de dominação em geral, deve conquistar primeiro o poder político, para apresentar seu interesse como interesse geral, ao que está obrigado no primeiro momento." (MARX, 1991, p. 49).

[118] Colacionamos o alerta de Fábio de Oliveira, que precata o leitor para que ele não incorra no equívoco de imaginar que o poder de classe é automaticamente traduzido em poder estatal: "Diante do entendimento de que o poder de classe não é automaticamente convertido em poder de Estado, existe a necessidade, como conseqüência lógica, de uma certa autonomia do Estado em relação às classes sociais. O próprio fato de o Estado ser considerado como entidade separada da sociedade civil (tal como propõe Marx e Engels) estaria para comprovar a necessidade de um certo distanciamento entre ambos, não tendo, por isso sentido algum afirmar-se que o poder estatal de uma classe possa ser **mecanicamente** e simplesmente transformado em poder estatal.". (2001, p. 18, grifo nosso).

Dessa *luta de classes* se daria o *materialismo* histórico das sociedades modernas, que encerraria em si uma racionalidade histórica fundada no movimento dialético a seguir exposto: uma proposta política é questionada e contraposta por uma nova solução, que simboliza a negativa da primeira, sendo a sua antítese. A negação da hipótese busca eliminar os erros da primeira e agregar à teoria novos acertos. Após esse momento de negação, surge em um terceiro momento a reunião dos acertos das duas propostas, bem como a depuração dos erros encontrados, formulando a *síntese,* oriunda desse movimento dialético no qual ocorre a negação da negação[119], não havendo assim conceitos estáticos[120]. Em termos vulgares: a hipótese é negada por sua antítese, que por seu turno também é negada por outra nova antítese: a síntese é então a negação da negação.

Transpondo esse raciocínio para o campo prático da política, Marx imaginou que o *capitalismo* seria substituído pela sua negação, o *socialismo,* e na seqüência desse movimento evolutivo do materialismo histórico marxista, o *socialismo* seria negado por uma nova proposta, o estágio final da evolução política de uma comunidade, qual seja o *comunismo.* Ao final desse estágio evolutivo se alcançaria um grau de desenvolvimento político e social onde não mais haveria razão de subsistência do Direito e, por conseguinte, de subsistência própria do Estado:

> Na concepção marxista do direito, que entendia o direito como um conjunto de normas pertencentes tão-somente à ordem burguesa, ele prevaleceria ainda algum tempo vigente na sociedade após a ascensão do proletariado ao poder, até desaparecer juntamente com o Estado. Lênin já entendia que "... por um certo tempo em regime comunista, subsiste não só o direito burguês, mas também o Estado burguês, sem a burguesia.. (DIAS, 2003, p.63).

3.7 O Direito Administrativo do Estado Social de Direito: a supremacia do interesse público sobre o privado. A identidade entre *interesse público* e *interesse estatal.*

Não bastasse a força argumentativa de várias doutrinas, dentre elas as dos pensadores aqui expostas, os fatos sociais, políticos e econômicos trataram de desmoronar a concepção

[119] O construto filosófico hegeliano das tríades dialéticas é utilizado por Karl Marx em sua filosofia política.

[120] Há em Hegel a influência da filosofia do pré-socrático Heráclito de Éfeso (c.544-480 a. C.), cuja doutrina conflitava com as idéias de Parmênides de Eléia (Séc. V a.C). Se Parmênides defendia a imutabilidade do ser, identificando a *verdade* na perenidade, para Heráclito não haveria nada que se pudesse dizer permanente, a não ser o processo de mudança. Logo, em Heráclito, a *verdade* seria a constante mutação do ser, a volubilidade dos conceitos, a serem sempre contrapostos por antíteses, e a gerarem novas sínteses.

jurídica pós-revolucionária burguesa do Direito calcada nos caracteres de subjetivismo, individualismo e formalismo. Também a complexidade e a urgência das demandas sociais refutaram o afastamento do Estado em relação ao cidadão, exigindo que um novo tipo de relacionamento entre as duas esferas fosse construído. Há a forte mutação da perspectiva a respeito das atribuições administrativas, bem como acerca do *status* da Administração no quotidiano social, que deixa de representar a figura de uma *persona non grata*, indesejada e inconveniente nas relações entre os particulares, passando o Estado a ser compreendido como o único ator responsável pela necessária efetivação/materialização dos direitos fundamentais dos cidadãos por ele administrados.

Por tão nobre incumbência, quando das suas relações jurídicas, o Estado passou a ser reconhecido como ocupante de posição de primazia em detrimento dos particulares, fundamentada no *ius imperii* por ele detido, configurando uma relação jurídica verticalizada, onde o cidadão seria submetido ao comando e a autoridade da esfera pública.

Mesmo as atribuições de caráter subjetivista, atomista e egoístico que exerciam os particulares na esfera pública no paradigma liberal[121] passam a ser repensadas, sendo substituídas pelo enfoque que antigamente se dava à *polis* grega. Tal perspectiva se traduz na crença de que a capacidade humana de organização política se sustentaria em duas ordens diferentes: a família e a *polis.* Contudo, o espaço do exercício da liberdade do cidadão residiria em um *locus* de convívio no qual se desnaturavam quaisquer vínculos de parentesco. As individualidades familiares deveriam sucumbir aos traços identificadores comunitários, resumindo o raciocínio de que *a parte só tem valor enquanto for interpretada como integrante do todo.* O verdadeiro espaço de liberdade seria encontrado na esfera política da comunidade, na qual os seus integrantes comungariam de crenças, costumes e tradições semelhantes, o que também teria o condão para atribuir unidade e identidade ao *corpus* político.

Antagonicamente ao atomismo social vigente até então, a ideologia que passa a predominar é o compartilhamento de valores, comportamentos e tradições, sendo que a identificação de uma determinada comunidade política se dava através do estabelecimento de um ideal de projeto de vida considerada boa, perseguido pelos membros daquela *polis.* O Estado seria o detentor maior deste "estandarte ideológico", a funcionar como o "arauto da axiologia predominante" em um povo ou comunidade:

---

[121] "A concepção organicista de sociedade, que desde Aristóteles havia prevalecido, passou, no início da Idade Moderna, a dar lugar a outra concepção: o indivíduo não é parte do organismo e está acima da sociedade". (GOMES, 2004, p.79). O individualismo presente no paradigma liberal é problematizado, e há a sugestão pelo comunitarismo como forma de se superarem as mazelas sociais através de prestações positivas do Estado.

> É claro que tal relativização dos direitos antes interpretados como absolutos- sobretudo o direito à propriedade e ao crédito - se deveu em razão de um projeto ético pretensamente compartilhado por todos e que deveria ser jurisdicionalmente atualizado em face de casos concretos. Carga ética que, para Wieacker, talvez, tenha se manifestado mais claramente na jurisprudência que na legislação extravagante do Estado Social - desconsiderando as legislações do período nazista. O reconhecimento e a construção de "deveres de cuidado" a ambas as partes envolvidas no caso, bem como a busca de concretização dos "bons costumes", além da boa-fé, demonstram uma carga ético-comunitarista a perpassar tais "princípios" cuja base acabou permitindo uma "proporcionalidade" em casos de dever de indenização de acordo com o grau de culpa. (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 129-130, grifo nosso).

O projeto de vida compartilhado pelos integrantes de determinado grupo social haveria agora de prevalecer sempre sobre as vontades particulares dos cidadãos, que seriam diluídas em favor de um intento coletivo. Resumindo: o cidadão só passa a ter valor enquanto – e se – pertencer a um macro-espaço de convivência no qual ele adere a um programa pré-estabelecido de comportamento estatuído pela maioria dos membros da comunidade. Não obstante, a esfera pública seria agora não apenas o Estado promotor do bem-estar social, mas também a entidade moral dotada de conteúdo ético-substancial concreto, emblemático do projeto de vida adotado por uma maioria de membros da sociedade, conferindo um concretismo ético ao sistema político e jurídico.

Mas, para viabilizar essa atuação estatal, era imprescindível que se desse ao Estado uma espécie de "salvo-conduto" na interferência em relações entre os particulares nos mais diversos campos de ação, bem como para atuar direta ou indiretamente no processo de produção econômica. Sendo o realizador dos anseios da comunidade, fomentador do exercício dos direitos fundamentais dos cidadãos e instituição guardiã da eticidade homogeneizante da comunidade, nada seria mais razoável do que se dar à esfera pública uma série de preferências e distinções em relação à esfera privada. Se no paradigma do Estado Liberal de Direito havia a identificação automática e acrítica entre a legalidade e o atributo de legitimidade jurídica, no paradigma do Estado Social de Direito o que se percebe é o não menos danoso: o incauto raciocínio de legitimidade pelo fato da competência autoridade administrativa.

Por óbvio, os pilares do Direito Administrativo sofrem intensa modificação, pois que não mais seria apenas uma disciplina jurídica limitadora dos excessos dos governantes em suas atividades administrativas, atuando como um ramo jurídico regrador e contendor da atividade estatal, pois o Estado não mais se prestaria a ser mero garantidor da ordem pública e da propriedade privada, tal como idealizado em suas origens. Com o novo encargo de reparação das injustiças e dos desequilíbrios sociais através de incisiva atuação no setor

socioeconômico, o Estado incorpora em sua estrutura um novo rol de atividades que antes não eram desenvolvidas, bem como a admissão de servidores públicos aptos a exercer os novos ofícios e a criação de novos órgãos administrativos e de pessoas jurídicas[122]. A regulamentação das atividades administrativas passa a ser feita por um sem-número de leis, decretos e regulamentos, ante a impossibilidade de se reunir em um único diploma legal todas as vastas atribuições estatais:

> No âmbito do Direito Administrativo, o paradigma do direito materializado do Estado social representa uma reação ao paradigma do direito formal burguês consolidado na modernidade e às fortes influências do Direito Civil na formação do Direito Administrativo. Em primeiro lugar, essa reação é uma crítica à codificação do Direito Administrativo, bem como uma crítica à técnica logicista do Direito Civil. (DIAS, 2003,p.147).

Ocorrem os fenômenos de criação dessas novas entidades ou órgãos públicos responsáveis por tarefas que antes não eram atribuídas ao Estado, fenômenos estes que são técnicas organizacionais de transferência da execução de serviços públicos e de atividades administrativas, tecnicamente designadas como os processos da *desconcentração administrativa* e da *descentralização administrativa*[123].

O que é imprescindível destacar é o novo aspecto assumido pela Administração Pública e pela máquina estatal. Essa assunção de novas incumbências fez com que as instituições governamentais incrementassem seus quadros funcionais, bem como revisassem a maneira de operacionalização dos órgãos públicos, já que agora o Estado punha-se a atuar em terreno até então estranho às atividades administrativas*:*

> À época do Estado liberal, em que sua atividade se restringia quase exclusivamente à defesa externa e à segurança interna, não havia grande necessidade da descentralização das atividades administrativas (...)

---

[122] "Começa a desenhar-se a intervenção do Estado com a curva ascendente de empresas estatais no domínio econômico e social. Até 1930 os órgãos paraestatais não iam além de 17, elevando-se a 70 nos anos 50 para atingir a cifra de 582 no início da década de 80, como símbolo da participação estatal visando ao desenvolvimento econômico e à ocupação de setores em que se revelava ineficaz, ou ausente, a iniciativa privada.". (TÁCITO, 2005, p. 155).

[123] " (...) o Estado tanto pode prestar por si mesmo as atividades administrativas, como pode desempenhá-las por via de outros sujeitos, caso em que estará perante a chamada descentralização. (...) nesta hipótese o Estado transfere o **exercício** de atividades que lhe são pertinentes para particulares, ora cria pessoas auxiliares suas, para desempenhar os cometimentos dessarte descentralizados. Assim, diz-se que a atividade administrativa é descentralizada quando é exercida, em uma das formas mencionadas, por pessoa ou pessoas distintas do Estado. Diz-se que a atividade administrativa é centralizada quando é exercida pelo próprio Estado, ou seja, pelo conjunto orgânico que lhe compõe a intimidade". (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 139). Como não é o propósito do presente estudo proceder ao estudo mais detido acerca do tema de *descentralização* e *desconcentração* administrativas, não esmiuçaremos o assunto nesta oportunidade. Entretanto, aos interessados em aprofundar a pesquisa, indicamos a obra *Administração pública*: *centralizada e descentralizada*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, de autoria de José Maria Pinheiro Madeira.

> À proporção que o Estado foi assumindo outros encargos nos campos social e econômico, sentiu-se necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração. De um lado, a idéia de **especialização**, com vistas à obtenção de melhores resultados, e que justificou e ainda justifica a existência de autarquias; de outro lado, e com o mesmo objetivo, a **utilização de métodos de gestão privada**, mais flexíveis e adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado, em especial, a de natureza comercial e industrial. (DI PIETRO, 2004, p. 354).

O Poder Executivo chama para si a eminente responsabilidade pelo exercício e promoção das mais variadas políticas e atividades, estendendo seus domínios a setores nos quais a sua presença se não era fortemente repudiada, era no mínimo incomum. Tal fato se dá devido à ampliação da complexidade das relações jurídicas humanas, em virtude da evolução dos sistemas sociais, econômicos e políticos das comunidades jurídicas. O Estado torna-se figura quase onipresente no quotidiano dos cidadãos[124]. Clève resume bem o novo papel assumido pelo Estado no paradigma social de Direito:

> O Estado social é igualmente um Estado administrativo. O Executivo maneja dinheiro, executa serviços, constrói obras públicas, controla o câmbio e a emissão da moeda, negocia títulos públicos para arrecadar fundos ou para controlar a economia, fiscaliza as instituições bancárias, financeiras, de seguro, os fundos de pensão, oferece créditos subsidiados a esta ou àquela atividade econômica, cria empresas estatais, nacionaliza empreendimentos ou privatiza atividades do Estado, vigia o mercado acionário, promove campanhas de vacinação compulsória ou de prevenção de doenças epidêmicas. Ou seja, o Estado age mais por meio da administração (atos administrativos e contratos administrativos) do que propriamente por meio da lei, embora esta seja mais utilizada do que antes, tendo, por isso, sofrido um processo de acentuada banalização. (CLÈVE, 2000, p.51-52).

Com o agigantamento das atribuições estatais[125], é estabelecida como que conseqüência uma relação hierarquizada entre cidadãos e o Estado, com a formulação do *princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado* como um dogma do

---

[124] "(…) o próprio conceito adotado, de Estado concorrente na economia, logo se radicalizaria para o conceito de Estado monopolista, que haveria de ser o último passo necessário para atender ao tríplice objetivo político assinado aos países nessa época: primeiro, nacionalizar certas atividades; segundo, elevar indiretamente as contribuições aos erários; e terceiro, assegurar a disponibilidade estatal prioritária de bens e de serviços no caso de conflitos. Como se conclui, o velho Estado gendarme havia se tornado um Estado prestador de serviços.". (MOREIRA NETO, 2004, p. 214).

[125] "Mesmo admitindo o crescimento da complexidade das tarefas do Estado, é possível elaborar uma periodização aproximada, segundo a qual o Estado tem que especializar-se, em primeiro lugar, na tarefa clássica de manutenção da ordem; a seguir, na distribuição justa das compensações sociais; e, finalmente, na tarefa de dominar as situações de perigo coletivo. A domesticação de poder do Estado absolutista, a superação da pobreza produzida pelo capitalismo e a prevenção contra os riscos gerados pela ciência e pela técnica fornecem os temas e os fins: segurança jurídica, bem estar social e prevenção.(HABERMAS, 1997, p. 178-179).

Direito Administrativo[126], amparado na premissa de homogeneidade/unicidade do bem comum ou vontade geral, e sendo assim, do interesse público da comunidade política.

O axioma[127] da *prevalência do interesse público* (que em um primeiro momento se vê completamente identificado com o interesse estatal)[128] sobre os interesses particulares passa a ser tido como o substrato teórico justificante de toda a existência e definição do regime jurídico do subsistema administrativo, trazendo consigo uma série de prerrogativas e preferências gozadas pelo aparato estatal em suas relações jurídicas. Tais institutos garantidores da primazia do ente estatal ante os particulares serão analisados doravante.

3.7.1 As prerrogativas da Administração Pública em suas relações com os particulares. O modelo verticalizado de governança administrativa.

À guisa de registro ilustrativo, com o intento de demonstrar a real dimensão que o Estado Social de Direito significou ao Direito Administrativo, traremos à baila alguns institutos consagrados pela doutrina e pela jurisprudência pátria, que materializam a posição de preeminência do Estado em anteposição à sociedade civil. Nesta relação de verticalidade, os juristas passaram a reconhecer pretensa *cientificidade* às chamadas *potestades públicas* pretensamente legitimadas pela imperiosa necessidade de viabilização da administração pública e, por conseguinte, da consecução do interesse público e do bem comum.

---

[126] "Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados". (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 60).

[127] "A literatura jurídica faz uso do termo 'axioma' para explicar tipos de raciocínio jurídico aceitos por todos, e por isso mesmo não-sujeitos ao debate. A veracidade dos axiomas é demonstrada pela sua própria e mera afirmação, como se fossem auto-evidentes. O 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular' é definido como um axioma justamente porque seria autodemonstrável ou óbvio." (ÁVILA, 2005. p. 176-177).

[128] Perceba-se o descompasso dessa concepção em relação ao paradigma filosófico da linguagem: imaginava-se existir o interesse-público-em-si, como que munido de uma substância/ essência, intimamente identificado com o interesse estatal. Não se percebia que em muitos casos o conteúdo conceitual da expressão *interesse público* irá ser distinto de outros casos, exigindo assim a sua necessária contextualização e apreço das circunstâncias concretas. Podemos dizer que é do interesse público que eu não tenha a minha moradia invadida ou saqueada por uma turba de baderneiros. Embora seja apenas de minha propriedade, o respeito ao meu direito é algo que atinge o interesse de todos. O sentido do termo só será alcançado segundo as regras de linguagem a ditarem o embate argumentativo, de onde se saberá qual o correto conteúdo conceitual a ser atribuído ao termo, em que: "(...) pontos de vista morais, éticos e pragmatistas estarão sempre concorrendo na interpretação das partes no que tange aos mesmos princípios levantados na argumentação. Afinal, abre-se uma luta em torno desta controvérsia, uma luta argumentativa em que a pressuposição idêntica é negada, sobretudo, quando o que estiver sob disputa seja a solução de um caso difícil." (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 68).

A proeminência do tema justificou (e ainda hoje justifica) a lavra de inúmeros tratados e ensaios a respeito donde se intentou esboçar critérios e medidas racionais para o exercício das aludidas potestades públicas, na tentativa de se estabelecer o equilíbrio entre a esfera pública e a senda privada. Em breves linhas, trar-se-ão alguns dos privilégios referenciados:

a) a impossibilidade de controle externo dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, em virtude da insindicabilidade do mérito dos atos administrativos discricionários[129];

b) a previsão das cláusulas exorbitantes - cláusulas de privilégio em favor da Administração Pública em detrimento dos particulares contratados na execução do avençado nos contratos administrativos[130];

c) A admissão da ingerência estatal para promover limitações administrativas ao exercício do direito de propriedade privada[131];

d) a imperatividade, a auto-executoriedade e a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo[132];

e) a imprescritibilidade dos bens públicos[133];

---

[129] "Em estudos desenvolvidos pela doutrina clássica, solidifica-se o entendimento de que o controle efetivado pelo Poder Judiciário sobre os atos emanados pela Administração Pública deve cingir-se a pressupostos de legalidade, jamais podendo lastrear-se em razões de mérito, afetas a medidas de oportunidade e conveniência, visto não ser dado ao juiz decidir pelo administrador. Torna-se, então, remansosa a inteligência de que maior controle do Judiciário sobre as atividades administrativas, sobretudo atribuídas ao Poder Executivo, acarreta o desequilíbrio dos princípios de independência e harmonia entre os Poderes, consignados no art. 2º da Constituição da República de 1988".(PIRES e NOGUEIRA, p. 95-96).

[130] A Lei nº 8.666/1993, também chamada de Estatuo das Licitações, estabelece em seu Art. 54 que os contratos administrativos devem ser regidos por princípios de Direito Público. Já em seu Art. 58, enumera prerrogativas detidas pela Administração Públicas em contratos administrativos, tais como: a) alteração unilateral do contrato; b) rescisão unilateral; c) fiscalização da execução do contrato; d) aplicação de sanções e e) ocupação provisória de bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, quando o ajuste visa à prestação de serviços essenciais. A doutrina admite sem maiores polêmicas tais previsões, assim como se vê no entendimento de Carvalho Filho (2006): "**Cláusulas de privilégio,** também denominadas de **cláusulas exorbitantes,** são as prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada. Tais cláusulas constituem verdadeiros princípios de direito público (...)". (p. 164).

[131] "Para o uso e gozo dos bens e riquezas particulares o Poder Público impõe normas e limites e, quando o interesse público o exige, intervém na propriedade privada e na ordem econômica, através de atos de império tendentes a satisfazer as exigências coletivas e a reprimir a conduta anti-social da iniciativa popular. Nessa intervenção estatal o Poder Público chega a retirar a propriedade privada para dar-lhe uma destinação pública ou de interesse social, através de desapropriação; ou para acudir uma situação de iminente perigo público, mediante requisição; em outros casos, contenta-se em ordenar socialmente o seu uso, por meio de limitações e servidões administrativas; ou em utilizar transitoriamente o bem particular, numa ocupação temporária. Na ordem econômica o Estado atua para coibir os excessos da iniciativa privada e evitar que desatenda às suas finalidades, ou para realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, fazendo-o através da repressão ao abuso do poder econômico, do controle dos mercados e do tabelamento de preços". (MEIRELLES, 2001, p.556).

[132] Por ser este o foco precípuo desta dissertação, ver-se-á minuciosamente tal atributo do ato administrativo doravante.

[133] "A imprescritibilidade dos bens públicos traduz-se pela impossibilidade de estes, serem transferidos a terceiros pela via do usucapião. Desde o Império que a legislação brasileira rechaça o usucapião em terras públicas. O art. 200 do Decreto- Lei n. 9.760, de 5/9/46, estabelece que os bens públicos de qualquer natureza

f) o monopólio[134] estatal na exploração de determinados segmentos da ordem econômica brasileira, tais como a pesquisa e a lavra de petróleo e gás natural[135] e a exploração do fornecimento de serviços postais[136], dentre várias outras atividades monopolizadas.

Não somente tais qualidades de privilégios subsistem em favor da máquina administrativa, pois a Fazenda Pública acaba tendo asseguradas também algumas prerrogativas processuais, que se estabelecem quando a Administração Pública figura como integrante de um dos pólos da relação jurídica processual. Mesmo que o acesso à jurisdição seja elencado como um direito fundamental pela Constituição vigente[137], o Ordenamento Jurídico estabelece modos diferenciados de tratamento ao Estado em prejuízo dos seus administrados, dificultando o seu exercício de defesa ou mesmo na garantia de solvibilidade dos créditos reconhecidos pelo Poder Judiciário. São algumas dessas previsões:

a) O cômputo em quádruplo do prazo ordinário para oferecimento de contestação, assim como em dobro para recurso quando a parte for a Fazenda Pública[138];

b) A impenhorabilidade dos bens públicos[139];

---

não são passíveis de usucapião. Entretanto, as Constituições Federais de 1934, 1937 e 1946 previram a possibilidade de usucapião pro labore, inclusive em terras públicas. O instituto, no entanto, nunca fora regulamentado. Mais recentemente, pela Lei n. 6.969, de 10 de dezembro de 1981, instituiu-se o chamado usucapião especial rural sobre terras particulares e públicas devolutas. A possibilidade de prescrição administrativa sobre bens públicos foi efêmera e de pouca aplicação durante a vigência da Lei n. 6.969/81. Com o advento da Constituição da República de 1988, restabeleceu-se a tradição brasileira quanto à imprescritibilidade dos bens públicos". (FARIA, 2001, p. 394). Em verdade, a atual Constituição afastou a possibilidade de aquisição da propriedade de bens públicos por usucapião, quer seja na zona urbana (Artigo 183, §3º) ou na zona rural (Artigo 191, parágrafo único). Vale lembrar que a matéria tem entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, que assim se pronunciou na Súmula nº 340: "*Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião"*.

[134] "**Monopólio** significa a exploração exclusiva de um negócio, em decorrência da concessão de um privilégio. O monopólio privado é absolutamente vedado pela Constituição, porque permite a dominação do mercado e a eliminação da concorrência, fatores que espelham abuso do poder econômico. (...) O mesmo não se passa com o monopólio estatal, isto é, aquele que é exercido pelo Estado ou por delegados expressamente autorizados a tanto. A diferença, porém, é flagrante. Enquanto o monopólio privado tem por escopo o aumento de lucros e o interesse privado, o monopólio estatal visa sempre à proteção do interesse público. A exclusividade de atuação do Estado em determinado setor econômico tem caráter protetivo, e não lucrativo, e por esse motivo tem abrigo constitucional". (CARVALHO FILHO, 2006, p.781).

[135] Estabelecido pelo Artigo 177, I da Constituição Federal. O regime estatal monopolístico em relação ao petróleo sofreu intensa alteração após a Emenda Constitucional n.º 9/1995, que fez com que fosse autorizada a União a contratar empresas estatais ou privadas para a realização das atividades relacionadas ao petróleo, previstas nas atividades previstas pelos incisos I a IV do Artigo 177 da Lei Maior.

[136] Apregoado pelo Artigo 22, X da Carta da República.

[137] Tal direito fundamental encontra-se insculpido no disposto pelo Artigo 5º, XXXV da Constituição Republicana de 1988.

[138] Assim dispõe o Artigo 188 do Código de Processo Civil: "Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público". A Súmula n.º 116 do Superior Tribunal de Justiça também mitiga a isonomia processual em favor da Administração Pública. *In verbis*: "*A Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazo em dobro para interpor agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça"*.

[139] Com acerto, a jurisprudência tem mitigado esse atributo de impenhorabilidade dos bens públicos, estabelecido pelo Art. 730 do Código de Processo Civil, que prevê a citação da Fazenda Pública *apenas para opor embargos à execução*, assim como pelo Artigo 100 da Constituição Federal, que prevê que os pagamentos devidos pela

c) A instituição de óbices legais à concessão de tutela jurisdicional antecipada (provimento de cognição sumária) em desfavor de pessoas jurídicas de Direito Público[140].

d) A exigência de oitiva do representante judicial da pessoa jurídica de direito público previamente à concessão de medida liminar nos mandados de segurança coletiva e na ação civil pública, quando cabível[141];

e) A dispensa de que gozam as pessoas jurídicas de direito público de procederem, quando for o caso, o respectivo depósito prévio para o exercício de pretensão recursal em procedimentos judiciais[142].

f) O instituto processual do reexame necessário[143], que impõe a obrigatoriedade da submissão à análise do tribunal superior a decisão que tenha sido proferida em desfavor dos interesses da União, dos Estados Federados, do Distrito Federal, dos Municípios, ou de suas respectivas autarquias e fundações de direito público. Vale dizer que os provimentos judiciais que julgarem procedentes (no todo ou em parte) os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública, também serão imperiosamente revistos pelo tribunal hierarquicamente superior.

Fazenda Pública devam ser procedidos através da apresentação de precatórios. A título ilustrativo o julgado recente do Superior Tribunal de Justiça, que andou bem ao decidir:
FORNECIMENTO. MEDICAMENTO. ESTADO. Trata-se de recurso contra acórdão que, ao apreciar agravo de instrumento, deferiu a tutela antecipada para que o estado entregasse remédio ao ora recorrido sob pena de bloqueio de verbas públicas. A Turma negou provimento ao recurso, por entender que é cabível a aplicação de multa diária (astreintes) como forma cabível de impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisas (art. 461 e 461-A do CPC), inclusive contra a Fazenda Pública. Aduziu ainda que a obrigação de pagar quantia, mesmo oriunda de conversão ou obrigação de fazer ou entregar coisa, rege-se por procedimento próprio (art. 730 do CPC e art. 100 da CF/1988) que não prevê, salvo excepcionalmente, a possibilidade de execução direta por expropriação por meio de seqüestro de bens ou qualquer outro bem público, que são impenhoráveis. Contudo o regime da impenhorabilidade dos bens públicos e da submissão dos gastos públicos decorrentes de ordem judicial à prévia indicação orçamentária deve se coadunar com os demais princípios constitucionais. Logo prevalece o direito fundamental à saúde sobre o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, sendo legítima a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas para que se efetive o direito aos medicamentos, além de que, na espécie, não se põe em dúvida a necessidade e a urgência para sua aquisição. Precedentes citados: AgRg no Ag 646.240-RS, DJ 13/6/2005, e REsp 155.174-SP, DJ 6/4/1998. REsp 852.593-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 22/8/2006. Constante do Informativo nº 294. (grifo nosso).

[140] São objeto de acalorada polêmica os dispositivos impeditivos de concessão de tutela antecipada em desfavor da Fazenda Pública veiculadas pelas Leis 8.437 de 30/06/1992 e 9.494 de 10/09/1997. A doutrina alerta para a inconstitucionalidade dos dispositivos: "Por essas razões, entende-se ser impossíveis quaisquer limitações à concessão de tutela antecipatória contra a Fazenda Pública (limitações estas atualmente albergadas na Lei 8.437 (...) e na Lei 9.494 (...). Tratar-se-ia de limitações inconstitucionais em face do que dispõe a norma do art.5º, XXXV, da CF/88, a qual garante a todos o acesso à justiça (princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário) e a existência das tutelas jurisdicionais adequadas, efetivas e tempestivas (princípio da adequação da tutela jurisdicional). Além do mais, estar-se-ia ferindo o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput), porque se estaria admitindo, **só pela qualidade da parte ré,** o perecimento da pretensão de direito material afirmada pela autora". (COSTA, 2004, p. 29).

[141] Tal exigência possui previsão legal no disposto no Artigo 2º da Lei nº 8.437/1992.

[142] Tal previsão foi feita pela Medida Provisória de n.º 2.180-35 de 24/08/2001 e que alterou o texto da Lei nº 9.494/1997, fazendo passar vigorar o Art. 1º-A, que implementou tais prerrogativas.

[143] O Código de Processo Civil faz tais previsões em seu Artigo 475, I e II. O reexame necessário é também equivocadamente conhecido como apelação oficial, necessária ou recurso *ex officio*.

Fato é que em muitos casos tais prerrogativas não se sustentam em argumentos científicos, mas tão-somente em alegações utilitaristas que identificam na autoridade pública uma entidade metafísica detentora de prerrogativas e privilégios que em muito se confundem com o papel desempenhado pelos monarcas no *Ancién Regime.* A máquina estatal passa a ser agraciada com um rol de preferências, sob a fantasiosa chancela de que suas augustas atribuições estariam a dar suporte racional para tais regalias. Assim se traduz tal linha *comunitarista* de se interpretar o Direito:

> A supremacia do interesse público significa a sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. Os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, e é uma decorrência de sua supremacia. Para os defensores desse entendimento, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público vinculam-se diretamente ao princípio da República, que impõe a dissociação entre titularidade e exercício do interesse público. Juridicamente, efetivo titular do interesse público é a comunidade, o povo. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 35).

Com essa nova maneira de se interpretar a relação entre a Sociedade Civil e o Estado, colocando os particularismos dos administrados submetidos aos auspícios dos desígnios da esfera pública, acaba-se por dotar de autoritarismo o subsistema jurídico do Direito Administrativo, que contraditoriamente teve em sua gênese a inspiração pelos mais elevados propósitos libertários e protetivos[144]. Sob a alegação da supremacia do interesse popular e sob eventuais interesses privados, sendo estes considerados sempre como mesquinhos e/ou egoísticos, os detentores do poder político por muito tempo cometeram os mais variados abusos, sempre buscando subterfúgios nas alegações de que seus atos encontrariam guarida na vontade da figura mítica e ontologizada do que seja *o povo*.

---

[144] Em verdade, Gustavo Binenbojm (2005) tem portentoso posicionamento – embora seja minoritário - no sentido de que o Direito Administrativo não teria sido idealizado para realizar verdadeiramente a contenção do poder administrativo. Pelo contrário: "A associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações (...) O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (...) representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato teórico para a sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos." (p. 3). Perspicaz é também o registro de Maria Sylvia Di Pietro (2005): "(...) releva notar o fato de que o direito administrativo surgiu em pleno período do Estado liberal, em cujo seio se desenvolveram os princípios do individualismo em todos os aspectos, inclusive o jurídico. A grande preocupação era a de proteger as liberdades do cidadão; daí a elaboração do princípio da legalidade. No entanto, paradoxalmente, o direito administrativo nasceu sob o signo do autoritarismo, já que reconheceu uma série de prerrogativas (potestades públicas) à Administração Pública. (...) A liberdade é garantida por princípios, como os da legalidade, isonomia, separação de poderes. A autoridade é protegida por prerrogativas públicas que garantam a supremacia do poder público sobre o particular." (p.40).

Repise-se: por se caracterizar o Estado como uma entidade que provê e prenda seus súditos com um vasto leque de prestações e utilidades, o *Estado Providência* acaba por ser dotado de posição de primazia e prevalência sobre os indivíduos da sociedade que são por ele regulados. No entanto, não somente de percalços e retrocessos é marcada a evolução da modelagem administrativa no paradigma do Estado Social de Direito. Deveras, exemplo rijo do que se assevera é a ampliação da responsabilização da Administração Pública pela violação de direitos de seus cidadãos quando da prática de seus atos administrativos:

> O reconhecimento da responsabilidade do Estado, à margem de qualquer texto legislativo e segundo princípios de Direito Público, como se sabe, teve por marco relevante o famoso aresto *Blanco*, do Tribunal de Conflitos, proferido em 1º de fevereiro de 1873. Ainda que nele se fixasse que a responsabilidade do Estado "não é nem geral nem absoluta" e que se regula por regras especiais, desempenhou a importante função de reconhecê-la como um princípio aplicável **mesmo à falta de lei.**
> Admitida a responsabilidade do Estado já na segunda metade do Século XIX, sua tendência foi expandir-se cada vez mais, de tal sorte que evolui de uma responsabilidade *subjetiva*, isto é, baseada na culpa, para uma responsabilidade *objetiva*, vale dizer, *ancorada na simples relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso.* (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 885, grifos nossos).

Não há como negar o inevitável contraponto que existe entre o incremento do número de potestades, faculdades e prerrogativas estatais e a concomitante dilatação da proteção dos administrados pela crescente responsabilização patrimonial do Estado por seus comportamentos administrativos, que culmina hoje na vanguardista concepção de responsabilidade objetiva do Estado por força da *Teoria do Risco Administrativo*.

Diz-se isso porque, se quando no período do Absolutismo vigorava a noção de irresponsabilidade estatal em virtude de danos causados pelo monarca (traduzidos no brocardo francês "*Le roi ne peut mal faire"*), com o advento do Estado de Direito admitiu-se que até mesmo o Estado poderia afigurar-se como um infrator da Ordem Jurídica. Nesse momento, passou-se a considerar a responsabilidade do Estado em sua modalidade *subjetiva*, em virtude de falha ou culpa na prestação do serviço estatal, como quando há a defeituosa prestação de serviço público em virtude de falha ou demora em sua execução[145]. Hodiernamente, o Estado assume o risco de indenizar seus administrados quando causar-lhes danos, mesmo que sua

[145] "É mister acentuar que a responsabilidade 'por falta de serviço', falha do serviço ou culpa do serviço (faute du service, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. (...) Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva". (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 886-887).

atividade não seja caracterizada com ilícita, desde que haja o nexo de causalidade entre o dano ocorrido e o ato proveniente do Estado[146].

Em sendo assim, se por um prisma o Direito Administrativo é comumente acusado de figurar como um embuste para garantir a irresponsabilidade do Estado e de seus governantes, por outro lado, também com muita razão, devem-se propugnar os avanços que o regime jurídico constitucional/administrativo granjeou para proteger os administrados por danos por eles suportados derivados de atos administrativos. Por certo que a responsabilidade do Estado passou por transformações gradativas e evoluções que guardam nexo e coesão, mesmo que essa matéria seja tema árido e revestido de polêmicas e controvérsias[147].

Decerto que foi esse debate (que em determinado momento histórico possa ter recebido a pecha de utópico e inviável de ser operacionalizado) o germe do dispositivo contido no Artigo 37, §6º da Constituição Federal. Não obstante, nosso Direito positivo não reconhece somente a responsabilização *objetiva* das entidades públicas por danos que seus agentes causarem a outrem no exercício de suas atividades administrativas, mas também o faz em relação às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos[148]. Ernst Forsthoff, citado por Bandeira de Mello (2004), faz lúcida síntese do apregoado:

> Desde a sua instauração, a responsabilidade do Estado ganhou continuamente em extensão. A interpretação extensiva a amplia cada vez mais. Isto nada tem de estranho. O que fomentou a responsabilidade do Estado não foram apenas motivos ideológicos nem, concretamente, a ideologia do Estado de Direito. Ao lado dela, (...) influi com força decisiva o fato de que o elemento estatal adquire uma

[146] É este o firme entendimento do Supremo Tribunal Federal, ilustrado pelo julgamento colacionado:
EMENTA: I. Responsabilidade civil do Estado: reparação de danos morais e materiais decorrentes de parada cardiorrespiratória durante cirurgia realizada em hospital público. Recurso extraordinário: descabimento. (...) 5. **É da jurisprudência do Supremo Tribunal que, para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado não é necessário que o ato praticado seja ilícito**. Precedentes. (...) (sem negrito no original). [RE-AgR 456302 / RR Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação DJ 16/03/2007 PP-029].

[147] Muito se discute se a respeito da modalidade de ato estatal ilícito a ensejar responsabilização objetiva: se comissiva ou omissiva. Nesse sentido, se manifestou o Supremo Tribunal Federal:
CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - **Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência,** não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço - *faute du service* dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do STF: RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, "D.J." de 19.12.96; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270. IV. - RE conhecido e provido. (sem negrito no original) [Recurso Extraordinário 369820 / RS - Rio Grande do Sul. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação em 27/02-2004 pp-038].

[148] Daí outra razão para se atribuir tanto vulto à definição do conceito jurídico de *serviço público.*

> crescente prepotência e o indivíduo está à sua mercê em um número cada vez maior de relações de sua existência individual. Por isso é iniludível que suas relações com o Poder Público transcorram na forma do Direito, em medida incomparavelmente maior do que jamais o fora. Daí que a necessidade de proteção jurídica é também mais forte, não por conseqüência de qualquer ideologia – conquanto a ideologia do Estado de Direito, como é lógico, haja tido também a sua participação – mas como conseqüência necessária de uma situação de fato que se produz todos os dias. (p.880).

Mesmo que se admita o aspecto benigno da responsabilização crescente do aparato estatal, no desenvolvimento de suas atividades, não se pode incorrer, na afobada compreensão, que tal responsabilização seria a justificativa para a existência da proeminência e privilegiada posição da Administração Pública em relação aos seus administrados. O simples fato de o Estado prover necessidades coletivas e responsabilizar-se por danos oriundos de suas atividades não tem o condão de fazer surgir *de per se* a tão almejada *solidariedade social* vislumbrada por Duguit, pois mantém a sociedade como cliente e dependente das decisões de seus governantes, tal como dependentes acríticos e subordinados à vontade de seus tutores, dotados de questionável legitimidade.

3.8 Fatores de crise do paradigma materializante do Estado Social. A revisão dos conceitos de *Estado* e *Sociedade*. A crise científica na definição jurídica de *serviço público*. O incremento da complexidade social e a ausência de centro normativo homogeneizante.

A modelagem estatal oferecida pelo paradigma do Estado Social de Direito não tardou a apresentar seus *déficits* de racionalidade quando da sua aplicação e operacionalização quotidiana. Seja no modelo de produção capitalista ou na sua vertente socialista, os defensores do paradigma do Estado materializante do Direito não atinaram para várias das insuficiências no atendimento dos seus propósitos. Dentre os referenciados desacertos, vale apontar para a deletéria relação de clientelismo que se passou a estabelecer entre o Estado e a Sociedade Civil, na qual o Estado avocou para si a exclusiva responsabilidade de efetivar os direitos fundamentais através da prestação de serviços de utilidade e interesse coletivo, onde o cidadão passou a esperar passivamente tais prestações positivas[149].

[149] "Com o término da Segunda Guerra Mundial, com suas catástrofes, angústias e morticínios em massa, (...) os povos europeus estavam desiludidos dos mega-Estados, esmagados por suas pesadas cargas impositivas, horrorizadas com os resultados a que haviam chegado suas velhas civilizações com a prática das doutrinas do

Outro ponto-cego desse paradigma se encontra precipuamente no fundamento de legitimidade do Estado, que não passa a ser extraído da racionalidade a mover e inspirar as suas ações, mas sim do grau de *prestabilidade de suas realizações* (BARACHO JÚNIOR, 1999, p. 99), almejando assim justificar a incisiva e asfixiante participação do Estado nos mais diversos campos sociais, econômicos e políticos. Por ser a entidade competente por tais benfeitorias, acaba por ser conferida uma posição de primazia quando das suas relações jurídicas com seus administrados.

Ademais, a crise do Estado Social tem suas raízes, sobretudo, na "insensibilidade"das burocracias estatais emergentes com relação às limitações impostas à autodeterminação de seus clientes, passando assim a representar uma deficiência do paradigma social similar à "cegueira social" do formalismo burguês do liberalismo. (HABERMAS, 1997, p.125). Em raciocínio maquiavélico de compensação dos sacrifícios havidos pelos benefícios alcançados, o Estado buscava justificar a sua posição de prevalência, tal como se dá no protótipo de um pai que tem o seu autoritarismo perdoado pelo seu papel de provedor:

> Houve grande variação quanto ao papel do Estado relativamente às relações sociais. No início do século XX, houve as radicais alterações provenientes da instauração de regimes comunistas e das soluções contidas na Constituição de Weimar. Seguiram-se as mudanças relacionadas com o *New Deal* norte-americano, a ascensão e a queda dos regimes totalitários nazista e soviético, a utilização da energia atômica para fins militares e pacíficos, os planos econômicos (tanto dos países comunistas quanto para o reerguimento da Europa e do Japão) (...) Mesmo sendo inviável sumariar todas as ideologias que nortearam esses eventos ou imprevisível antecipar a evolução que se seguirá, pode-se afirmar o inevitável abandono das concepções anteriores. (...) Houve, acima de tudo, uma alteração radical no plano do direito. (...) Todas as concepções extremistas (sejam as que privilegiam o indivíduo, seja as que o subjugavam ao grupo) foram abandonadas. (JUSTEN FILHO, 2005, p.49)

Outro aspecto problemático foi o artificialismo que se deu na diferenciação entre o que vinha a ser concebido como a esfera pública (representada unicamente pela máquina estatal) do que era considerada a senda privada (representada pela esfera dos particulares administrados), que também passou a configurar outro pressuposto carente de cientificidade. Passou-se a ser insustentável apregoar, sob a luz da racionalidade contemporânea, haver estruturação sociológica em quaisquer comunidades em cujas bases a dimensão *pública* seja

---

'Estado forte' – que ironicamente se designavam a si próprias como modelos do 'bem-estar social' e 'socialistas'– enfim, estavam exaustos de guerras e ansiosos por paz, liberdade e democracia. Havia chegado o momento da reversão das tendências estatizantes, de recompor a afetada autonomia da sociedade e de recuperar a desgastada dignidade da pessoa: uma grande obra que haveria de se iniciar na Europa justamente a partir dos países cujas gerações mais haviam sofrido com as conseqüências daquelas funestas ideologias concentradoras de poder no Estado: a Itália e a Alemanha.". (MOREIRA NETO, 2004, p. 214).

considerada absolutamente diferenciada da dimensão *privada*, sendo ela imune e apartada do intercâmbio com os participantes da Sociedade Civil, tais quais dois biombos autônomos e ensimesmados[150]. Indubitavelmente, esse foi um equívoco no qual se embrenharam as duas clássicas teorizações de regimes políticos, seja do paradigma liberal ou do paradigma social.

A visão política burguesa, defensora da adoção dos mecanismos liberais clássicos da democracia representativa, viu-se oxidada e obsoleta, dada a crescente deturpação ideológica e a corrupção na condução do processo político. Em sendo assim, a simples existência dos partidos políticos, dos parlamentos e das eleições governamentais se demonstraram inábeis a corresponder aos anseios de integração social e das aspirações democráticas. O contrato social, tal como fora idealizado pelos filósofos do iluminismo, viu-se turvado pelo abismo existente entre as atribuições da Sociedade Civil e o Poder Público, dando ensejo à elaboração de uma nova fundamentação do Direito que desse ao Estado mais atribuições e encargos que o aproximassem dos cidadãos por ele administrados[151]. Nesse diapasão, inúmeras das atividades dantes reservadas aos particulares passaram a incumbir também ao Poder Público, que ansiou responder integralmente pelas mais diversas atribuições da esfera pública.

Contudo, se a segregação entre Sociedade Civil e Estado do Liberalismo foi insuficiente, tampouco o monismo adotado pelo Paradigma Social de Direito, influenciado pelas doutrinas de Kelsen e Duguit, viu-se potente a responder as críticas a ele vertidas. Diz-se isso porque as existências do aparato estatal e do poder administrativo acabaram por ambicionarem a legitimar si próprias, descolando-se e desvirtuando-se dos seus propósitos e

---

[150] "A subjetividade, mais do que a confrontante auto-satisfação individual, desenvolve-se, antes, no sentido da reflexão, fruto de uma vontade dialogada e universalizável, produzida por um sujeito não apenas consagrado a si mesmo, mas que, na multiplicidade diferenciada de seus interesses, descobre que a sua própria emancipação depende, em ampla margem, da emancipação da pessoa humana. Traduzindo essas idéias em termos jurídicos, isso significa que uma dualidade teleológica, tipificada pelo rígido contraste entre *utilitatem publicam* e *singolorum utilitatem*, consumaria um irremediável abismo entre indivíduo e Estado. O Direito é imperativo público insituído pela sociedade para a sociedade, razão por que o todo e a parte, quando em plena consonância com o interesse público – que não se confunde com o interesse estatal – são, para além das assimetrias, absolutamente iguais. Numa frase, só o interesse público torna o Indivíduo e o Estado completos. Ao lhe prestarem adesão, nada mais fazem do que aderir o que neles e entre eles há de mais nobre e elevado (...) Indivíduo e Sociedade: tais são os dois principais ângulos da geografia humana. Esses dois ângulos são, ao mesmo tempo,as suas duas necessidades (*ananke*). Uma não existe sem a outra. Mas há duas guerras nestas duas fronteiras: a guerra da opressão, que é a preponderância do Estado sobre o indivíduo; a guerra do individualismo, que é a supremacia do indivíduo sobre o Estado. Dois excessos produtos de um único erro: a falta de identidade moral entre ambos".(PASQUALINI, 1999, p.35, grifo nosso).

[151] "Ao reconhecer que o sistema atual de representação política está em crise, devendo ser questionado e modificado radicalmente, torna-se imperiosa a superação desse quadro institucional através de fórmulas de organização mais democráticas e participativas, fundadas numa racionalidade diversa das atuais estruturas formais e burocratizadas. Trata-se da criação de novas instituições políticas que contemplem novos sujeitos emergentes e que universalizem a prática da cidadania participativa, reconhecida pelo próprio texto constitucional brasileiro de 1988". (WOLKMER, Antonio Carlos, 1999, p.39).

razões justificadoras, como se as autoridades públicas e o Estado fossem finalidades em-si-mesmas.

O poder administrativo e a burocracia estatal, com suas complexas estruturas corporativas, acabaram por se conjugar e promover um fenômeno similar ao ocorrido no paradigma liberal: se neste momento ocorreu o fetichismo e a sacralização da lei, no paradigma social, tal processo ocorre em relação às autoridades públicas investidas em suas estruturas governamentais, que passam a ser tidas pelo Direito como entidades dotadas de objetivos e atribuições mais nobres do que os demais cidadãos.

Ademais, a identificação jurídica da esfera pública à entidade estatal também apresentou suas aporias insanáveis, pois em muitos casos os particulares passaram a desenvolver atividades tidas anteriormente como sendo *administrativas* por excelência. De imediato surge a polêmica: poderiam desenvolver atividades administrativas os agentes ligados a pessoas jurídicas não vinculadas aos quadros funcionais da Administração Pública? Qual o limite para o exercício de suas funções? A doutrina administrativista passa a se debater acerca de temas inexplorados, examinando situações nunca dantes experimentadas. À guisa de registro, cite-se a acalorada discussão existente acerca da natureza jurídica das fundações de direito privado, instituídas pelo Poder Público, mas que, a seu turno, não integrariam os quadros da Administração Pública:

> O estudo da natureza jurídica das fundações inseridas na esfera governamental tem sido uma das maiores dificuldades do direito administrativo brasileiro moderno. (...) a fundação, enquanto espécie de pessoa jurídica de direito privado (...) está bem disciplinada e prevista pelo Código Civil. Sua larga utilização como forma de realização de fins sociais é a comprovação do êxito de seu figurino, enquanto adstrito ao mundo não-governamental. Todavia, pretendeu também o Poder Público adotar a categoria das fundações para organizar os seus serviços e atividades. Desse modo, surgiram diversas teorias para identificar a natureza jurídica das fundações instituídas pelo Poder Público. (...) A polêmica, certamente, se prende (...) à existência de fundações que, a despeito de terem sido criadas pelo Poder Público, não integrem a Administração Pública. Isso é possível? Claro que sim. (...) o critério fundamental para se identificar a natureza da entidade é o **exato conhecimento de seu objeto, no sentido de se verificar se estamos diante de uma atividade estatal ou não, bem como da forma de gestão da entidade em foco.** (ANASTASIA, 2003, p. 4, grifo nosso).

Mas o grande questionamento que se faz para solucionar tais controvérsias reside em apenas uma indagação: *o que é* uma atividade estatal? Será possível dizer com o mínimo de coerência possível, o que seja algo que possua *substância* própria do ente público? Nesses parâmetros, a dogmática jurídica passa a ser severamente reavaliada, sendo recomendado aos juristas o inescusável atendimento do postulado da *unidade científica* do Direito, a ditar que

haja no trato da Ciência Jurídica uma congruência teorética entre seus postulados, premissas e conclusões, garantindo-lhe assim confiabilidade e harmonia. Em sendo assim, não há como manter as bases tradicionais de uma Ciência Jurídica que viu serem abalados os seus pilares pela redefinição conceitual do que seja *Estado* e, de maneira adjacente, *Sociedade Civil.*

Não obstante, outro indício que a racionalidade pós-moderna indica é que o exame da *natureza imutável* dos institutos jurídicos seja desprezado, pelo simples fato de inexistir algum *núcleo mínimo* dos objetos analisados; tal desacerto seria tolerável nos paradigmas científico-filosóficos ultrapassados. Em sendo assim, o Direito Público não mais pode ser tido como *ontologicamente* distinto do Direito Privado, sob pena de se compartimentar a Ciência Jurídica em segmentos impermeáveis e inacessíveis, sem nenhum critério racional que justifique tal cisão. Fosse assim, haveria a estruturação de um simplista arcabouço sociológico, composto apenas pela dualidade dessas autonomias pública e privada, com papéis, contornos e limites nitidamente definidos.

Não se caia no equivocado irresponsável niilismo que negligencia quaisquer traços de identificação e peculiaridades dos institutos jurídicos, sob pena de se incorrer em relativismo tão contraditório quanto o dogmatismo do positivismo. Mas o que se diz é que não há mais como querer segregar, de maneira asséptica, o recôndito espaço doméstico dos particulares da sua pública atuação na vida política de sua comunidade, assim como querer estabelecer o que seja *essencialmente* privado ou público.

Exemplo do que se diz é facilmente percebido com o que ocorre com a falência do Estado na manutenção da ordem pública, o que fez com que a iniciativa privada se mobilizasse para criar empresas de segurança e vigilância privada, desenvolvendo atividade tida até então como próprias do Estado. O que dizer da serventia dos préstimos de cuidados à saúde? Em que pese os Ordenamentos Jurídicos de inúmeros Estados avocarem para o ente estatal a responsabilidade pelo seu oferecimento, a atuação do empresariado e do capital privado é decisiva e imprescindível na sua manutenção. No que concerne ao oferecimento dos serviços públicos de educação e instrução acadêmica, a demanda social atendida pela iniciativa privada é de saliência insofismável, implodindo inúmeras comportas de isolamento até então havidas entre Sociedade Civil e Estado[152]. O mesmo ocorre com os regimes de previdência social, inspirados, originariamente, para que fossem prestados somente pela Administração Pública.

[152] Análise pormenorizada da relação de auxílio e dependência recíproca havidas entre a sociedade civil e o Estado é promovida por José Alfredo de Oliveira Baracho, em sua obra **O princípio da subsidiariedade** da editora Livraria do Advogado, 2000.

Põe-se como desafio laborioso a construção conceitual de *serviço público*, com o estabelecimento de inúmeras alternativas na tentativa de se superar tal embuste. Atendo-nos à nossa experiência jurídica pátria, às teorias jurídicas contemporâneas e aos seus critérios vacilantes acerca do que sejam *atividades típicas de estado*, as quais devam ser prestadas pelas autarquias, e quais seriam os critérios de *interesse social relevante* ou *segurança nacional* para a participação do Estado na atividade econômica, são exemplos patentes da complexidade estrutural alcançada pela sociedade hodierna, visto que a definição proposta por Duguit não se mostra mais suficiente para dar uma resposta para o tema[153]. Moreira Neto erige conceito de *serviço público* que procura absorver as críticas e apontamentos feitos às insuficientes construções doutrinárias administrativistas clássicas, mas acaba por depositar confiança e expectativa na qualificação atribuída pelo diploma legal, o papel de garantidor da (in)existência de um serviço público:

> Hoje, basta que o *Estado o preste*, por qualquer de seus órgãos, ou apenas *assegure a sua prestação*, seja através de *delegatários legais*, sem interferência de qualquer órgão ou entidade da Administração Pública, seja, como classicamente se tem entendido, através de *delegatários administrativos*. Diversificam-se e enriquecem-se, assim, as modalidades de prestação de serviços públicos com a crescente e multifária colaboração do setor privado, necessitando-se, em conseqüência, de novos conceitos e atualizadas sistematizações. (...) Serviços públicos seriam, nesse conceito proposto como transicional e provisório, as atividades pelas quais o Estado, direta ou indiretamente, promove ou assegura a satisfação de interesses públicos, **assim por lei considerados**, sob regime jurídico próprio a elas aplicável,ainda que não necessariamente de direito público. (MOREIRA NETO, 2000, p. 125-126)[154]

O ministro Eros Roberto Grau também envida esforços valiosos na tentativa de delimitar o conteúdo conceitual de *serviço público*, por sê-lo de curial importância para a delimitação do objeto de estudo da dogmática administrativista tributária da tradição

---

[153] A Constituição da República de 1988 estabelece em seu Artigo 175 que "*incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*". Contudo, conceituar o que venha a ser *serviço público* é algo que traz inúmeras implicações para o Direito Administrativo Brasileiro, pois tal prestação deve seguir um regime jurídico próprio, composto por inúmeras regras e princípios jurídicos, tais como os princípios da *obrigatoriedade*, da *continuidade*, da *universalidade*, da *mutabilidade*, dentre outros. Para o aprofundamento do tema, recomendamos a leitura do ensaio *Constituição e Serviço Público*, de autoria de Eros Roberto GRAU, em GRAU, Eros Roberto, GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional- estudos em homenagem a Paulo Bonavides**,da editora Malheiros, 2001. Ver também NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos com o artigo: *Serviço público: conceito e delimitação na ordem constitucional* em CUNHA, Tatiana Mendes (org.). **Estudos de Direito administrativo em homenagem ao professor Celso Antonio Bandeira de Mello,** da editora Max Limonad, 1996, e Dinorá Adelaide Mussetti GROTTI, *Teoria dos Serviços Públicos e sua transformação*, em SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

[154] Destacamos o trecho "assim por lei considerados". Os demais destaques são encontrados no original.

oitocentista. Sua definição leva em consideração os elementos históricos, o que certamente há de ser levado em consideração em qualquer investigação científica. A saber:

> Observando (...) ser um conceito aberto o de serviço público, conceito que cumpre preencher com os dados da realidade, devendo sua significação ser resgatada na realidade social, sustentei ser a distinção entre um (*serviço público*) e outra (*atividade econômica em sentido estrito*) função das vicissitudes das relações entre as forças sociais. (...) Não obstante as dificuldades que se antepõem ao discernimento da linha que traça os limites entre os dois campos, ele se impõe: *intervenção* é a atuação na área da *atividade econômica em sentido estrito*; **exploração de *atividade econômica em sentido estrito* e prestação de *serviço público* estão sujeitas a distintos regimes jurídicos** (arts. 173 e 175 da Constituição de 1988). (GRAU, 1998, p. 138, grifo nosso).

No esforço ciclópico no qual Grau se envereda, na tentativa de atender à exigência constitucional de trato jurídico diferenciado para as distintas situações, delimitando com isso quais seriam as normas jurídicas a regrar as atividades estatais tarifadas como *serviços públicos*, há provocativa conclusão que alerta os mais atentos para a aridez do tema a ser tratado:

> É inteiramente equivocada a tentativa de conceituar-se *serviço público* como atividade sujeita a *regime de serviço público.* Ao afirmar-se tal – que *serviço público* é atividade desempenhada sob esse *regime* – além de privilegiar-se a forma, em detrimento do conteúdo, perpetra-se indesculpável tautologia. Determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público porque *é* serviço público; não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público. De outra banda, é certo inexistir uma totalidade normativa que se possa referir como *regime de serviço público,* além do que, sobremodo quando cuidamos das empresas estatais – empresas públicas e sociedades de economia mista – que exploram *atividades econômicas em sentido estrito* ou que prestem *serviço público*, impõe-se distinguirmos entre diversos níveis ou modelos de regimes jurídicos. A distintos regimes jurídicos, assim, sujeitam-se umas e outras, segundo se esteja a cogitar de traços estruturais ou funcionais, internos ou externos, delas. (GRAU, 1998, p.139).

Entretanto, ocorre que, em alguns momentos, a doutrina freqüentemente trata do tema com uma simplicidade e singeleza incompatíveis com a sofisticação que o assunto requer, dogmatizando ingenuamente a distinção entre atividades *públicas* e *privadas.* Em sendo assim, há momentos em que alguns autores, embora renomados e de obra jurídica sólida e respeitável, simplesmente tratam do tema sem atender satisfatoriamente as atuais exigências pela formulação racional e teorização crítica da matéria, em razão do elevado grau de evolução social de comunidades pós-convencionais, no qual procuramos obstinadamente nos alinhar:

> A separação entre os dois campos – serviço público, como setor pertencente ao Estado e domínio econômico, como campo reservado aos particulares **é induvidosa** e tem sido objeto de atenção doutrinária, notadamente para fins de separar empresas estatais prestadoras de serviço público das exploradoras da atividade econômica, ante a diversidade de seus regimes jurídicos.
> Donde, não há confundir serviços públicos com atividades econômicas desempenhadas empresarialmente pelo Estado, pois seus regimes são inteiramente diversos. (BANDEIRA DE MELLO, 2006, grifo nosso).

Não parece que os papéis a serem desempenhados pelo Estado e pelo particular sejam tão nitidamente definidos como antes se admitia sem que sejam promovidas maiores problematizações, nem mesmo se houver definição legal acerca do tema; o predicado de legitimidade não pode mais ser acriticamente atribuído à legalidade. Isso posto, não se pode classificar como *induvidosos* os limites que definem o que venha a ser um serviço público e uma atividade econômica em sentido estrito. Não obstante, não se pode olvidar do fato de que, em alguns casos, uma mesma pessoa jurídica estará a oferecer simultaneamente atividades que eram tradicionalmente como públicas e privadas. Exemplo claro do que se assevera é o fornecimento do serviço público de energia elétrica. Em que pese a idéia que se possa claramente ter acerca da sua *essencialidade*[155], estabelecer se o seu fornecimento seja ou não um serviço público ou uma atividade econômica em sentido estrito é algo que possui as mais graves repercussões nas peculiaridades e circunstâncias dos casos concretos.

Passemos a um elucidativo exemplo: seria o fornecimento de energia elétrica disciplinado pelo princípio da ininterruptibilidade/continuidade[156], assim como protegido também pelo Artigo 37 §3º, II da Constituição da República[157] e pelo Artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor[158]? Pode o seu fornecimento ser interrompido em caso de

---

[155] À guisa de registro, cite-se a questão nº 71 do Concurso Público do Tribunal de Justiça de Minas Gerais para o cargo de Juiz Substituto, com a respectiva resposta tida por oficial pela Comissão promotora do certame: "*Questão nº 71- O corte de fornecimento de energia elétrica, como se sabe, pode ser objeto de discussão judicial. E, segundo entendimento predominante do TJMG: d) traduz-se em ato de autoridade no exercício de função delegada, impugnável pela via do Mandado de Segurança"*. Disponível em www.pciconcursos.com.br. Acesso em 30/10/2007.

[156] "Esse princípio indica que os serviços públicos não podem sofrer interrupção, ou seja, sua prestação deve ser contínua para evitar que a paralisação provoque, como às vezes ocorre, colapso nas múltiplas atividades particulares. A continuidade deve estimular o Estado ao aperfeiçoamento e à extensão do serviço, recorrendo, quando necessário, às modernas tecnologias, adequadas à adaptação da atividade às novas exigências sociais". CARVALHO FILHO, 2006, p. 277.

[157] "Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)§ 3º - A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços." Constituição da República Federativa do Brasil.

[158] "Art. 22 - Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único - Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista

inadimplemento, assim como aduz o Artigo 6º, §3º, II da Lei 8.987/1995[159]? Havendo a inadimplência por parte do beneficiado, e caso o inadimplemento se dê por parte e culpa dos integrantes da sociedade civil, a jurisprudência tem sido pacífica no sentido de sua admissão e licitude da interrupção[160].

Mas e se o inadimplemento ocorrer *por culpa do próprio Poder Público,* figurando como beneficiário destas prestações tidas como públicas, podem tais serviços essenciais serem interrompidos? Por certo que interrompê-los também significa um sério gravame à população, ao passo que tolerar a inadimplência é algo que também não serve aos propósitos do Estado de Direito.

No intuito de solucionar tal controvérsia, a jurisprudência tem decidido casuisticamente. A título ilustrativo, traz-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que entende que não pode ser interrompido o fornecimento para escolas, hospitais e repartições públicas. Mas curiosamente, aquele sodalício admite que haja o embaraço na continuidade destes serviços em casos de falta de pagamento por parte do Poder Público em relação a ginásios esportivos, piscinas municipais, Bibliotecas Municipais (mesmo que o serviço de biblioteconomia esteja intrinsecamente vinculado à educação, assim como ocorre com as escolas públicas) e até mesmo o fornecimento de energia elétrica à Câmara Municipal, dentre outros. A saber:

> MUNICÍPIO INADIMPLENTE. FORNECIMENTO. ENERGIA ELÉTRICA.
> A Turma, por maioria, deu provimento ao recurso e denegou a ordem entendendo que a companhia concessionária pode cortar o fornecimento de energia elétrica caso o Município torne-se inadimplente. No caso, o Município impetrou mandado de segurança objetivando a restauração do fornecimento de energia elétrica para os próprios municipais, quais sejam, o Ginásio de Esportes, piscina municipal e respectivo vestiário, Biblioteca Municipal, Almoxarifado, Paço Municipal, Câmara Municipal, Correios, Velório, Oficinas e Depósito. No entanto serviços essenciais do Município, tais como escolas, hospitais, usinas, repartições públicas, não podem

---

neste Código". (Sublinhamos). Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078/1990. É curioso ressaltar que embora seja comumente consagrada como sendo um *princípio,* a norma jurídica da *ininterruptibilidade da prestação dos serviços públicos* é esquematizada no texto legal sob a fórmula clássica do princípio da imputação, ou seja, "Se A, é B". Em assim sendo, *se* houver descumprimento total ou parcial, as pessoas jurídicas *então* serão compelidas a cumprir as obrigações e a reparar os danos causados. Para aprofundamento do tema, conferir a recente obra *Hermenêutica jurídica e(m) debate* de Álvaro Ricardo de Souza Cruz.

[159] "Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.(...)§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: (...) II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade." (Sublinhamos) Lei nº 8.987/1995.

[160] Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça é uníssono, vide entendimento paradigmático do REsp 510.478-PB, 2ª Turma, Rel. Min. FRANCIULLI NETO, julg. em 10/06/2003, vide Informativo nº 176. Corroborando o entendimento deste Tribunal Superior, a Súmula nº 83 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: "*É lícita a interrupção do serviço pela concessionária, em caso de inadimplemento do usuário, após prévio aviso, na forma da lei"*.

> sofrer o corte de energia elétrica. Precedentes citados: REsp 400.909-RS, DJ 15/9/2003, e REsp 302.620-SP, DJ 16/2/2004. REsp 460.271-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 6/5/2004. Segunda Turma, Informativo 207. (sublinhamos)
>
> SUSPENSÃO. ENERGIA ELÉTRICA. ESCOLA PÚBLICA.
> A Turma negou provimento ao recurso ao argumento de que a interrupção de fornecimento de energia elétrica de ente público inadimplente somente é considerada ilegítima quando atinge necessidades inadiáveis da comunidade, (...) como "aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população" (hospitais, prontos-socorros, centros de saúde, escolas e creches). REsp 845.982-RJ, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 22/8/2006. Segunda Turma, Informativo nº 294. (grifo nosso)
>
> CORTE. ENERGIA ELÉTRICA. INADIMPLENTE.
> A Turma, ao prosseguir o julgamento, reafirmou que, diante do interesse da coletividade, o princípio da continuidade do serviço público (art. 22 do CDC) deve ser ponderado frente à possibilidade de interrupção do serviço quando, após aviso, haja a perpetuação da inadimplência do usuário. Asseverou que a jurisprudência deste Superior Tribunal proclama que, se diante da inadimplência de pessoa jurídica de direito público, deve-se preservar o fornecimento de eletricidade às unidades públicas provedoras de necessidades inadiáveis da comunidade (hospitais, prontos-socorros, centros de saúde, escolas e creches). Aduziu, também, em homenagem às ponderações feitas pelo Min. Herman Benjamin no seu voto-vista, que o entendimento, em excepcionais casos, deve ser abrandado se o corte puder causar lesões irreversíveis à integridade física do usuário, isso em razão da supremacia da cláusula de solidariedade prevista no art. 3º, I, da CF/1988. Precedentes citados: REsp 460.271-SP, DJ 21/2/2005; REsp 591.692-RJ, DJ 14/3/2005; REsp 615.705-PR, DJ 13/12/2004, e AgRg na SLS 216-RN, DJ 10/4/2006. REsp 853.392-RS, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 21/9/2006. (grifo nosso)

Por certo que a distinção entre *serviços* que sejam *tipicamente* públicos e os que não os sejam é - e seguirá sendo – um ofício árido e objeto de constantes polêmicas e infindáveis controvérsias, pois tal discussão acaba por versar sobre a própria definição dos conceitos do que venha a ser afeito ao ente *estatal* e o que seja característico da senda *privada/particular*, o que nunca foi tema pacífico na história da humanidade. A alternativa mais viável é mesmo a construção casuística dos conceitos, de acordo com os argumentos e alegações que sejam pontualmente apresentados, na decisão dos casos concretos que se apresentarem à análise dos juristas. Entrementes, não se deve perder de vista a necessária coerência científica entre os posicionamentos doutrinários e as manifestações jurisprudenciais a esse respeito, sob pena de se esfacelar a unidade epistemológica da Ciência Jurídica.

De todo modo, tendo em vista a dificuldade de se manter a clássica separação Estado/Sociedade Civil, estabelecendo quais são as atribuições *ontologicamente* estatais, por garantirem necessidades *essenciais* da sociedade, acaba por receber papel de destaque o

chamado *terceiro setor*[161], composto por entidades privadas a desempenharem atividades até então consideradas próprias do domínio estatal, mas que agora também passam a ser exercidas pela iniciativa privada, com o auxílio e o fomento do Estado[162].

Argumento pragmático freqüentemente utilizado para comprovar a impossibilidade de se depositar nos ombros estatais as inumeráveis incumbências se deu com as constantes crises econômicas pelas quais passou a maioria dos Estados ocidentais no decorrer do século XX, que denotaram a incapacidade do Estado em gerir inúmeros programas sociais e assistencialistas, expondo as limitações econômicas para o prosseguimento da orientação política interventiva e clientelista, assim como na manutenção de inchada máquina administrativa para a prestação de serviços públicos:

> Enquanto há crescimento econômico e alta arrecadação tributária, o Estado Social pode sofisticar-se com serviços públicos cada vez melhores. A educação é inteiramente pública e gratuita, assim como a assistência médica de qualidade, em vários Estados europeus. Entretanto, a capacidade do Estado de resistir a crises tem limites de intensidade e duração, e poucos contavam com a crise profunda da década de 70. Com a crise econômica há uma diminuição da arrecadação tributária. Para isso o Estado Social estava preparado, pois vinha trabalhando com a idéia de superávit e déficit orçamentário: poupar nos momentos de crescimento e investir para recuperar a economia nos momentos de crise. Mas a crise profunda diminui a capacidade do Estado de responder à crescente demanda social, estando mais frágil justamente quando é mais requisitado[163].

Na somatória de todos esses elementos, o que se percebe é que na quadra atual de sociedades secularizadas, influenciadas pela diversidade das convicções morais operada pela globalização e descrentes na vinculação direta e acrítica do atributo de legitimidade à legalidade, não há um centro legítimo de unidade homogeneizante/agregante de perspectivas e pontos de vista. O Estado deixa agora de ser o ponto nevrálgico do Direito como agente centralizador da produção de normas jurídicas e monopolizador na tomada de decisões no processo político. A produção, a execução e a interpretação das normas são tarefas que dizem

---

[161] "[...] a idéia de retracção do Estado traduziu-se, basicamente, na privatização das políticas sociais, criando assim novas possibilidades de valorização do capital. Mas traduziu-se também no apelo a um ressurgimento [...] das redes tradicionais de solidariedade, reciprocidade e auxílio mútuo como forma de recuperar a autonomia colectiva que fora destruída ou considerada anacrônica quando, no período do capitalismo organizado, foi o Estado a prover às redes de segurança individual. [...] A idéia não é olhar para um passado que, provavelmente, nunca existiu, mas encarar a criação futura de um terceiro sector, situado entre o Estado e o mercado, que organize a produção e a reprodução(a segurança social) de forma socialmente útil através de movimentos sociais e organizações não governamentais(ONG's), em nome da nova solidariedade ditada pelos novos riscos contra os quais nem o mercado nem o Estado pós-intervencionista oferecem garantia". (SANTOS, 2002, p.156-157).

[162] Para maior compreensão do tema, recomendamos a leitura das leis nacionais de nº 9.790/1999 e 9.637/1998.

[163] MAGALHÃES, *Direito Constitucional*, 2000, p.70 - 71.

respeito não apenas às autoridades públicas que possuem sua competência atribuída pela legislação, mas por uma sociedade aberta de intérpretes[164].

No que se refere à melhor solução a ser dada no caso concreto, percebe-se que foi justamente o *paradigma* que se adotou historicamente o elemento norteador da atividade interpretativa: se, no Estado Liberal de direito, o que se apregoava era a cognição da vontade manifesta do Poder Legislativo ou a vontade da lei propriamente dita, no paradigma do Estado Social, o Direito passou a ser interpretado como um Ordenamento Jurídico existente em si mesmo, marcado pela perspectiva axiologizante e sufocadora das particularidades e individualidades dos cidadãos, em prol de uma entidade ética hierarquicamente superior.

Na perspectiva moderna do paradigma Social de Direito, este era entendido como o conjunto de regras e princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais e programas de finalísticos comungados pela coletividade, a serem realizados no "limite do possível" pelo Estado e que via no Poder Executivo o seu principal ator.

O que a Era contemporânea indica é que nenhum dos dois paradigmas passa imune à crítica da racionalidade pós-moderna, e que todo pensador e estudioso do Direito deve aceitar o desafio de construir uma teoria jurídica afinada com a sua *práxis*, devidamente operacionalizada sob bases racionalmente legítimas:

> Quer-se o Estado que estimula, que ajuda, que subsidia a iniciativa privada; quer-se a democratização da Administração Pública pela participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e de consulta e pela colaboração entre público e privado na realização das atividades administrativas do Estado; quer-se a diminuição do tamanho do Estado para que a atuação do particular ganhe espaço; quer-se a parceria entre o público e o privado para substituir-se a Administração Pública dos atos unilaterais, a Administração Pública autoritária, verticalizada, hierarquizada**.** (DI PIETRO, 1997, p.11-12).

3.9 A certeza, a correção e a previsibilidade científicas se revelam como utopias do racionalismo: a incorporação do elemento da probabilidade, a relatividade e o abandono da especialização/ fragmentação do saber científico.

[164] A expressão é de autoria de Peter Häberle. Para incursão percuciente no tema, aconselhamos a leitura da obra *Hermenêutica Constitucional.* A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

As bases da epistemologia da Revolução Científica dos Séculos XVI e XVII sofrem significativos abalos com o avanço do saber humano, especialmente no avançar do Século XVIII, promovendo uma crise na comunidade científica da mesma magnitude daquela operada pelo racionalismo filosófico e pelo iluminismo. Arvorado em ideais de neutralidade, objetividade, precisão e certeza, o pensamento científico clássico percebe-se incapaz na solução de imbróglios advindos do quotidiano científico, sendo por esta razão repensadas as suas premissas básicas e respectivas condições metodológicas.

Tendo trazido consigo a Modernidade Antropocentrista uma promessa de desenvolvimento científico suportado pela neutralidade do pesquisador em seu experimento científico, tentou-se operar naquele momento a distinção dicotômica entre o cientista que investiga e o seu objeto de estudo. Exemplo que freqüentemente se dá é o das ciências sociais: naquele momento, operada sob o modelo explicativo das ciências exatas (típico do racionalismo cartesiano) vigorava a idéia de que o sociólogo que estuda uma determinada comunidade deveria manter-se neutro em suas análises e nas diligências em que promove, com o auxílio de método rigoroso e suficiente para manter a distinção epistemológica entre o sociólogo e sua comunidade estudada.

Ora, como garantir que a experiência de um cidadão europeu estudando o comportamento dos europeus fosse resguardada e isenta de juízos pessoais e de concepções prejudiciais à cientificidade do experimento? Em determinados momentos suspeitava-se da lisura científica dos experimentos deste ramo do conhecimento, pois eram ausentes os requisitos de neutralidade. A racionalidade do paradigma científico clássico se incumbiu de estipular critérios metodológicos controladores da neutralidade do experimento, tais como relatórios, inquéritos, entrevistas previamente estruturadas[165]. Ironicamente, o que se viu no decorrer da evolução científica da sociologia é que ela passou a exigir do pesquisador a utilização de métodos não anteriormente admitidos, por diminuírem a distância entre o pesquisador e a sociedade objeto de pesquisa, tais como a observação participante e o trabalho de campo, pois não se mostraram suficientes os métodos científicos e os modelos explicativos de uma ciência distanciada de seu objeto de experimentação.

O conceito de *Ciência* passa então a incorporar em seu conteúdo a necessária interação entre o cientista e o seu objeto de estudo, pois, em última instância, todo conhecimento é

[165] "Na antropologia, a distância empírica entre o sujeito e o objecto era enorme. O sujeito era o antropólogo, o europeu civilizado, o objecto era o povo primitivo ou selvagem. (...) Na sociologia, ao contrário, era pequena ou mesmo nula a distância empírica entre o sujeito e o objecto: eram cientistas europeus a estudar os seus concidadãos. Neste caso, a distinção epistemológica obrigou que esta distância fosse aumentada através do uso de metodologias de distanciamento: por exemplo, o inquérito sociológico, a análise documental e a entrevista estruturada." (SANTOS, 1995, p. 50).

autoconhecimento[166]. É impossível imaginar que haja ausência absoluta de subjetividade em qualquer interpretação ou experimento científico, pois até mesmo quando um cientista estabelece qual será o seu projeto de pesquisa, não há como negar que ele impregna de subjetividade a sua pesquisa através da delimitação do seu experimento científico. Incidirão sobre a qualidade do trabalho a vocação do pesquisador, o prazer que a pesquisa lhe desperta, suas habilidades e suas potencialidades intelectuais, o seu contexto histórico e social. Ao interpretar um determinado fenômeno, o sujeito participa ativamente da construção do seu sentido através de todos os seus conhecimentos e juízos prévios, no diálogo permanente entre objeto e sujeito que Hans-Georg Gadamer denomina como sendo o círculo hermenêutico da interpretação:

> O círculo hermenêutico representa o momento ontológico da compreensão, onde há um enlace dos movimentos da tradição (histórica), do intérprete (fusão de horizontes) e da pré-compreensão. Daí em diante, a compreensão vai se moldando a partir da consciência histórica do intérprete e do mostrar-se do objeto. **O intérprete não acede a um objeto que lhe é previamente dado, mas participa na própria constituição do seu sentido**, a partir de uma estrutura de mediação, própria da compreensão como um fenômeno histórico, no qual a linguagem mediatiza o passado e o presente através do sujeito e objeto. Configura-se, aqui, uma interferência recíproca entre a tradição e o movimento do intérprete..(DINIZ, 1998, p.220-221, grifo nosso).

Mais uma vez traremos um exemplo prático do que se diz. Admitindo uma situação hipotética na qual um executivo de uma multinacional que habita uma grande cidade cosmopolita, tal qual Londres, se depara com um camponês que vive em um reduto provinciano no interior de um país agrícola tal qual a Polônia. Imaginemos que os dois mirem seus olhares para o céu e percebam a existência de uma grande formação de nuvens. Enquanto que para o executivo londrino seja possível somente no máximo asseverar que seja possível que chova, por certo que o camponês terá maiores recursos para dizer qual a possibilidade da existência de uma chuva, qual a sua intensidade e duração. Vale lembrar que o objeto de pesquisa foi o mesmo para os dois sujeitos, embora a formação das nuvens faça muito mais sentido para o camponês do que para o executivo, tendo em vista toda a sua tradição campesina e seu trato familiar com o ambiente rural.

Em contraponto, nesse mesmo exemplo hipotético, se se submete um complexo borderô de uma instituição financeira aos dois sujeitos, não restam dúvidas de que o resultado das análises será diametralmente oposto. Se para o executivo aquele demonstrativo financeiro pode indicar pela existência de uma instituição financeira sólida, sendo inclusive

[166] Cf. GUSTIN e DIAS, 2004, p. 13.

recomendável para um investimento a ser feito, consubstanciando ou não uma boa oportunidade, por outra banda o camponês não terá a mesma interpretação acerca do mesmo fenômeno, tendo em vista a sua pouca instrução e experiência com demonstrativos financeiros. Por certo que o aludido borderô não significará para o camponês nada mais do que um complexo apanhado de números e gráficos.

Torne-se a dizer: sendo nuvens ou demonstrativos financeiros, o objeto de pesquisa submetido foi o mesmo para os dois sujeitos. Mas as distintas experiências de vida, o nível e os graus de especialidade de instrução foram determinantes para estabelecer qual seria o resultado do estudo para cada um:

> A compreensão, própria do acontecer, consiste num processo de fusão de horizontes. Na aplicação, o horizonte (novo) do presente funde-se ao (velho) horizonte do passado, superando dialeticamente o distanciamento temporal que separa o intérprete do texto, de forma a garantir o seu significado presente. Trata-se antes de um processo de revitalização da compreensão do que de uma simples assimilação ingênua e acrítica daquilo que nos é mostrado. Dessa maneira, colocamos à prova nossos pre-conceitos, de forma controlada, isto é, assumindo a tensão entre conhecimento e estranheza. (CAMARGO, 2005, p. 221).

Daí se diz não ser possível imaginar um experimento científico que seja desconectado do seu sujeito cognoscente, o que contraria sobremaneira o paradigma científico clássico, que defendia repousar a pureza do método científico na fratura entre sujeito e objeto estudado. Imaginar existir o distanciamento entre o cientista e seu objeto experimentado é situar-se ainda sob o chamado "paradigma filosófico do objeto", imaginando existir a coisa-em-si, apartada do sujeito que a investiga. Não há uma nuvem-em-si, um borderô-em-si e, nem tampouco, um Ordenamento Jurídico-em-si.

Todo o objeto submetido ao ser humano será inexoravelmente interpretado, e a citada interpretação somente será possível através do papel mediador que a linguagem exerce. Senão vejamos: só se pôde dar o exemplo de uma nuvem ou de um borderô porque se imagina que nosso leitor saberá o que são nuvens e o que são borderôs para que compreenda com exatidão o que se afirmou. Só podemos nos referenciar aos objetos através da nossa linguagem, que alcançará os leitores através de suas experiências e tradições; a linguagem exerce assim não apenas um papel representativo, mas também constitutivo do objeto referenciado. Se por um lado a linguagem é limitadora da transmissão dos juízos, por outro ela é a nossa única possibilidade de fazê-lo.

Transpondo esse raciocínio ao Direito, veremos que o *texto legal* não pode ser entendido como sinônimo de *norma*, pois esta só é depreendida através do esforço

interpretativo da compreensão do jurista em adequar a solução do caso ao paradigma vivenciado. A norma será construída quando do encontro da tradição hermenêutica daquele que interpreta junto ao texto legal interpretado[167]; ao se aplicar o Código de Defesa do Consumidor em detrimento do Código Civil, certamente se fez necessário analisar as circunstâncias fáticas concretas (existência de relação de consumo, de hipossuficiência técnica, da produção e circulação de bens ou serviços, de um destinatário final) para se ter como certo que o diploma legal a reger a demanda seja o Código do Consumidor. Mas para chegar à conclusão de que o caso em comento se rege pelo Código Consumerista, será indispensável à análise do lastro fático da pendenga, o que nos autoriza dizer categoricamente ser metafísica a distinção comumente existente do tratamento jurídico dispensado ao fato e à norma.

[167] "Tampouco o texto será equiparado à norma. Não! A norma será sempre o resultado da interpretação do texto." (STRECK, 2005, p. 219).

4 O NOVO PARADIGMA CIENTÍFICO: A DESVINCULAÇÃO DA CIENTIFICIDADE DE UM EXPERIMENTO DO ESTABELECIMENTO *A PRIORI* DE MÉTODO/RACIOCÍNIO HERMENÊUTICO.

As promessas da Modernidade de construir um paradigma científico calcado em perspectivas de certeza, previsibilidade e unidade certamente não alçaram o êxito imaginado, embora os cientistas tenham se esmerado de todas as maneiras para conseguir que isso ocorresse. Em se tratando especificamente do Direito, a incessante busca pela elaboração de métodos de interpretação jurídica, empreitada certamente arrimada na convicção de ser possível o universalismo dos modelos de referência epistemológicos, também não alcançou melhor sorte. Isso porque embora o racionalismo científico moderno tenha querido estabelecer como premissa metodológica o imperativo do estabelecimento prévio de métodos, moldados especialmente nos modelos explicativos das ciências naturais, a experiência histórica tratou de demonstrar a insuficiência dessa estratégia de ação. Finalmente se apercebe que não é através da existência de um método previamente estabelecido que se atribuirá à pesquisa científica um condão de neutralidade ou idoneidade científica. Filosoficamente, percebe-se que a tentativa de se estabelecer um método prévio para um experimento científico é algo ainda típico do paradigma da filosofia do sujeito, que acreditava ingenuamente no aparato intelectual do ser humano solipsista como capaz de formular cânones interpretativos seguros e fidedignos na construção de um saber deveras científico.

Diz-se isto porque se, antes da Idade Média, a utilização do raciocínio indutivo para a interpretação e aplicação do Direito gozou de maior prestígio na Ciência Jurídica, com o surgimento dos documentos normativos gerais, a partir do caso concreto, o emprego do raciocínio dedutivo tomou grande fôlego, através dos processos de codificação e sistematização do Direito, por influência do racionalismo filosófico vigente. Mas, o que a racionalidade do paradigma científico/jurídico contemporâneo indica é que não se pode dizer que um dos dois raciocínios deva gozar de prevalência apriorística sobre o outro e, mesmo para a aplicação do método indutivo, não se consegue prescindir do raciocínio dedutivo e assim reciprocamente.

Por certo não é a utilização pré-determinada de um programa metodológico o garante da cientificidade de um determinado estudo; na chamada *Era das incertezas*[168], a única segurança que se pode estatuir é que *qualquer* pretensão de validade que queira gozar de

[168] Para maiores aprofundamentos sobre o tema, consultar a obra de Ilya Prigogine: *O fim das certezas*, São Paulo: UNESP, 1996.

normatividade deve ser resistente no seu respectivo crivo crítico em um processo argumentativo.

Todavia, não se pode incorrer no equívoco de se desdenhar a serventia científica dos inúmeros métodos a serviço do jurista em seu ofício hermenêutico de busca pela melhor solução; mas, por outro lado, somente as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto darão recursos suficientes para se dizer *qual* método será o mais adequado na aplicação do direito naquelas situações de deslindes de refregas:

> Metódicas jurídicas não fornecem à ciência jurídica e às suas disciplinas setoriais um catálogo de técnicas de trabalho inquestionavelmente confiáveis nem um sistema de hipóteses de trabalho que podem ser aplicadas genericamente e devem ser tratadas canonicamente. No âmbito da objetividade restrita que lhe é possível e, não obstante, com caráter de obrigatoriedade, a metódica jurídica deve empreender a tentativa de uma conscientização (Selbstverständigung) dos operadores jurídicos acerca da fundamentabilidade, da defensabilidade e da admissibilidade das suas formas de trabalho. Ocorre que uma norma jurídica é mais do que seu texto de norma. A concretização prática da norma é mais do que a interpretação do texto. Assim, a "metódica" no sentido aqui apresentado abrange em princípio todas as modalidades de trabalho da concretização da norma e da realização do direito, mesmo à medida que elas transcendem – como a análise dos âmbitos das normas, como o papel dos argumentos de teoria do Estado e de teoria constitucional (...) (MÜLLER, 2000, p.21-22).

A contemporaneidade trouxe consigo a desconfiança em relação à cientificidade e segurança que os usos de métodos de interpretação jurídica são capazes. Se Descartes afiançava toda a pureza científica no rigor dos métodos empregados, o paradigma da racionalidade científica, jurídica e filosófica atuais trata de esvair tal ilusão. Obviamente que na prática discursiva, que é própria ao Direito, serão articulados argumentos que em alguma medida se assemelham àqueles recomendados pela clássica metódica jurídica, tais como o uso de dicionários jurídicos, o recurso a pronunciamentos de parlamentares durante a tramitação do diploma legal, o cotejamento entre diferentes espécimes de atos normativos. Mas isso não quer dizer que esteja sendo procedida a operação que os métodos da interpretação literal/gramatical, subjetivista ou sistêmica aconselhavam. Embora possam ser aceitos como contributos hermenêuticos aptos a auxiliar na busca por uma melhor ilação, tais argumentos não são absolutos, e nem tampouco oriundos da aplicação de um método definido previamente à interpretação jurídica.

> As verdades jurídicas não dependem, nesse novo paradigma, de métodos, entendidos como momentos supremos da subjetividade do intérprete. Antes de a metodologia tradicional ter a função de dar segurança ao intérprete, é ela o seu verdadeiro calcanhar de Aquiles, *porque não há como sustentar meta-critérios que*

> *possam validar ou servir de fundamento ao método empregado* (STRECK, 2005, p. 219).

Um juízo científico - entendido como uma pretensão de validade - deve sofrer a sua exposição a terceiros, que através do exercício incessante da intersubjetividade, formularão suas críticas, sugestões, na tentativa de elaborar uma teoria sólida e resistente a argumentos que a ela se dirijam. Alija-se o jurista da balda solipsista de desenvolvimento epistemológico, típico da filosofia cartesiana. Daí a conclusão de que não existe um saber científico que possa ser considerado definitivo, imutável e inquestionável. Marcelo Galuppo, ao diferenciar o que seja um conhecimento *científico* daquele próprio do *senso comum*, assim leciona:

> (...) o senso comum não é questionador e crítico, e por isto tende a ser avesso às mudanças e à novidade, possuindo, em geral, uma visão estática e ingênua do universo e da sociedade, não questionando, via de regra, seus próprios fundamentos.
> Portanto, o que caracteriza a ciência (e o termo "ciência" é aqui adotado em sentido amplo) é sua capacidade de questionar e criticar de forma rigorosa a realidade, e inclusive, seus próprios fundamentos. Precisamos, mesmo que rapidamente, lançar alguma luz sobre o que significaria, nessa frase, a palavra "rigorosa". Durante muito tempo o *Positivismo Lógico* entendeu que o conhecimento científico, ou seja, o conhecimento crítico rigoroso, se pautava pela *verificabilidade*. (...) a primeira característica do saber científico é que ele não é dotado de *certeza* e que não pode ser caracterizado como conhecimento *verdadeiro*, não podendo uma teoria científica ser comprovada de modo absoluto, uma vez que, como geralmente são feitas com base na observação, e como o método da ciência moderna é, pelo menos no campo das ciências ditas *naturais* (a física, a biologia etc.), o método indutivo, que observa apenas uma amostra da realidade e formula, com base nessa observação, uma lei *universal*, pressupondo uma continuidade entre a amostra observada pelo cientista e o universo restante, nada impede que o fato que demonstre a falsidade de uma teoria esteja (ainda) fora da amostra observada. Por esta razão, as teorias científicas não podem ser provadas definitivamente verdadeiras, mas apenas, de modo definitivo, falsas. A *falsificabilidade* é o critério da cientificidade. (2003, p.23-24).

O atributo da racionalidade humana assume um novo aspecto: despe-se do caráter divino da concepção iluminista da *reta razão humana*; a Ciência reconhece assim as suas limitações e a sua incapacidade para formular teorias atemporais, mas tão-somente teses que traduzam *hipóteses precárias, provisórias*, que se colocam ao aguardo do surgimento de novas teorias que direcionem contestações e críticas que tratarão de dar ensejo à construção de uma teoria jurídica mais robusta e criteriosa do que a que sucedeu:

> Isso deve nos ensinar muito sobre a humildade intelectual que os cientistas deveriam possuir, pois, ao elaborarem as teorias, deveriam se lembrar que, provavelmente, outros, em algum momento, as contestarão (e com razões para tanto). Por isso, a ciência deve ser vista como um esforço cooperativo, em que cada um contribui não propriamente com uma verdade pronta e acabada, mas como uma hipótese provisória que será avaliada por outros. (...) Portanto, o uso da palavra

> ciência (e da expressão "conhecimento científico") no presente livro significa: conhecimento crítico, inovador, minimamente sistematizado, rigoroso e discutível, que deve ser comunicado de forma rigorosa para que outros possam checá-lo.(GALLUPO, 2003, p. 24-25)

4.1 A racionalidade do Direito no paradigma contemporâneo: O estádio evolutivo da moralidade pós-convencional e a racionalidade discursiva ou comunicacional.

Como já dito, o Direito da modernidade pressupunha um plexo de normas de conduta estáveis a figurar em um quadro unitário e homogêneo de normas, em uma fragorosa manutenção da fratura sujeito-objeto existente no paradigma científico cartesiano.

Imaginava-se que o jurista tinha a seu serviço um quadro instrumentalizado e harmônico de regras e princípios, a esperarem o ofício hermenêutico de cognição da resposta pré-determinada pelo Ordenamento Jurídico. Durante muito tempo, tal compreensão logrou convencer os estudiosos do Direito, tendo em vista a simplicidade das sociedades por ele reguladas. Mas, no atual panorama de sociedades profanizadas, complexas e dinâmicas, os juristas hão de aprender a operacionalizar o sistema jurídico dentro de um elevado grau de distintas concepções e projetos de vida, onde se tem por ilegítima qualquer imposição sufocante de projetos sociais minoritários, e se exige a incessante inclusão de todos os cidadãos no processo político, mesmo que não sejam considerados *integrantes de um macro-espaço nacional*, partidários de uma mesma crença, tradição ou raça:

> A tarefa metodológica do Direito não pode desconhecer esse novo homem que se constrói numa malha complexa de relações que combina as pretensões de institucionalização das relações sociais com o valor inescusável da autodeterminação da pessoa. Isso supõe a dialogicidade como método e autonomia interativa e discursiva como fundamento dessa relação metódica. A razão comunicativa ou comunicacional é aquela que promove a inclusão de um sujeito emancipado que se insere socialmente por meio de múltiplas formas de participação nas esferas públicas e privadas de tomada de decisão. Ele é um sujeito complexo e múltiplo. De um lado, ele é a soma de interesses e papéis diversificados, muitas vezes dicotômicos: pai/filho, trabalhador/patrão, professor/aluno, cidadão, entre outros que se diversificam em termos de habilidades, qualificações, capacidades e responsabilidades. (GUSTIN, 2004, p.17).

O trabalho científico pressupõe então uma perspectiva inclusivista de todas as possíveis objeções, críticas e questionamentos das mais diversas espécies e qualidades. O

crivo da alteridade é condição que a Ciência contemporânea traz consigo e que demonstra o anacronismo da concepção de um sistema normativo centrado no sujeito solipsista. Para que o Direito seja então *Ciência,* não mais são necessários os atributos de neutralidade e previsibilidade, mas sim o seu grau de abertura à participação e inclusão dos mais variados argumentos. Habermas percebe que tal intersubjetividade no Direito é ínsita à condução da própria linguagem humana que busca o entendimento:

> O entendimento através da linguagem funciona da seguinte maneira: os participantes da interação unem-se através da validade pretendida de suas ações de fala ou tomam em consideração os dissensos constatados. Através das ações de fala são levantadas pretensões de validade criticáveis, as quais apontam para um reconhecimento intersubjetivo. A oferta contida num ato de fala adquire força obrigatória quando o falante garante, através de sua pretensão de validade que está em condições de resgatar essa pretensão, caso seja exigido, empregando o tipo correto de argumento. (HABERMAS, 1990, p.72).

4.2 A legitimidade do Direito como ponto nevrálgico da Ciência Jurídica. A moralidade pós-convencional como parâmetro da racionalidade contemporânea.

A legitimidade do Direito, entendida como a *aceitabilidade racional das pretensões de validade jurídicas* - surge como o centro de gravidade de quaisquer teorias jurídicas, reclamando intrinsecamente um processo de convencimento de todos os seus destinatários, que passam a cada dia mais sofisticar o seu padrão de exigência. Não que com isso se traga novamente a idéia positivista comteana de progresso linear e evolução inexorável com o decorrer da história da Ciência Jurídica; em verdade, em muitos momentos da humanidade o que se viu foi um retrocesso em relação aos parâmetros de legitimação na condução do processo político-jurídico das sociedades[169]. Mas é justamente pelos acertos e desacertos já ocorridos, que a análise de tudo o que já aconteceu (como em um processo de aprendizagem, que engloba não só equívocos, mas também os acertos) permite encetar um processo reflexivo de autocrítica acerca de *que tipo de legitimação para o Direito* se quer para a regulamentação de nossas vidas.

[169] Exemplo do asseverado é a ascendência de regimes totalitários no Ocidente durante o Século XX. Embora o iluminismo tenha sido idealizado pela proposta de limitação racional do poder Estatal frente aos desmandos e tiranias dos monarcas, a realidade das mazelas sociais advindas do liberalismo fortaleceu o discurso demagogo de materialização dos Direitos Sociais em regimes ditatoriais. Por óbvio que o grau de miserabilidade social foi fator preponderante para que houvesse a adesão popular a tais visões.

A medida de sofisticação da exigência de uma sociedade em relação à legitimidade de suas normas sociais de condutas está vinculada à graduação da evolução da consciência política dessa sociedade. A maturação democrática, com o efetivo reconhecimento de que os cidadãos são realmente os atores sociais responsáveis pela condução do processo político são fatores que concorrem juntos para a evolução da consciência moral de uma comunidade. Tal processo evolutivo é descrito por Jürgen Habermas - com apoio na psicologia de Kohlberg - que demonstra que o aludido processo de evolução da consciência moral de uma comunidade segue estádios evolutivos através de reflexões críticas que os seus cidadãos fazem sobre a racionalidade das normas que compõem os seus sistemas normativos, dentre eles o Direito:

> Kohlberg distingue, de início, seis estádios do juízo moral que se podem compreender nas dimensões da reversibilidade, universalidade e reciprocidade como uma aproximação gradual das estruturas da avaliação imparcial e justa de conflitos de ação moralmente relevantes: (...) **Nível A. Nível Pré-convencional. Estádio 1**(...):o direito é a obediência literal às regras e à autoridade, evitar o castigo e não fazer mal físico.(...)**Estádio 2**: (...):o que é direito é seguir as regras quando for de seu interesse imediato. O direito é agir para satisfazer os interesses e necessidades próprias e deixar que os outros façam o mesmo.(...)**Nível B. Nível Convencional.(...) Estádio 3.**(...): o direito é desempenhar o papel de uma pessoa boa (...) estar motivado a seguir regras e expectativas. **Estádio 4**.(...): o direito é fazer o seu dever na sociedade, apoiar a ordem social e manter o bem-estar da sociedade ou do grupo. (...) **Nível C. Nível Pós-Convencional** .(...) **Estádio 5**: (...) o direito é sustentar os direitos, valores e contratos legais básicos de uma sociedade, mesmo quando entram em conflito com as regras e leis concretas do grupo. (...)**Estádio 6**. (...): no que diz respeito ao que é direito, o estádio 6 é guiado por princípios éticos universais: (...) a igualdade de direitos humanos e o respeito pela dignidade dos seres humanos enquanto indivíduos. Estes não são meramente valores reconhecidos, mas também são princípios usados para gerar decisões particulares [...]. (HABERMAS, 1990, p.153-155, grifo nosso).

Logo, em sociedades de racionalidade primária, o sentido e propósito de se obedecer às normas jurídicas seguem apenas aos padrões de evitar sanções físicas ou atingir resultados benéficos, conformes interesses imediatos. Exemplo seria a comunidade jurídica feudal, onde os serviçais obedeciam às regras dos senhores feudais no intento de garantir a sua segurança física e a mínima subsistência alimentar, ante o grave período de instabilidade social devido às invasões bárbaras que conturbavam a Europa. Classificaríamos esse estádio como o da *moralidade pré-convencional*.

Em um momento seguinte da evolução da racionalidade, os cidadãos descobrem quais são os valores que os integrantes da comunidade jurídica comungam entre si, e se estimulam a ser fiéis e leais ao padrão estabelecido pela coletividade. Exemplo rijo deste tipo de fidelidade axiológica como elemento agregador de uma comunidade é o já aludido princípio *cujus regio ejus religio*, ou seja, a religião de um povo é aquela professada pelo seu monarca. Professar a

religião do monarca detentor do poder político de uma comunidade era traço comum aos participantes do sistema político, que se viam identificados no elemento comum da pessoa do Rei.

Certamente, o conceito moderno de *nacionalidade*[170] foi aprumado sobre essa racionalidade típica da moralidade dita *convencional*. Vale ressaltar que a ideologia predominante no modelo de Estado Social de Direito vinculava-se diretamente a esse estádio de evolução da consciência moral da comunidade: entende-se gravitar em torno do Estado os valores que a sociedade entende por mais importante, e a Constituição seria interpretada como a *pauta dos valores comunitários a serem perpetuados pelo Direito.* Nessa esteira, as normas de condutas existentes na comunidade, sejam elas morais, jurídicas ou sociais, refletem pretensões de validade que vigorariam irreflexivamente no contexto social, tais como dogmas, sendo enunciados inquestionáveis e inatacáveis argumentativamente.

No apuramento da evolução da consciência moral da comunidade normativa, encontram-se os parâmetros da moralidade pós-convencional, onde não só as ações, mas principalmente, as normas de conduta precisavam ser justificadas do ponto de vista de princípios universais. Uma sociedade que se percebe como autolegisladora delibera, de maneira autônoma, quais normas serão válidas para a sua própria vida quotidiana. Sendo assim, determinam a legitimidade da norma que, anteriormente, era através de uma saber fetichizado, extremamente vinculado aos costumes, à tradição e à religião. Daí a necessidade da inclusão de todos os participantes do processo político, para que tragam a lume as suas objeções e contribuições, no esforço comum de construir normas de conduta jurídicas que se apresentem mais legítimas do que as anteriores.

4.2.1 *A análise da definição do conceito de interesse público sob o paradigma da moralidade pós-convencional.*

Pode-se dizer, decorrente da racionalidade da moralidade convencional, a ideologia traduzida pelo chamado *princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado*, tendo em vista que, identificando o interesse público e o interesse estatal, estabelece

[170] "O conceito de Nação envolve certamente as clássicas noções relativas à homogeneidade cultural, lingüística, econômica, política, na qual um mesmo passado de tradições e eventos históricos une os cidadãos em torno de um projeto comum". (CRUZ, 2006, p.49).

como premissa a contraposição e o antagonismo entre os interesses estatais e os interesses privados e, por derradeiro, reputa sempre gozar de primazia o interesse da esfera estatal em detrimento dos interesses dos particulares:

> Marca distintiva do Direito Público, "fundamento, limite e instrumento do poder", "medida e finalidade da função administrativa", o interesse público funciona, a partir do advento do Estado Social de Direito (gestado a partir do final do Século XIX e materializado a partir dos anos 30 e 40 do século XX), como mola propulsora para o aparato organizativo estatal "cobrir necessidades, visando ao bem-estar de seus cidadãos" e todo o ordenamento jurídico louvar os anseios da sociedade, mesmo seus compartimentos próprios do Direito Privado, os quais adquirem, por meio de sua crescente publicização, o compromisso de exercer efetiva função social e não somente reverenciar as metas acalentadas pelo particular em relação a si mesmo. .(FROTA, 2005, p.51).

Tal princípio sempre foi estabelecido pela doutrina majoritária como pretensão de validade a dar suporte à existência do Direito Administrativo, sem que tenha sofrido a sua necessária problematização[171]. Será mesmo possível afirmar que há um interesse que seja abstratamente superior a outro tipo de interesse sem que se relevem as circunstâncias do caso concreto? Como definir *a priori* o que seja *o* interesse público? Seria ele o interesse em avolumar o erário ou estaria ele vinculado à satisfação dos administrados? Partir da premissa de que o interesse da Administração Pública[172] sempre deverá ter primado sobre os interesses particulares, em *relação de verticalidade* em relação aos particulares, também não incorre no mesmo equívoco que a cartilha liberal se enveredou no paradigma do Estado Liberal de Direito? O agente público teria sempre o seu interesse coincidente com o interesse público, ao passo que o particular sempre teria interesses antagônicos ao interesse público? Como determinar de antemão qual seria o interesse privado em contraposição ao interesse público? Não se estaria estabelecendo assim mais que um princípio, mas uma *regra de prevalência em abstrato* do interesse público sobre os interesses privados? O Estado de Direito não subordina por igual todos os que participam do processo político?

> 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

[171] "Os indivíduos que não reconhecem em um interesse público seu próprio interesse individual, ficam entretanto, constrangidos a aceitá-lo e até contribuir para sua obtenção, porque, formando parte da comunidade, aquele querer valorativo majoritário lhes é imposto obrigatoriamente sobre a base de uma igualdade de possibilidades e obrigações, já que outros interesses públicos, em que tais indivíduos reconhecem seu próprio interesse individual, são impostos a outros indivíduos que deles não participam, e assim sucessivamente. É, pois, esse princípio de igual distribuição e participação nos efeitos, exigências e resultados do querer social, com o querer majoritário dos componentes da comunidade, que dá lugar a sua imposição aos indivíduos que do mesmo não participam, exteriorizando-se através de um claro sentimento de solidariedade e integração social".(ESCOLA, 1989. p. 238).

[172] Sendo esta aqui entendida em seu sentido subjetivo, ou seja, o interesse do Estado, da máquina administrativa, e não o interesse de toda a coletividade.

> supremacia são expressas na ordem jurídica e está 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).

Dentre inúmeros os questionamentos que possam ser feitos, o que se conclui de maneira cabal é que a principal preocupação do estudioso administrativista passa a ser se o empreendimento de perquirir se o Direito Administrativo está sendo aplicado de maneira *científica* ao ser operado sob a premissa da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que, por ora, se demonstra carente do seu competente processo de resgate discursivo e de sua pretensão de validade:

> Só a um primeiro olhar, contudo, é adequada a descrição desse "princípio de supremacia" (...) Primeiro, ele seria um "**princípio jurídico**" (ou norma-princípio), cuja função primordial seria regular as relações entre o Estado e o particular. Sua pressuposta validade e posição hierárquica no ordenamento jurídico brasileiro permitiriam que ele fosse descoberto *a priori*, sem o prévio exame da sua referência ao ordenamento jurídico ("axioma"). Segundo, ele não seria apenas um princípio, mas um "**princípio relacional**": ele regularia a "supremacia" do interesse público sobre o particular, não relativamente ao funcionário público, que não pode representar senão o interesse público, mas com referência à "relação entre o Estado e o particular". **O seu conteúdo normativo pressupõe, portanto, a possibilidade de conflito entre o interesse público e o interesse particular no exercício da função administrativa, cuja solução deveria ser (em abstrato e em princípio) em favor do interesse público.** (ÁVILA, 2005, p.173-174, grifo nosso)

Não se quer dizer que inexistam doutrinadores que já tenham se apercebido da urgência da matéria versada, pois alguns expoentes da doutrina administrativista brasileira começam a se dar conta de que não pode haver identificação automática e acrítica entre *interesse público* e *interesse estatal*. Um dos exemplos desse posicionamento vanguardista é o adotado por Justen Filho (2005), que anda bem ao acusar que o *interesse público* não pode ser confundido automaticamente/acriticamente com *interesse estatal*:

> O primeiro equívoco é confundir interesse público e interesse estatal, o que gera um raciocínio circular: o interesse é público porque atribuído ao Estado e é atribuído ao Estado por ser público. Como decorrência, todo interesse público seria estatal, e todo interesse estatal seria público. (...) não há como eliminar a possibilidade prática de o Estado ser investido na titularidade de interesses privados. (...) O Estado passou a ser titular de empresas que não envolviam qualquer espécie de

> interesse público, mantendo-as em seu poder e dando continuidade à atividade empresarial[173](p. 37).

Outro fôlego crítico tomado pela doutrina administrativista é a consagrada distinção de Renato Alessi que Bandeira de Mello trouxe para o Direito Administrativo Brasileiro, que distingue *interesse público* e o *interesse do aparato administrativo*, que guardaria no proveito pecuniário a sua principal distinção. Em verdade, o autêntico *interesse público*, consubstanciado no atendimento ao bem comum e no respeito à ordem jurídica constitucional, é aquele chamado de *interesse público primário,* ao passo que o *interesse do aparato administrativo* é denominado *interesse público secundário*. Com acerto, tal teoria adverte que a finalidade da existência do Estado não é simplesmente amealhar recursos pecuniários a todo custo, mas sim fazer prevalecer os preceitos da ordem jurídica estabelecida. Caso fossem afoitamente identificados os dois preceitos, poderia se incorrer no injustificado raciocínio de que caberia ao Estado a desarrazoada e desmesurada acumulação de recursos pecuniários, como que se só coubesse ao Estado a defesa de interesses puramente fazendários:

> Poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem fundadas que os administrados lhes fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas 'seus', enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despender o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, aquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos..(BANDEIRA DE MELLO, 2004, p.63).

Por óbvio, afirma-se que o interesse público não pode ser equiparado com o interesse fazendário de forma afobada; também se adverte que, em muitos casos, o interesse público pode sim ser identificado com o interesse pecuniário/fazendário, assim como ocorre na tributação procedida pelo ente estatal, que encontra resguardo e fundamento na própria soberania estatal, desde que respeitada a linguagem própria do sistema normativo, em especial o princípio da supremacia da Constituição[174]. De qualquer maneira, o que é claro é que o estágio jusfilosófico contemporâneo não admite a determinação apriorístico do conteúdo

---

[173] Ver também *Conceito de interesse Público e a personalização do Direito Administrativo,* em Revista Trimestral de Direito Público, nº 26, São Paulo: Malheiros, 1999, principalmente nas páginas 116 e seguintes.

[174] "No exercício de sua soberania o Estado exige que os indivíduos lhe forneçam os recursos de que necessita. Institui o tributo. O poder de tributar nada mais é que um aspecto da soberania estatal, ou uma parcela desta. Importante, porém, é observar que a relação de tributação não é simplesmente uma relação de poder como alguns têm pretendido que seja. É relação jurídica, embora o seu fundamento seja a soberania do Estado. (...) Justifica-se o poder de tributar conforme a concepção que se adote do próprio Estado. A idéia mais generalizada parece ser a de que os indivíduos, por seus representantes, consentem na instituição do tributo, como de resto na elaboração de todas as regras jurídicas que regem a nação." (MACHADO, 2004, p. 47)

conceitual de qualquer termo lingüístico com repercussões jurídicas sem que sejam devidamente analisadas as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto do qual se quer chegar a uma resposta, sendo somente possível preencher o conteúdo conceitual de um termo jurídico se confrontados os já aludidos pormenores do caso concreto analisado.

Na construção conceitual do termo, também não é elucidativo querer dizer que *interesse público* seja o *bem comum*, como se tal simples assertiva tivesse o condão de espancar eventuais dúvidas acerca da correta acepção da expressão lingüística. No paradigma jurídico vigente, para que a legitimidade na operacionalização do Direito seja alcançada, o operador do Direito carreia consigo o inarredável encargo da fundamentação discursiva e circunstanciada da opção por uma alternativa, em prejuízo de se adotar outra opção administrativa:

> A base do dever de motivar encontrará pleno resguardo quando visualizada dentro do quadro global do Estado de Direito. Nesse sentido, a motivação é princípio essencial ao direito administrativo que, ao mesmo tempo em que faz parte, encontra fundamento no regime jurídico da atividade administrativa. O administrador está obrigado a motivar seus atos exatamente por ser este um princípio regente de sua atividade, com cuja observância ele demonstra que toda esta se ateve aos demais princípios do regime jurídico-administrativo. Sundfeld resume essa idéia com felicidade ímpar, ao afirmar que: "O princípio da obrigatoriedade da motivação ata a linha circular que enclausura a atividade administrativa, outorgando eficácia plena aos postulados conhecidos no Estado democrático". (...)
> Por ser titular de interesses públicos, resulta para a Administração "não só a obrigação de agir nos estritos limites e na completa conformidade do mandato, como de prestar permanentemente contas de seus atos, de demonstrar, a cada ação, a legitimidade dela". (ARAÚJO, 2005, p. 104-105, grifo nosso)

Nessa esteira, a tarefa de prover de conteúdo conceitual a expressão *interesse público* é construção intersubjetiva a ser levada a cabo por todos os participantes do processo político. Inserir os cidadãos em uma arena pública de discussão, para que definam casuisticamente o que seja *interesse público*, é ampliar as possibilidades de auxílio e contribuição na condução da Administração Pública, através do respectivo oferecimento de objeções, sugestões e críticas. Essas são, em última instância, as justificativas filosófica, jurídica, moral e política da exigência de incluir o cidadão no processo de tomada de decisões, pois não nos é dado previamente o conceito inalterável do que seja *o interesse público*. Convocar o cidadão para que este participe da condução do processo de tomada de decisões políticas é imperativo que o estágio democrático contemporâneo reclama, não podendo ser tida apenas como uma benesse ou liberalidade do administrador público[175].

[175] "Certo é que a **participação do interessado na prática de um provimento estatal** é indispensável para a legitimidade do mesmo. Garantir essa participação da forma e nas condições que forem factíveis é uma

É de se notar que a construção do conteúdo conceitual da expressão *interesse público* deve ser promovida com o auxílio dos mais diversos setores e segmentos sociais, visto que a definição do mundo somente se pode dar no seio da linguagem/intersubjetividade, sendo impossível querer estabilizar eternamente um conceito, o que sim seria *metafísico*[176].

Obviamente, para que possa haver entendimento, na comunicação humana, certas idealizações são inevitáveis, e a atribuição precária e instável de sentidos aos termos é certamente uma delas, claramente vinculadas aos aspectos semânticos e sintáticos dos vocábulos[177]. Mas, querer estabilizar definitivamente o conteúdo conceitual de um termo é empreendimento fadado inexoravelmente ao fracasso, por estar aferrado ao paradigma da filosofia da consciência, não tendo absorvido os ganhos advindos da virada lingüística da a linguagem[178]; é imaginar que enquanto interpreta um evento, o homem trabalha somente com algo *dado,* e não com algo *construído* intersubjetivamente[179], mantendo-se no experimento científico a fratura inaceitável de distanciamento entre sujeito e objeto.

Embora pareça remansosa tal construção teórica, há ainda alguns que relutam em admitir que seja ofício inarredável do jurista a construção casuística de cada termo em sua situação concreta. Sarmento colaciona posicionamento de Gustav Radbruch que reforça o asseverado:

---

exigência para a validade desse provimento e conseqüentemente das condições regulatórias do Estado. A postura excludente leva à falência do processo democrático e a postura paternalista se converte em uma nova espécie de discriminação por ignorar o outro, coisificando-o no caminho da compensação de danos e promovendo o fortalecimento de estereótipos de identidade". (CRUZ, 2006, p. 115, grifo nosso).

[176] "Tal questão recebe de Heidegger uma resposta distinta de todo o esforço feito pela metafísica clássica. Construído no interior da linguagem, impossível desejar-se uma definição estrita do "Ser" eis que qualquer uma não escaparia da própria linguagem. Isso se explica pelo fato de que qualquer definição de atributo ao Ser **limitaria indevidamente o seu poder-ser. Desse modo, diante da proposição "a mesa é de madeira", o ente em questão teria suas "possibilidades" castradas em face das infinitas possibilidades que encerra,** dentre elas, o fato da mesa ser uma criação do homem, podendo significar família, trabalho, obra de arte etc" (CRUZ, 2006, p. 245-246, grifo nosso).

[177] Tais aspectos sintáticos e semânticos dos vocábulos acabam por levar alguns autores a estabelecer distinções entre conceitos seguindo critérios que se vinculam à uma pretensa *objetividade* na sua atribuição de sentido e significação. Ocorre que tal classificação ainda se vincula a um pressuposto metodológico que se revela inaceitável no paradigma da filosofia da linguagem: asseverar que um conceito carrega em-si uma significação objetiva é olvidar que a construção da significação dos termos (por serem sempre carentes de significação) requer tarefa discursiva e contextualizada, o que afasta a noção de objetividade e a substitui pelo atendimento da intersubjetividade. A saber: "(…) as normas jurídicas podem trazer, em seu enunciado, conceitos objetivos (idade, sexo, hora, lugar), que não geram dúvidas quanto à extensão do seu alcance; conceitos cujo conteúdo é decifrável objetivamente, com recurso à experiência comum ou a conhecimentos científicos (chuva de granizo, morte natural, tráfego lento); e finalmente, conceitos que requerem do intérprete da norma uma valoração (interesse público, urgência, bons antecedentes, notório saber, reputação ilibada, notória especialização). Estes últimos integram o que se entende por conceitos jurídicos indeterminados, cujo processo de aplicação causa dúvidas e controvérsias, propugnando-se ora por um controle jurisdicional amplo, ora por um controle limitado, dependendo de sua associação ou dissociação da discricionariedade.". (BINENBOJM, 2006, p. 212).

[178] "(...) com a virada pragmática, a autoridade epistêmica da primeira pessoa do singular, que inspeciona seu interior, é transferida para a primeira pessoa do plural, para o "nós" de uma comunidade lingüística, diante da qual cada um justifica suas concepções". (HABERMAS, 2004, p.254).

[179] "O que se exige é simplesmente a abertura à opinião do outro ou à do texto". (GADAMER, 2003. p. 356).

> (...) Gustav Radbruch afirmou sua crença no caráter apriorístico dos conceitos de Direito Público e Direito Privado, que, segundo ele, poderiam ser derivados do próprio conceito, também a priori, de Direito. De acordo com o jusfilósofo de Heidelberg: "*Os conceitos de direito público e de direito privado não são conceitos de direito positivo que possam ser ou deixar de ser utilizados por qualquer ordem jurídica ou sistema de direito positivo. Antecedem, por força de uma necessidade lógica, toda e qualquer experiência das coisas do direito e condicionam-na (...) Somente a relação entre os dois, numa escala hierárquica de valores é que se acha sujeita às flutuações da história e às diversas valorações características das diferentes concepções do mundo e da vida*"[180]. (grifo nosso)

Na doutrina administrativista, tal desacerto aparece com relativa freqüência. Exemplo paradigmático é a chamada doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados[181]. Embora não seja o foco e o propósito precípuo do presente estudo, tem valia didática a colação do posicionamento de autores consagrados da disciplina jurídica quando tratam do tema. Primeiramente, traz-se à baila o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que atribui à linguagem tão-somente um caráter designativo, de figuração proposicional de um estado de coisas presentes na natureza:

> 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) e não unissignificativos .(2000,p.19,grifo nosso).

Mas, inexiste critério racional para determinar quais seriam os conceitos unissignificativos - e em sendo assim não passíveis de interpretação no caso concreto - e diferenciá-los dos conceitos indeterminados[182]. Tal classificação doutrinária remonta à

---

[180] Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. p. 30.

[181] "São muitos os sinônimos para a expressão 'conceitos indeterminados', como 'normas abertas' (BULLINGER), 'conceitos vagos' (LOENING),'conceitos imprecisos'(SOARES) e 'regras legais abertas' (CANOTILHO)."(DEL CLARO, 2005, p. 165).

[182] Entretanto, a doutrina administrativista emprega um esforço hercúleo para tentar definir quais seriam os vocábulos sujeitos a uma interpretação *unívoca* e imune às ambigüidades. Não por outra razão é que por muitas vezes a cientificidade desses métodos é posta em xeque: "Os conceitos objetivos e os conceitos de conteúdo objetivamente decifrável constituem técnicas normalmente utilizadas para propiciar a vinculação da atividade administrativa a regras. No primeiro caso, quando a norma legal estabelece a idade mínima para a aposentadoria, por exemplo, o trabalho do aplicador do direito limita-se a um exame de documentos e a uma operação matemática, como pressupostos para a prática do ato. No segundo caso, quando a norma legal estabelece como condição para a abertura de uma via alternativa de acesso a configuração de tráfego lento, a autoridade de trânsito dispõe de meios tecnológicos e padrões técnicos bem consolidados em regulamentos (número mínimo de veículos por segundo) para aferir e determinar se a via deve ou não ser aberta. Já com os conceitos jurídicos indeterminados, a seu turno, a margem de apreciação ou avaliação não se subsume a critérios tão objetivos. Por isso, em um primeiro momento, o conceito jurídico indeterminado era associado ao poder discricionário. Diante do emprego pela norma de conceitos jurídicos indeterminados, deveria a Administração 'tomar a decisão correta segundo seu poder discricionário'. De acordo com esse posicionamento, distinguia-se o poder discricionário de

filosofia kantiana que entendia ser possível haver alguma possibilidade de conhecimento no enclausuramento monológico do jurista detentor da reta razão cartesiana que conduziria a um conhecimento seguro. Não obstante, a situação se agrava quando o autor entende que a existência de conceitos plurissignificativos/fluidos/indeterminados viabilizaria a discricionariedade administrativa e, em sendo assim, a imunização do ato em relação ao controle judicial. Vale dizer que tal entendimento é adotado por autores renomados[183] da doutrina pátria, que seguem o mesmo raciocínio:

> Os conceitos jurídicos indeterminados podem ser classificados em conceitos de experiência e conceitos de valor. E, conforme pretendemos demonstrar, entendemos que, quando se tratar de conceitos de experiência, o administrador, após socorrer-se do processo interpretativo, torna preciso o conceito, não lhe restando qualquer margem de liberdade de escolha de seu significado. Quando estivermos diante de conceitos de valor, diversamente, caberá àquele, terminada a interpretação, uma vez restando ainda um campo nebuloso do conceito que esta não foi suficiente para eliminar, definir o conceito por intermédio de sua apreciação subjetiva, que outra coisa não é que a própria discricionariedade..(COSTA, 1988, p.98)

Há posicionamentos até mesmo mais ortodoxos, que partem da premissa que em determinados casos será prescindível a atividade interpretativa do jurista na análise do caso concreto, como se fosse possível a um ser humano (o *Dasein* de Heidegger) vislumbrar qualquer fenômeno, evento ou texto sem proceder a sua imediata interpretação. A saber:

> A interpretação nos leva a uma só solução e a única possível, valendo-se de dados concretos ou objetivados. Enquanto se apura a determinação do sentido da norma a se aplicar, dirigida à modificação jurídica (já agora se falando da interpretação específica da norma) que se pretende operar no mundo jurídico, está-se diante da interpretação. A partir do momento em que se têm dados objetivos de firmeza da apuração da determinação do sentido da norma ingressa-se no campo da discricionariedade. Diante de certas posições fáticas, na presença de certos acontecimentos empíricos, não se pode, com exatidão, falar em interpretação, mas em discricionariedade do administrador. (OLIVEIRA, 2001, 84, grifo nosso).

---

atuação, do Aldo da conseqüência jurídica, do poder discricionário de decisão, do lado do tipo". (BINENBOJM, 2006, p. 212).

[183] Neste sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. em **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 1991, p. 65, NOVAIS, Raquel Cristina Ribeiro A Razoabilidade e o exercício da discricionariedade, In: SUNDFELD, Carlos Ari *et al* . **Estudos de Direito Administrativo***:* em homenagem ao Professor Celso Antonio Bandeira de Mello. São Paulo: Max Limonad, 1996, p.33. TOURINHO, Rita**, A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados.** em Revista de Direito Administrativo, nº 237, jul/set. 2004, p. 325. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional.** São Paulo: Malheiros: 2000, p.22.

Não há dúvidas de que o critério de diferenciação entre atos administrativos vinculados e discricionários[184] incorre no equívoco de desatender o pressuposto epistemológico estabelecido pelo *princípio da não contradição*[185], que dita que não é possível negar e afirmar dois predicados contrários do mesmo sujeito, no mesmo tempo e na mesma relação. Ora, como seria possível dizer que o ato administrativo é discricionário (e estaria assim o administrador livre do encargo de *interpretar*) senão através da operação intelectiva da própria *interpretação*? Dizer categoricamente que uma situação empírica do quotidiano administrativo não exigiria do administrador a operação interpretativa pressupõe a *interpretação do caso concreto daquele que diz que o administrador não possui tal incumbência.*

Resta clara a *autocontradição performativa*, pois dizer que uma situação ou evento não exige interpretação requer que o jurista também interprete o evento ou a situação em alusão. Não há momentos distintos de compreensão e aplicação no processo interpretativo, como se fossem etapas distintas. Quando se diz que uma situação dá ensejo a ato administrativo discricionário, obviamente se está também compreendendo, interpretando e aplicando o conceito a uma situação concreta[186]. Aguardar iludidamente que o texto normativo traga toda a descrição de um fato e com isso exonerar do operador o direito de efetuar a sua respectiva interpretação, é juízo que não se sustenta no paradigma da racionalidade contemporânea[187], pois para se classificar um ato como vinculado *também é necessário fazer a pertinente interpretação*[188].

---

[184] Na tentativa de dar resposta minimamente científica ao tema, parte da doutrina patrícia adota teorias alienígenas acerca de *conceitos indeterminados ou imprecisos,* tratando esses termos como se fossem vagos e inviáveis de serem preenchidos com um determinado conteúdo conceitual seguro. Não há duvidas de que imaginar haver um conceito que tenha um núcleo semântico a ser desvelado é algo próprio do paradigma filosófico do objeto, que despreza a participação do intérprete na construção do sentido dos termos, contextualizando-os segundo os meios e regras de linguagem.

[185] Tal pressuposto epistemológico foi trazido por Aristóteles em seu estudo da lógica, e que acabou o tratando como verdadeiro axioma: "Entre os axiomas, há alguns que são 'comuns' a todas as ciências, sem exceção, como o princípio da não- contradição ('não se podem negar e afirmar dois predicados contraditórios do mesmo sujeito no tempo e na mesma relação') (...) São os famosos princípios que podem ser chamados transcendentais, isto é, válidos para qualquer forma de pensar enquanto tal (porque válidos para todo ente enquanto tal), sabidos por si mesmos e, portanto, primários. Eles são condições incondicionadas de toda demonstração e, obviamente, são indemonstráveis, porque toda forma de demonstração os pressupõe". REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. História da Filosofia v.1- Filosofia pagã antiga. Aristóteles – Quinta Parte – Capítulo Sétimo.s.d., p. 231.

[186] "(…) *no sentido hermenêutico, toda ação humana é aplicação!"* CRUZ, 2007, p. 169.

[187] "Toda interpretação, assim como toda atividade humana, dá-se num contexto histórico, pressupõe paradigmas e, para usar uma expressão de Habermas, um pano de fundo de mundos da vida compartilháveis, que simplesmente não podem ser, em sua totalidade, colocados entre parênteses, através de uma atividade de distanciamento ou abstração, **porque o ser humano não pode abstrair-se de si mesmo, não pode fugir à sua condição de ser de linguagem**; 'paradigmas', 'mundos da vida' compartilháveis, embora plurais, são condições para a interpretação, são condições de comunicação". (OLIVEIRA, 2001. p. 143-144, grifo nosso).

[188] *"(...) não existe Direito sem linguagem, da mesma maneira que não existe pensamento fora da linguagem"*. (SAINZ MORENO, 1976. p. 97).

Gadamer ilustra com maestria o atributo humano de interpretar *tudo* o que lhe é posto à observação, não sendo possível diferenciar o momento em que um sujeito interpreta daquele momento em que o sujeito atribui sentido e alcance ao ocorrido:

> A estreita pertença que unia na sua origem a hermenêutica filológica com a jurídica repousa sobre o reconhecimento da aplicação como momento integrante de toda compreensão. (...) é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou da revelação – por um lado, e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação (...) isso implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é também aplicar. (GADAMER, 2003, p.461).

O administrativismo acaba por entender que a expressão *interesse público* atua como um conceito jurídico indeterminado, tendo em vista o numeroso rol de significações possíveis que podem ser adotadas de acordo com o caso concreto, assim como sobejamente demonstrado. Sendo assim classificado, o atendimento do interesse público dar-se-ia somente pelo administrador público, por ser ele um conceito jurídico indeterminado imune à apreciação do Poder Judiciário, sendo exclusividade do Poder Executivo fazer a interpretação do que venha a sê-lo. Nada mais ilegítimo:

> Com efeito, para que haja a possibilidade de uma verdadeira hermenêutica jurídica, faz-se necessário que a lei estabeleça a igualdade entre todos os membros da comunidade jurídica. Caso contrário, não será possível nenhuma hermenêutica; a vontade do senhor absoluto estará acima da lei onde, por ser superior, o senhor poderá explicar suas próprias palavras, mesmo em contradição com as regras da interpretação. Assim como no absolutismo, à vontade do monarca nem sequer se coloca a tarefa de interpretar a lei, pode sempre impor que lhe parece justo, sem atender à lei. A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da ordem jurídica..(AMORIM, 2006, p.51-52).

5 A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO ATRAVÉS DO PROCEDIMENTALISMO DA TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS.

A evolução e a maturidade dos sistemas sociais, políticos e jurídicos contemporâneos têm exigido que novas teorias de legitimação da ciência jurídica sejam esboçadas[189], visto que embora durante muito tempo se tenha encarado o Direito como uma forma de sofisticada dominação[190]- como já demonstrado nas diferentes concepções de Weber e Marx - ainda se crê na possibilidade do estudo e da operacionalização do Direito como um mecanismo de integração social e de emancipação do ser humano[191].

Nesta toada, é pressuposto de qualquer investigação que se pretenda rigorosa do aspecto científico-jurídica, o compromisso com a aceitabilidade racional de seus postulados e juízos de validade. Em sendo assim, diz-se *aceitável* racionalmente um determinado instituto jurídico quando este se adéqua às convicções e perspectivas que o paradigma científico vigente estatui em suas diretrizes; noutro giro, se do exame do instituto seja constatado algum traço de obsolescência do instituto e o seu inevitável déficit de legitimidade, tal descompasso deve ser corrigido através da sua leitura paradigmaticamente adaptada.

O compêndio das diversas teorias e doutrinas jurídicas durante a história da humanidade aponta o desafio que provoca os juristas: conjugar o viés de estabilização das expectativas sociais que o Direito tem como seu, no atendimento aos anseios dos legalistas/positivistas/normativistas, com o propósito de interação entre os integrantes de sociedades, como bem quiseram os adeptos da leitura materializante dos direitos

---

[189] "O problema central do constitucionalismo atual certamente envolve a questão da legitimidade do exercício coativo do poder/direito. Passando pelos vários paradigmas constitucionais, é possível verificar-se que esta é a discussão central do direito constitucional contemporâneo, como elemento científico de exame da organização política e jurídica dos espaços da autonomia pública e privada da sociedade". (CRUZ,. p.3).

[190] Embora em sentido inverso ao que é defendido nesta dissertação, colacionamos posicionamento acadêmico distinto, que ainda esposa a tese marxista de que a modelagem estatal é meramente um reflexo do modo de produção e da ideologia de grupos privilegiados. "De qualquer sorte, à revelia e com uma parte das teorias explicativas/justificadoras, é possível afirmar que o Estado é um fenômeno original e histórico de dominação. Cada momento histórico e o correspondente modo de produção(prevalecente) engendram um determinado tipo de Estado. Observa-se, assim, que o Estado moderno, em sua primeira versão (absolutista), nasce das necessidades do capitalismo ascendente, na (ultra)passagem do período medieval. Ou seja, o Estado não tem uma continuidade (evolutiva), que o levaria ao aperfeiçoamento; são as condições econômico-sociais que fazem emergir a forma de dominação apta a atender os interesses das classes hegemônicas" (STRECK, 2004. p.30).

[191] "Um dos grandes dilemas que se apresenta para a sociedade moderna, cada vez mais complexa e plural, englobando distintos projetos individuais de vida boa, é o de como ajustar e conformar o papel do direito no sentido de que o mesmo se preste não só a estabilizar expectativas de comportamento, tal como dizia Luhmman, mas também servir como fator de integração social. Neste novo cenário, verifica-se o colapso de um modelo de ordenamento de ordenamento jurídico fundado e legitimado apenas em um sistema de regras, sistema este incapaz de assegurar os ideais de correção normativa e em última análise de justiça" (FERRAZ, 2007, p. 72).

fundamentais. De tal sorte, essa conexão entre a estabilização de condutas sociais e o atendimento aos propósitos de interação social possuem sempre como pano de fundo a inafastável compatibilidade e aceitação das normas jurídicas por aqueles que serão por ela atingidos.

Ocorre que a contemporaneidade pós-moderna traz sociedades secularizadas e insurgentes contra projetos de homogeneização de ideologias, crenças e valores, tornando assim qualquer modelo ou cartilha de comportamentos sociais que seja embasada em um paradigma de moralidade convencional como flagrantemente ilegítima. Caso a coação oficial seja exercida pelo Direito sem a garantia do pluralismo político, e a sua idéia conseqüente possibilidade de dissenso, emerge equivocada e afoita presunção de imutabilidade dos valores dessa sociedade, revestindo o seu Ordenamento Jurídico de uma roupagem eticizante e antidemocrática.

Como alternativa a este panorama de incertezas que a pós-modernidade traz, e possuindo como pano de fundo a ideologia libertária e emancipatória do Direito prenunciada pelos filósofos iluministas, é erigida por Jürgen Habermas uma teoria de fundamentação das premissas epistemológicas da ciência jurídica, que acresce àquela modelagem de racionalidade setecentista novos aspectos de requinte teórico que servirão como marco teórico de nossas investigações e especulações científicas no presente trabalho.

Centralizado na análise crítica da atividade comunicativa humana, Habermas identifica, nas estruturas da linguagem, o potencial ímpar de se alcançar o entendimento entre os seres humanos, capaz de originar uma espécie de racionalidade com grau de refinamento infinitamente superior àquela razão instrumental[192] típica do paradigma da filosofia da consciência: a razão intersubjetiva da Teoria da Ação Comunicativa[193].

---

[192] A elaboração do conceito de *razão instrumental* é atribuída à Escola de Frankfurt: "Nesse sentido, a referida Escola (de Frankfurt) (...) desde o início de seus trabalhos, se preocupou em analisar o fracasso da razão em face do fenômeno do totalitarismo, especialmente fértil na Alemanha e naquela época de grandes transições políticas. (...) os frankfurtianos desenvolveram uma justificação absolutamente inovadora sobre o fenômeno: **a razão instrumental.** Horkheimer vê no cogito cartesiano a origem dessa razão. O projeto cartesiano de emancipação do arbítrio da Inquisição Medieval teria levado a humanidade à construção da bomba atômica e aos horrores de Auschwitz. A razão cartesiana procurava afastar o homem dos elementos sensoriais, uma vez que os sentidos seriam fontes de erros e ilusões. (...) Para Horkheimer, Descartes impôs a constituição de um sujeito que, geometrizando o mundo, estaria ao mesmo tempo desencantando-o, pois, a mesma razão exercida na ciência, se manifestaria na política, no direito, no mercado e na história. A lógica desumanizada e amoralizada da ciência teria se espalhado nos meandros de convivência social, liberando, segundo Marcuse, instintos sociais de destruição. (...) a razão instrumental liberaria, a partir do inconsciente humano, instintos destrutivos, (...) tal como se deu nos horrores das duas guerras mundiais e, por exemplo, na Guerra Civil Espanhola." (CRUZ, 2006, p. 49-52).

[193] "A teoria do agir comunicativo constitui um esforço múltiplo do autor (Jürgen Habermas) de construir simultaneamente uma teoria da racionalidade, uma teoria da sociedade e uma teoria da modernidade em cima de uma metalinguagem dos processos comunicativos, como desdobramento de uma pragmática universal. (...) Tal esforço deveria ser capaz de constituir uma **pragmática universal**, que teria por pretensão identificar

A competência comunicativa própria dos seres humanos é percebida por Habermas como apta a viabilizar um espaço de diálogo que, em última instância, será o lastro legitimador do Direito entendido ontologicamente como sistema normativo de determinada comunidade. Nesse aspecto, o conjunto de normas jurídicas de uma sociedade, entendidas como pretensões de validade estabelecidas no que deve arrimar a sua aceitabilidade no grau de abertura às críticas e objeções de todos participantes/destinatários da norma:

> No uso da linguagem orientada pelo entendimento, ao qual o agir comunicativo está referido, os participantes unem-se em torno da pretensa validade de suas ações de fala, ou constatam dissensos, os quais eles, de comum acordo, levarão em conta no decorrer da ação. Em qualquer ação de fala, são levantadas pretensões de validade criticáveis, que apontam para o reconhecimento intersubjetivo. (HABERMAS, 1997, p.36-37).

Habermas assume perspectiva otimista em relação ao Direito, haja vista que percebe a sua capacidade de preencher legitimamente o vazio deixado pela pulverização dos centros normativos da modernidade. Se Kant assumia a possibilidade do sujeito ser deveras autônomo no estabelecimento de normas de conduta para si mesmo através da razão prática, Habermas aposta no aspecto socializante da linguagem como a pedra de toque aferidora da viabilidade de um Direito legítimo, através do atendimento da racionalidade comunicativa. Abandona-se a filosofia solipsista da razão prática kantiana que imaginava ser possível a construção de normas de conduta universalmente válidas pelo raciocínio de apenas um sujeito pensante para depositar na comunicação humana a consecução de tal atribuição.

A linguagem exerce assim dupla função, pois se por um aspecto ela é a única condição de possibilidade para a ocorrência do agir voltado ao entendimento humano, por outro lado significa a demarcação dos limites da racionalidade, pois se acopla ao conceito de racionalidade o conceito de *medium* lingüístico.

Espanca-se toda e qualquer dúvida que por ventura possa surgir na diferenciação entre o pensamento de Kant e Habermas, em especial pela forma com que se dá o estabelecimento de condutas humanas pela racionalidade humana. Se em Kant a racionalidade se exercia monologicamente e se presumia apta a criar discursos práticos, em Habermas a validade e autoridade das normas de conduta estão jungidas à satisfação do princípio do discurso, que

---

reconstrutivamente a racionalidade das regras que qualquer falante, independentemente da língua que utilizasse, deveria dominar para fins de se comunicar adequadamente com alguém e, ao mesmo tempo, construir uma teoria da modernidade que pudesse centrar-se na procura de uma validade do sentido intersubjetivamente constituída. Nas suas palavras*:* 'La pragmática universal tiene como tarea identificar y reconstruir las condiciones universales del entendimiento posible'". CRUZ, Álvaro. *Habermas e o Direito Brasileiro.* p. 84-85.

estatui serem válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais:

> Para mim, **atingido** é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis conseqüências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas. E **discurso racional** é toda tentativa de entendimento sob pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições de comunicação que permitam o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente..(HABERMAS, 1997, p.142).

É encontrada assim uma alternativa viável de fundamentação e legitimação do Direito, que não mais precisa se escorar em argumentos metafísicos - sejam eles de feições divinatórias[194] ou oriundos de um pretenso direito natural[195] - ou positivistas/legalistas. Tampouco a autoridade da norma jurídica precisa se apoiar em débeis argumentos de cunho comunitarista acerca da existência de valores coletivos a serem propugnados e preservados pela autoridade política. O debate público acaba por ser a base de toda a estrutura jurídica, seja quando da elaboração, da execução ou da aplicação das normas jurídicas:

> A legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. (HABERMAS, 1997, 138).

Percebe-se que Habermas mantém intensa preocupação em superar as deficiências dos paradigmas anteriores que vigoraram na ciência jurídica, apresentando uma leitura paradigmaticamente adequada do Direito em relação à moral, à ciência e à filosofia. Se Kant submetia aos juízos morais a validade das normas jurídicas, Habermas procura justificar a autoridade das normas jurídicas segundo as condições procedimentais de institucionalização das formas de comunicação necessárias para a tomada de decisões políticas. Max Weber e Karl Marx demonstraram sobejamente como a ordem jurídica pode se prestar à autoridade política estabelecida como uma forma técnica de dominação. Habermas, ao seu turno, faz o contraponto dessas perspectivas ao estabelecer que, em muitos casos, o Direito tem a altivez de figurar como um sistema ação que goza de reconhecimento de todos a ele submetidos. Não há assim um papel estático e imutável atribuído à ordem jurídica, pois a depender da sua

---

[194] Como ocorria na justificação do exercício do poder político no absolutismo do *Ancién Regime.*

[195] Que foi a solução encontrada pelos contratualistas do paradigma clássico do Direito, que se socorriam da alegoria de um repositório de direitos humanos oriundos da natureza e condição humanas.

maneira de funcionalização, o Direito pode ser apenas um reflexo da vontade do tirano, ou por outra banda, pode também ser a expressão legítima da autonomia de uma sociedade que direciona seus próprios caminhos políticos, efetivando o intento de Rousseau de autolegislação de uma comunidade que exerce a sua autonomia deliberativa. O título de uma das suas obras exprime com percuciência o elemento axial da filosofia habermasiana: o direito vive na tensão permanente entre a faticidade e a validade. A saber:

> Essa tensão ideal retorna intensificada no nível do direito, mais precisamente na relação entre a coerção do direito, que garante um nível médio de aceitação da regra, e a idéia de autolegislação – ou da suposição da autonomia política dos cidadãos associados – que resgata a pretensão de legitimidade das próprias regras, ou seja, aquilo que as torna racionalmente aceitáveis. Esta tensão na dimensão de validade do direito implica a organização do poder político, empregado para impor legitimamente o direito (e o emprego autoritativo do direito); poder político ao qual o direito deve a sua positividade. A idéia de Estado de direito constitui uma resposta ao desiderato da transformação jurídica pressuposta pelo próprio direito. No Estado de direito, a prática da autolegislação dos cidadãos assume uma figura diferenciada institucionalmente. A idéia de Estado de direito coloca em movimento uma espiral de auto-aplicação do direito, a qual deve fazer valer a suposição internamente inevitável da autonomia política, contra a facticidade do poder não domesticado juridicamente, introduzida no direito a partir de fora. (...) E aqui se trata de uma relação externa entre facticidade e validade (percebida na perspectiva do sistema jurídico), uma tensão entre norma e realidade, que constitui um desafio para a elaboração normativa.. (HABERMAS, 1997, p.60-61, grifo nosso).

5.1 A redefinição das autonomias pública e privada. A relação de co-originariedade entre elas.

Assim como longamente explorado alhures, não somente o Direito, mas também variados outros campos do conhecimento humano têm tido inúmeras dificuldades em conceituar o que seja *espaço público* e desta sorte diferenciá-lo do *espaço privado*[196][197]. No

[196] "Uma das grandes dicotomias sobre as quais se erigiu o pensamento político e social foi exatamente a distinção entre público e privado. Esta clivagem deu origem, por sua vez a clássica summa diviso, que desdobra o direito em Direito Público e Direito Privado, cujas origem remontam ao Corpus Iuris Civilis romano. É certo que os conceitos de público e privado estão mergulhados na cultura, tendo variado substancialmente no tempo e no espaço (...) as fronteiras entre o público e o privado são extremamente móveis e instáveis, e que a prioridade atribuída a cada um dos elementos do par também oscila ao sabor das mutações políticas e cosmovisivas. Costuma-se associar o público à esfera dos interesses gerais da coletividade, que dizem respeito à pessoa humana não como particular, encerrado no seu microcosmo de relações, mas como cidadão, membro e partícipe da comunidade política. Já o privado corresponde ao perímetro das vivências experimentadas em recesso, fora do alcance da polis, que não concernem à sociedade em geral, mas a cada um como indivíduo". (SARMENTO, 2005, p. 30).

que atine especificamente ao Direito Administrativo, tal cizânia apresenta-se como um embate doutrinário do mais alto relevo, pois quando se define sobre a existência do interesse público, há também a incidência de um regime jurídico peculiar[198].

Será este ponto crucial da teoria discursiva de Habermas na formulação do paradigma procedimental do Direito. O autor constata que não há, entre as duas sendas, uma relação de antagonismo e de contraposição. Pelo contrário. Na democracia, há entre elas um *nexo interno* de co-dependência, pois a formação discursiva da vontade política está intrinsecamente vinculada à *auto-organização democrática* da sociedade, e

> só resta, como saída, tematizar o nexo existente entre as formas de comunicação existente entre as formas de comunicação que, ao emergirem, garantem a autonomia pública e privada. (HABERMAS, 1997, p.147)

Se, no paradigma liberal, os *direitos humanos* serviram como *barreiras legítimas* a obstaculizar que a vontade popular da maioria (representado pelo construto filosófico de Habermas de *soberania popular* ou *vontade popular soberana*) interviesse nas esferas subjetivas de liberdade, ocorria assim a prevalência da autonomia privada sobre os desígnios da coletividade. Igualmente também há, no modelo de estado social (que Habermas classifica como um modelo republicano), um despropósito, pois acabou por ser desnaturada a individualidade dos cidadãos em favor de um projeto coletivo que guardaria maior legitimidade do que anseios egoísticos e individualistas dos cidadãos.

O que Habermas percebe é que somente tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que têm os mesmos direitos assegurados. Partindo dessa premissa, temos que os cidadãos somente poderão se reconhecer em sua autonomia pública – compreendida dentro dos direitos de participação política democrática - se também lhes for assegurada a sua própria autonomia privada, que possui, em seu bojo, os direitos individuais que vêm garantir as liberdades subjetivas dos cidadãos[199]. Fecha-se assim o círculo de complementaridade ou co-originariedade entre a autonomia

---

[197] Sendo de complexidade incompatível com o corte epistemológico do presente estudo, recomendamos as obras *A condição humana*, de autoria de Hannah Arendt (Ed. Forense Universitária: 2001) e *A mudança estrutural da esfera pública* de Jürgen Habermas (Ed. Tempo Brasileiro: 1984).

[198] (…) a confluência do direito administrativo e do direito privado produz uma refração dos institutos, pela qual as noções fundamentais do direito administrativo (por exemplo: serviço público e ente público) se dilatam, desnaturam e degradam, até se tornarem indefiníveis, multiplicando estatutos, modelos e tipos por causa de sua hibridização". CASSESE, Sabino. *As transformações do Direito Administrativo do Século XIX ao XXI.* Revista Interesse Público, Ano 5, nº 24. Março/ Abril de 2004. Porto Alegre: Ed. Notadez. p. 20.

[199] HABERMAS, 1997, p.146.

pública e privada[200], pois se os direitos subjetivos institucionalizam as condições de comunicação para a formação da vontade política, eles perdem o seu caráter meramente particular e individual, dissociado da coletividade. Por outro lado, quando as normas jurídicas são elaboradas, executadas e aplicadas conforme a participação popular, não mais servindo os direitos subjetivos como meramente uma limitação negativa ao legislador, então não há que se falar em prevalência de uma esfera em detrimento da outra, ou mesmo em dissociabilidade entre as duas:

> Ambos os conceitos são interdependentes, uma vez que se encontram numa relação de implicação material. Para fazerem um uso adequado de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos têm que ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada, assegurada simetricamente. Porém, os "cidadãos da sociedade" (*Gesellschaftsbürger*) só podem gozar simetricamente sua autonomia privada se, enquanto cidadãos do Estado (*Staatsbürger*), fizerem uso adequado de sua autonomia política – uma vez que as liberdades de ação subjetivas, igualmente distribuídas, têm para eles o "mesmo valor"(HABERMAS, 2003, p.155).

Resta claro não haver somente o aspecto negativo de abstenção estatal em relação à esfera particular dos cidadãos na asseguração das liberdades individuais. Quando o Estado promove a inclusão do cidadão, no processo de tomadas de decisões políticas através da institucionalização de formas oficiais de comunicação, reveste-se de caráter público o exercício da liberdade comunicativa do cidadão, outrora tida apenas como tipicamente privada. Por outro aspecto, não há como classificar como sendo apenas público um ato normativo que tenha sido oriundo do debate público aberto ao questionamento de todos os integrantes daquela comunidade, não sendo possível determinar por um critério subjetivo de manifestação de vontade se um ato é público ou particular[201].

Ato contínuo, urge salientar que as deficiências doutrinárias a respeito do que seja um *ato administrativo* residem precipuamente no aspecto em alusão. Querer distinguir ontologicamente um ato normativo oriundo da esfera privada daquele resultante da esfera

---

[200] "(…) o todo e a parte são indissociáveis e possuem, dentro em si, o fundamento um do outro. Em sua substância e conteúdo, cada qual pressupõe o outro numa circularidade onde tudo se torna simultaneamente, público e privado, onde tudo, até mesmo a vida, define-se pela participação no todo, porém através da consciência de si. Em outras palavras, público e privado são, na unidade teleológica dos interesses universalizáveis, uma mesma e única realidade, nascida dos mesmos princípios e voltada aos mesmos fins: um é a vida do outro. Tais reflexões permitem concluir que nunca houve autêntica esfera pública e, por igual circunstância, jamais se viu, no plano da civitas, verdadeira liberdade. É que não há liberdade sem interesse público. Livre é só o cidadão capaz de universalizar suas máximas de conduta num espaço público aberto ao diálogo." (PASQUALINI, 1999, p. 36).

[201] Embora tal detalhe venha a ser esmiuçado com maior vagar no decorrer desta dissertação, é valioso alertar que a redefinição conceitual da esfera pública acaba por comprometer os critérios clássicos do que venha a ser *administrativo* ou que seja *privado.*

pública, caracterizando-o de maneira distinta e buscando colori-la de nuanças próprias, tem sido tarefa tormentosa para o Direito Administrativo, o que faz com que seja proposta uma nova análise do tema. Quando de suas análises científicas, os juristas devem se aperceber dos ganhos filosóficos da virada lingüístico-pragmática, dotando a linguagem de sua dimensão constitutiva da realidade e não somente de sua tacanha dimensão representacionista.

Logo, ao estudar o Direito, deve-se ter em mente que não estamos apenas referenciando um estado de coisas, como algo da realidade sensível a ser indigitada pela nossa comunicação, como se estivéssemos simplesmente a desvelar o conteúdo do Ordenamento Jurídico obscurecido por nossos sentidos. Quando tratamos dos institutos jurídicos - traçando com isso o seu competente regramento, estamos reconstruindo-os no seio de nossa linguagem. Fazemos parte de toda realidade ao reinventá-la e a ela atribuir novos sentidos e significações, incluindo aí o sistema normativo jurídico.

Isso ocorre porque a extração dos significados de quaisquer eventos, fenômenos e construtos humanos não nos é simplesmente dada (mas sim construídos intersubjetivamente), sendo tarefa ociosa tentar desvelar eventual *essência, forma* ou *natureza* dos institutos jurídicos, como se tal ministério fosse apto a nos trazer respostas e soluções adequadas para o regramento de determinado caso concreto. A realidade nunca nos foi somente dada, como se representasse um objeto de estudo a ser passivamente analisado pela Ciência, mas é sim construída no seio de nossa intersubjetividade. Frise-se que trataremos desse tema com maior vagar quando explanarmos o conceito de *ato administrativo* e os seus atributos, que tangem ao ponto principal deste estudo.

5.2 Os parâmetros de legitimidade da prática discursiva. As situações ideais de fala.

Se Habermas acaba por tomar o discurso como fundamento último do conhecimento científico, também incluindo assim a dogmática jurídica[202], obviamente suas atenções estarão

[202] Tal assertiva não foi despretensiosa ou erigida equivocadamente. É uma provocação. Embora Habermas defenda em toda a sua obra que não há porque perquirir um fundamento último para a ciência, o autor recebe diversas críticas de Karl-Otto Apel, que entende ser impossível negar alguns pressupostos entendidos *a priori* : "Tentei desenvolver o assunto, em minhas conferências, aqui, em um nível bem elementar. A noção está ligada a um enfoque novo da filosofia transcendental. Não pretendo recuar até, por exemplo, uma consciência solitária, a um solipsismo do tipo " eu penso", como o que está em Descartes e em Kant ou Husserl. **Acho que o a priori que não podemos evitar, que é em última instância requerido, é que sempre estamos discursando**. Nunca penso solitariamente. Posso, é claro, pensar solitariamente em minha sala, mas sempre pretendo validade intersubjetiva. Assim, a estrutura de meu pensamento é sempre a estrutura de um discurso realmente argumentativo. Desenvolvi com Habermas a noção de que, sempre que tenho pretensões de validade, tenho de seguir: a. pretensão de sentido (compartilhamento de sentido com outros — com uma comunidade ilimitada de

cuidadosamente voltadas para as suas condições de funcionamento e operacionalização, pois estas serão também as condições de exercício do Direito como sistema de ação. Como já dito, Habermas parte da análise da estrutura da comunicação humana para entender quais são as regras do entendimento possível, criando assim o estudo de uma *pragmática universal*[203].

Habermas aponta o fato de que a ação comunicativa trabalha articulando certas idealizações, considerando que os atores perseguem seus fins ilocucionários que, por sua vez, concernem ao nível pragmático da linguagem. Em breve síntese, o que o autor diz é que quando nos comunicamos, levantamos pretensões de validade em nossos atos de fala, que compreendem noções de verdade, correção normativa, veracidade.

Quando aludimos a essas pretensões, queremos dizer que só é possível haver comunicação se ocorre a necessária idealização de que o falante comunica um enunciado proposicional verdadeiro, que elas sejam assim reconhecidas pelo falante e pelo ouvinte, sendo imprescindível que o ouvinte pressuponha que o falante tem intenções verazes[204]. Cruz carreia valiosa lição de Karl-Otto Apel, que esmiúça as condições acima referenciadas:

> Quem argumenta, sempre já pressupõe duas coisas: primeiramente, uma comunidade de comunicação real, da qual ele mesmo se tornou membro através de um processo de socialização e, em segundo lugar, uma comunidade de comunicação ideal que, em princípio, estaria em condições de entender adequadamente o sentido de seus argumentos e de avaliar definitivamente a verdade. O notável e dialético dessa situação reside, no entanto, no fato dele pressupor, de certa forma, a sociedade ideal na real, ou seja, como possibilidade real da sociedade real. (CRUZ, 2006, p 98).

Tais idealizações são condições de possibilidade para a transmissão de idéias e veiculação de assertivas a serem aceitas ou objetadas. Ora, é dessa idealização que parte o autor da presente dissertação: que o leitor terá condições suficientes para absorver o conteúdo da pesquisa, que irá entender na integralidade os seus propósitos e que o leitor terá o mínimo de instrução acadêmica para conseguir alcançar o seu significado. Por ser uma idealização, logicamente que seus resultados não serão aqueles previstos: nunca um falante conseguirá traduzir em seus atos de fala a integralidade do conteúdo que imaginou ser necessário, nem tampouco o interlocutor irá absorver a totalidade do expressado pelo falante. Embora possa parecer contraditório o raciocínio, o que se dá é justamente o inverso: só é possível a

---

comunicação), b. pretensão de sinceridade e, também, c. pretensão de direito moral." (Karl-Otto Apel em **A raiz comum entre ética e linguagem**. Entrevista com Jesus de Paula Assis. Disponível em www.scielo.br (acesso em 10 de outubro de 2007). Embora não se tratar do tema proposto pela pesquisa, não perdemos a oportunidade de exteriorizar nossa concordância com Apel, embora tomemos Habermas como marco teórico.

[203] "La pragmática universal tiene como tarea identificar y reconstruir las condiciones universales del entendimento posible" (HABERMAS, 1994, p. 299).

[204] HABERMAS, 1994, p. 300.

comunicação se houver tais idealizações, irrompendo-se assim as barreiras que segregavam o *real* e o *ideal,* tal como vislumbrado na dualidade filosófica de Platão:

> A idealidade da generalidade do significado marca os contextos do agir comunicativo na medida em que os participantes não conseguem formular a intenção de entender-se entre si sobre algo no mundo, nem atribuir às expressões utilizadas significados idênticos, caso lhes seja vedado apoiar-se numa linguagem comum (ou traduzível). E os mal-entendidos só podem ser descobertos como tais, quando esta condição estiver preenchida. A suposição da utilização de expressões lingüísticas com significado idêntico pode às vezes parecer errônea na perspectiva de um observador, e, inclusive, parecerá sempre errônea à luz do microscópio dos etnometodólogos; entretanto tal pressuposto é necessário, ao menos contrafactualmente, para todo o uso da linguagem orientada pelo entendimento. (HABERMAS, 1997, p.38, grifo nosso).

Seguindo nesse profundo exame da comunicação humana, Habermas analisa essas idealizações de modo crítico e acaba por tomá-las como pressupostos contrafactuais de qualquer linguagem que permeie a comunicação humana, inclusive na linguagem do sistema de ação estruturado por atos de fala regulativos (que são aquelas que ordenam ou proíbem condutas), que é a ordem jurídica.

Em suma: assim como na comunicação ordinária, na linguagem jurídica há pressupostos contrafactuais de operacionalização, tal como a pressuposição de que o jurisdicionado entende perfeitamente o que a norma estatui, atribuindo-lhe um direito ou vedando-lhe uma conduta. Não obstante, tais pressupostos contrafactuais exercem o ministério de servirem como verdadeiros *parâmetros de aceitabilidade racional* de uma determinada pretensão de validade: na fala destinada à fundamentação de pretensões de validade e normas sociais (os discursos), deve-se atentar aos seguintes pré-requisitos:

> O discurso pressupõe essa "situação ideal de fala", que, sinteticamente, exige como pré-requisitos contrafactuais imanentes à própria linguagem: a simetria de posições e a igualdade na oportunidade de fala; a idéia subjacente de *ego* e *alter ego* (como pressuposto da diferença e do pluralismo); o *medium* lingüístico [supondo uma dimensão sintática (gramaticalmente adequada à compreensão), uma dimensão semântica (o entendimento das expressões) e uma dimensão pragmática (que será adiante vista no que concerne ao conceito de mundo da vida)]; ilimitação de tempo para se obter o acordo; e, a sinceridade, ou seja, a crença naquilo que se fala e o intuito de levar o outro a uma decisão racionalmente motivada e a ausência de coação interna ou externa na execução do discurso. (CRUZ, 2006, p.88).

Não se tem a ingênua pretensão de que em todas as tomadas de decisões do processo político haverá sempre o atendimento irrestrito de todos os pressupostos, pois não há como decidir algo no Direito sem que haja, no mínimo, a limitação de um tempo para a exposição

dos argumentos na decisão do caso concreto, ou mesmo que o *medium* lingüístico não seja afetado por nenhuma perda na comunicação real.

É preciso deixar claro que tais "situações ideais de fala" também não são devaneios filosóficos desconectados da realidade social; assim como se disse na introdução deste estudo, a teoria filosófica só faz sentido se estiver imersa no contexto factual da sua práxis, sob pena de não ser científica. Em sendo assim, como é sabido que é inviável atender todos os requisitos em sua integralidade, tais situações ideais de fala se prestam a figurar como *parâmetros*, como verdadeiros *níveis evolutivos* da escala destinada a aferir a legitimidade de uma prática discursiva. Espancando definitivamente quaisquer dúvidas acerca de uma equivocada leitura de uma pretensa utopia ou idealidade de tais situações de fala:

> O discurso, bem como seus pressupostos (...) é inerente à comunicação humana. Logo, a despeito de se efetivar em qualquer situação histórica concreta (...) agimos como se ela fosse real. Portanto, a mesma não deve ser entendida como uma condição ideal/utópica que atuaria simplesmente como um parâmetro de comparação com os debates concretos de nossa mundanidade. Isso implicaria um lamentável engano, pois pressuporia um retorno ao dualismo metafísico noumenon/ fenômeno presente tanto na filosofia platônica quanto na kantiana. Dessa forma, o discurso deve ser compreendido como uma suposição contrafática, posto que compõe a estrutura de fala da espécie humana. Portanto, dela não podemos nos afastar! Ela constitui o "jogo dos jogos" da linguagem [205].(CRUZ, 2007, p.102)

Ato contínuo, para que se possa diagnosticar com precisão o grau de maturidade democrática de uma sociedade, avaliam-se tais parâmetros para constatar o nível de implementação de tais requisitos no processo de elaboração, execução e aplicação das normas jurídicas. Se a prática de dar e oferecer razões não for levada a sério nas tomadas de decisões no processo político de uma determinada sociedade, certamente que estarão desatendidas tais situações contrafáticas de fala.

Partindo do exemplo da nossa história política recente, rica em experiências ditatoriais, a opressão severa em relação às manifestações culturais, artísticas, literárias e ideológicas contrárias àquelas defendidas pelo governo foi freqüentemente observada. Sufocando as liberdades comunicativas dos cidadãos, o detentor do poder político homogeneíza a esfera pública com sua ideologia, sem que haja espaço para maiores contendas ou controvérsias.

Mas mesmo que Habermas perceba a linguagem como (único) instrumento com a capacidade de estabelecer o acordo legítimo entre participantes do discurso e nos processos de

[205] Em tempo, trazemos o posicionamento do ilustre professor que corrobora o entendimento de Karl-Otto Apel acerca da aporia habermasiana em dizer ser desnecessário perscrutar a fundamentação última do conhecimento, mas onde o discurso acaba por assumir esse papel, ao representar o "jogo dos jogos" da linguagem.

deliberação política, o filósofo de Frankfurt não deixa de absorver as denúncias de pensadores[206] que demonstram que nem sempre os seres humanos estarão dispostos a cumprir o requisito de sinceridade[207] na prática discursiva.

Ora, se o Direito vive no trânsito entre a faticidade e a validade, também a ação comunicativa a isso está sujeita. Daí a distinção entre o genuíno *agir comunicativo* e o construto filosófico do *agir estratégico,* que reside na finalidade do discurso e do atendimento às situações ideais de fala. Caso o falante não esteja disposto a expor suas razões levando a sério a pessoa de seu interlocutor, então não se respeita o *outro* como ser humano como finalidade-em-si-mesma[208], tratando-o como mero instrumento de consecução satisfatória de objetivos estratégicos. A reificação do interlocutor é algo inerente a essa modalidade de ação, trazendo à tona o conceito de *agir estratégico* da filosofia de Habermas:

> (...) na ação estratégica, um ator procura influenciar o comportamento de outro por meio de sanções ou da perspectiva de gratificação a fim de fazer com que a interação continue conforme o primeiro deseja, ao passo que, na ação comunicativa, um ator procura racionalmente motivar o outro, acreditando no efeito compulsório da locução (Bindungseffekt) da oferta contida no ato de fala[209].

Como exemplo fácil do chamado *agir estratégico* pode-se dar a classificação que a doutrina constitucionalista faz das chamadas *constituições cesaristas.* Em tais situações, o que há é o exercício antidemocrático e excludente do Poder Constituinte Originário por um déspota, através dos instrumentos jurídicos do plebiscito e/ou referendo. Tais instrumentos são utilizados de forma ardilosa, se querendo fazer querer travestir de legitimidade um poder ilegítimo e carente de aceitabilidade racional[210].

---

[206] Exemplo clássico de *ceticismo* acerca da viabilidade e disposição dos cidadãos em engendrarem uma rede política racional e sincera de deliberação política é Michel Foucault, que assim apregoa: "Ah, **nisso estou radicalmente ao lado dos sofistas**. Dei, aliás, minha primeira aula no Collège de France sobre os sofistas. Acho que os sofistas são muito importantes. Porque temos aí uma prática e uma teoria do discurso que é **essencialmente estratégica; estabelecemos discursos e discutimos, não para chegar à verdade, mas para vencê-la.** É um jogo: quem perderá, quem vencerá? É por causa disso que me parece muito importante a luta entre Sócrates e os sofistas. Para Sócrates não vale a pena falar a não ser que se queira dizer a verdade. Em segundo lugar, se **para os sofistas falar, discutir**,**é procurar conseguir a vitória a qualquer preço, mesmo ao preço das mais grosseiras astúcias, é porque, para eles, a prática do discurso não é dissociável do exercício do poder.** Falar é exercer um poder, falar é arriscar conseguir ou perder tudo (...)" (FOUCAULT, 2002, p. 140).

[207] "Sinceridade não pode nesse contexto ser tida por ingenuidade ou por um retorno indireto a Rousseau na concepção de que o 'homem é naturalmente bom'. No contexto da Teoria da ação comunicativa, Habermas deixa claro que 'sinceridade' significa **crença em alguma assertiva,** nada mais, nada menos". (CRUZ, 2007, p. 98).

[208] O conceito de agir comunicativo parte da premissa kantiana de que o ser humano deve ser valorizado e respeitado por sua própria condição e racionalidade.

[209] BRONNER *apud* ARAGÃO, 2002, p. 115.

[210] "Constituições cesaristas são aquelas formadas por dois mecanismos distintos de participação popular (...) o plebiscito e o referendo. Tais cartas cesaristas objetivam, apenas, legitimar a presença do detentor do poder. Em rigor, não são outorgadas, nem, tampouco, democráticas, ainda quando, do ponto de vista formal, o povo integre

Demonstra-se com isso que o Direito não é capaz de cumprir apenas o papel de integração e coesão social através da emancipação humana, mas também pode se fazer às vezes de instrumento técnico-teórico de refinada dominação[211], assim como bem denunciavam os autores cujos pensamentos foram expostos alhures. É atribuição de todos os cidadãos – e não apenas dos operadores do Direito – perscrutarem diligentemente se há, na prática discursiva, o emprego ardiloso de medidas manipuladoras, mesmo que dissimuladas em formas jurídicas[212]. O construto filosófico da *situação ideal de fala* exerce o papel de *medida crítica* entre consensos genuinamente verdadeiros e simulacros a forjar acordos políticos:

> É possível afirmar (...) que se pode reconstruir esse conjunto de pressupostos contrafactuais que a "situação ideal de fala" representa, como critério crítico para se avaliar a legitimidade do acordo/consenso firmado pela Sociedade ou pelo Estado, fazendo com que a mesma assuma a condição de uma medida crítica de avaliação/ diferenciação entre consensos verdadeiros/legítimos e falsos/ilegítimos.(CRUZ, Álvaro, 2006, p. 99).

5.3 A descentralização das sociedades contemporâneas. A autonomia dos sistemas normativos e seu permanente diálogo. A razão comunicativa como fundamento do paradigma *procedimentalista* do Direito.

---

o processo Constituinte. Exemplos: Cartas plebiscitárias do Chile, sob a influência de Pinochet, e da era napoleônica, oriundas dos plebiscitos elaborados por Napoleão I (as chamadas constituições bonapartistas); e Textos Constitucionais referendados de New Hampshire de 1784 e de Massachusetts de 1780". (BULOS, 2007. p.39).

[211] Mesmos os instrumentos jurídicos vislumbrados com insignes propósitos democráticos podem ser distorcidos e manipulados para levarem a cabo finalidades distintas do interesse público. Para evitar o engodo e a fraude nas na condução do processo político, imperioso que a população esteja ciente dos reais intentos adjacentes às decisões tomadas. Contudo, "o perigo desses mecanismos diretos de democracia são sempre a sua utilização em uma população desinformada ou incorretamente informada". (MAGALHÃES, 1997. p.76).

[212] Em recente reportagem, a Revista Veja alertava para a reforma constitucional operada por Hugo Chávez na República Bolivariana da Venezuela, que pode ser entendida como uma autêntica *fraude* à Constituição: "*A nova Constituição, que teve 20% de seus artigos alterados, dá sustentação legal às medidas autoritárias que Chávez vem colocando em prática desde que foi eleito pela primeira vez, em 1998. A centralização do poder nas mãos do presidente, a militarização do país e o desrespeito ao direito de propriedade não são novidades no governo do coronel. Agora, no entanto, foram institucionalizados na Carta Magna da Venezuela. Com um bônus: o mandato presidencial passa de seis para sete anos e pode ser renovado por tempo indeterminado nas urnas. Ou seja, Chávez pode agora aspirar à Presidência vitalícia. A Constituição será submetida à aprovação popular daqui a um mês. O processo é assim acelerado, por que na Venezuela a Justiça Eleitoral está sob o controle de funcionários leais a Chávez. No último referendo, esses quadros fiéis ao regime quebraram o sigilo do voto e permitiram que as informações fossem usadas pelo governo para punir os cidadãos que se opuseram ao presidente"*. Revista Veja: Editora Abril, edição 2.033, ano 40, nº 44, 07 de novembro de 2007. p. 88-90.

Assim como já intensamente asseverado, por certo que a complexidade social e cultural das sociedades modernas fez com que fosse operada uma intensa redefinição nas esferas pública e privada, não sendo mais admitida a identificação acrítica entre a esfera pública e a instituição estatal[213], em uma verdadeira redefinição conceitual científica[214]. Tal refinamento teorético trouxe ganhos incomensuráveis na lida administrativa quotidiana, pois alça a esfera pública a uma condição superior àquela perspectiva reducionista do liberalismo que vislumbrava a esfera pública como o aparato policialesco militar incumbido apenas pela segurança pública. Em outro aspecto, tal redefinição também desincumbe o Estado da ingrata missão de simbolizar/personificar o estatuto ético de determinada comunidade jurídica, o que irremediavelmente acarreta um papel ilegítimo e sufocante.

Mas, por outro lado, tal fenômeno social também acarreta consigo o desafio de conjugar o exercício do poder político com tessitura aberta a discursos de aceitabilidade racional não apenas ligado ao seu formalismo e técnica, como queriam os liberais. Não bastasse tal ofício, assume também o Direito a empreitada de ser operado sem o recurso a argumentos arrimados em pretensa unicidade ética, tendo em vista o crescente processo de fragmentação das referências normativas nas sociedades contemporâneas.

Com isso o Direito assume racionalidade sistêmica peculiar, autonomamente à racionalidade do sistema da Moral, do sistema político e do sistema ético, embora invariavelmente estes sistemas convivam em constante contato e irritação[215]. Fato é que,

---

[213] "A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois, ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco constitui um sistema, pois, mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. **A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões;** nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos (...) **A esfera pública constitui principalmente uma estrutura comunicacional** do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo (...)" (HABERMAS, 1997, p. 92, grifo nosso)

[214] "Há algum tempo a doutrina administrativista nacional e estrangeira tem percebido a mudança de orientação nas relações entre Estado e a sociedade, que vem sendo descrita sob diversas terminologias, tais como **direito administrativo de participação** (Cáio Tácito, 1998 e Fabiana de Menezes Soares, 1997), ou tão-somente **participação** (Odete Medauar, 1992; Agustín Gordillo, 1998a), **administração pública consensual** (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, 2001), **parcerias na Administração Pública** (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 1999), **Estado subsidiário** (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, 2001) e cujas discussões recrudesceram, no país, após o movimento da reforma administrativa gerencial". (DIAS, 2003, p. 232-233, grifo nosso).

[215] Tomamos a definição de Cruz, com espeques em Niklas Luhmann, sobre a atribuição do conceito de Direito como *sistema social* em interação com outros inúmeros *sistemas*: " (...) Direito como subsistema social na concepção de Luhmann. Nesse sentido, está claro que esse sistema se relaciona com outros sistemas, incluindo aqui, dentre outros, o sistema político, moral, religioso e também o econômico. Sistema deve ser aqui entendido como um conjunto de elementos que se inter-relacionam e cuja unidade é fornecida por suas interações. Destaque-se que suas propriedades são diferenciadas da soma dos elementos do conjunto e que seus elementos são auto-referenciais, eis que têm a capacidade de estabelecer tanto relações entre si, quanto relações outras com o ambiente. Ora, todos esses sistemas provocam irritações no Direito, mas tais irritações (outputs) não podem pretender pautar as operações concretizadas no interior do sistema jurídico (...)". (CRUZ, 2007, p. 367-368).

embora tais sistemas sejam norteados pela sua própria lógica e sentido, o que se percebe é que comumente a força de um sistema acaba por transmutar a coerência e as regras de outro sistema normativo, exercendo influxos que podem até mesmo deturpar e desfigurar a linguagem peculiar do sistema influenciado[216].

A título ilustrativo admita-se o breve exemplo da Moral da sociedade brasileira e o Direito pátrio. Embora o Código Penal Brasileiro tenha criminalizado a prática da conduta de *sedução*[217] e do *adultério*[218], a moralidade da sociedade brasileira já indicava, há muito tempo, a desnecessidade de incriminação de tais condutas, em consonância com o chamado *princípio da adequação* que rege o Direito Penal, o que acabou sendo absorvido pelo Direito positivo com o advento da Lei 11.106 de 28 de Março de 2005, que descriminalizou as aludidas condutas humanas, promovendo com isso os efeitos do instituto da *abolitio criminis.* Ora, mesmo antes da mudança legislativa, vale ressaltar que, há muito, o adultério e a sedução eram consideradas condutas atípicas em virtude de argumentos morais, traduzidas no código binário que rege o Direito (lícito/ilícito).

Nesse sentido, também o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071) previa o defloramento prévio ao casamento da mulher como sendo hipótese legítima de anulação do vínculo conjugal, devendo o esposo apenas observar o prazo prescricional de 10 dias contados da celebração do matrimônio[219]. Não obstante, projetando no Direito Positivado o relevo e importância que a moralidade da sociedade brasileira atribuía à virgindade feminina, o legislador civilista de 1916 também previa a hipótese de recebimento de indenização por parte

---

[216] Infelizmente não é o foco principal do presente trabalho um aprofundamento sobre o assunto. Contudo, referência, mesmo que breve e perfunctória é imprescindível. Para maior detalhamento na matéria, principalmente no que tange à relação entre Direito, Política e Moral, assuntar as obras de Ronald Dworkin, em especial *O império do Direito* e *Levando os direitos a sério.*

[217] *"Art. 217 - Seduzir mulher virgem, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze), e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança:*
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos." Era essa a antiga redação do Artigo 217 do Código Penal Brasileiro (Decretro- Lei nº 2.848 de 1940).

[218] *"Art. 240 - Cometer adultério:*
Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses.
§ 1º - Incorre na mesma pena o co-réu.
§ 2º - A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de 1 (um) mês após o conhecimento do fato
§ 3º - A ação penal não pode ser intentada:
I - pelo cônjuge desquitado;
II - pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente.
§ 4º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:
I - se havia cessado a vida em comum dos cônjuges;
II - se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art. 317, do Código Civil". Assim previa o Artigo 240 em sua redação primeva, também do Código Penal Brasileiro.

[219] "*Art. 178 - Prescreve: (...)*
§ 1º - Em 10 (dez) dias, contados do casamento, a ação do marido para anular o matrimônio contraído com a mulher já deflorada." Era esse o conteúdo do Art. 178 do Código Civil de 1916.

da mulher deflorada em determinados casos[220]. Mas a evolução social e as mutações ocorridas nas tradições e costumes da sociedade brasileira fizeram com que a possibilidade de anulação de casamento e de recebimento de indenização em caso de defloramento não tenham sido previstos pelo Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406), demonstrando de forma cabal o influxo e a inspiração que a Moral pode exercer no sistema jurídico.

No caso específico do Direito Administrativo, o diálogo constante entre a moralidade e o Direito tem sido objeto de muitos estudos e constante polêmica. Estabelecido pela Constituição da República de 1988 em seu Artigo 37 como sendo de imperiosa observância à Administração Pública, o princípio da moralidade é capaz de estabelecer, na linguagem do sistema jurídico, o que seja *lícito* e o que seja *ilícito.* Nessa toada, veio a lume a Lei Nacional nº 8.429 de 02 de junho de 1992, que dentre outras coisas, responsabiliza agentes públicos por atos administrativos contrários aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições. Vale dizer que há jurisprudência robusta do Poder Judiciário que admite a responsabilização do administrador mesmo que seu ato não tenha significado o seu favorecimento pecuniário direto, desvinculando a improbidade administrativa da exigência de acréscimo patrimonial por parte do agente público. É este o posicionamento recente do Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESPESAS DE VIAGEM. PRESTAÇÃO DE CONTAS. IRREGULARIDADE. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO. DANO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. SANÇÃO DE RESSARCIMENTO EXCLUÍDA. MULTA CIVIL REDUZIDA.
> 1. A lesão a princípios administrativos contidos no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. **Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade**. Precedente da Turma.
> 2. A aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo tribunal ou conselho de contas (art. 21, II, da Lei 8.429/92).
> 3. Segundo o art. 11 da Lei 8.429/92, **constitui ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade** às instituições, notadamente a prática de ato que visa fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência (inciso I), ou a ausência de prestação de contas, quando esteja o agente público obrigado a fazê-lo (inciso VI).

---

[220] "*Art. 1.548. A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à sua própria condição e estado:*
I - se, virgem e menor, for deflorada.
II - se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças.
III - se for seduzida com promessas de casamento.
IV - se for raptada."

4. Simples relatórios indicativos apenas do motivo da viagem, do número de viajantes e do destino são insuficientes para comprovação de despesas de viagem.
5. A prestação de contas, ainda que realizada por meio de relatório, deve justificar a viagem, apontar o interesse social na efetivação da despesa, qualificar os respectivos beneficiários e descrever cada um dos gastos realizados, medidas necessárias a viabilizar futura auditoria e fiscalização.
6. Não havendo prova de dano ao erário, afasta-se a sanção de ressarcimento prevista na primeira parte do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/92. As demais penalidades, inclusive a multa civil, que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos).
7. Sentença mantida, excluída apenas a sanção de ressarcimento ao erário e reduzida a multa civil para cinco vezes o valor da remuneração recebida no último ano de mandato.
8. Recurso especial provido. (sem negrito no original) (REsp 880662 / MG RECURSO ESPECIAL 2006/0170488-9 Relator Ministro CASTRO MEIRA. Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 15/02/2007. Data da Publicação/Fonte DJ 01.03.2007 p. 255)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO.
1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário público. **Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade**. Caso reste demonstrada a lesão, e somente neste caso, o inciso III, do art. 12 da Lei n.º 8.429/92 autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário.
2. Se não houver lesão, ou se esta não restar demonstrada, o agente poderá ser condenado às demais sanções previstas no dispositivo como a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a impossibilidade de contratar com a administração pública por determinado período de tempo, dentre outras.
4. In casu, face a inexistência de lesividade ao erário público, bem como pela natureza de "pequeno potencial ofensivo" do ato impugnado, incabível a incidência de qualquer das penalidades descritas no art. 12, inciso III, da Lei de Improbidade Administrativa.
5. Recurso especial provido. (sem negrito no original) (REsp 714935 / PR RECURSO ESPECIAL 2004/0185272-6 Relator Ministro CASTRO MEIRA (1125) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento 25/04/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 08.05.2006 p. 182 RNDJ vol. 79 p. 84).

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. COMPRA DE MATERIAIS. FRACIONAMENTO DE NOTAS FISCAIS. IMPROBIDADE.
I - A Lei de Improbidade Administrativa considera ato de improbidade aquele tendente a frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente. Foi exatamente o que ocorreu na hipótese dos autos quando restou comprovado, de acordo com o circunlóquio fático apresentado no acórdão recorrido, que houve burla ao procedimento licitatório, atingindo com isso os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade.
II - O artigo 11 da Lei 8.429/92 explicita que constitui ato de improbidade o que atenta contra os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. **Na hipótese presente também se tratou de atentado, ao menos, contra os deveres de imparcialidade e legalidade**, em face do afastamento da norma de regência, in casu, a Lei nº 8.666/93.
III - Recurso especial improvido. (sem negrito no original). (REsp 685325 / PR RECURSO ESPECIAL 2004/0057387-4 Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 13/12/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 06.03.2006 p. 188).

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO DE FRASES DE CAMPANHA ELEITORAL NO EXERCÍCIO DO MANDATO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO DO ART. 267, IV, DO CPC, REPELIDA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 11 DA LEI 8.429/92. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO. PRESCINDIBILIDADE. INFRINGÊNCIA DO ART. 12 DA LEI 8.429/92 NÃO CONFIGURADA. SANÇÕES ADEQUADAMENTE APLICADAS. PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU.

1. Cuidam os autos de ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de José Cláudio Grando, à época Prefeito Municipal de Dracena/SP, objetivando, em síntese, a sua condenação nas sanções previstas na Lei nº 8.429/92 por suposta utilização irregular das frases "Dracena Todos por Todos Rumo ao Ano 2000" e "Dracena Rumo ao Ano 2000" em fachadas de órgão públicos municipais, veículos e placas de inauguração, uniformes dos alunos das escolas e creches públicas, jornais da região, carnês de pagamento de tributos e publicações especiais. (...)

2. A ação civil pública protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. O seu objetivo não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa a par de ver observados os princípios gerais da administração. Essa ação constitui, portanto, meio adequado para resguardar o patrimônio público, buscando o ressarcimento do dano provocado ao erário, tendo o Ministério Público legitimidade para propô-la. Precedentes. Ofensa ao art. 267, IV, do CPC, que se repele.

3. A violação de princípio é o mais grave atentado cometido contra a Administração Pública porque é a completa e subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo. A inobservância dos princípios acarreta responsabilidade, pois o art. 11 da Lei 8.429/92 censura "condutas que não implicam necessariamente locupletamento de caráter financeiro ou material" (Wallace Paiva Martins Júnior, "Probidade Administrativa", Ed. Saraiva, 2ª ed., 2002).

4. O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos, sendo eficiente para com a própria administração. O cumprimento dos princípios administrativos, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada cidadão. Não satisfaz mais às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a gestão da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária.

5. A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa ao patamar constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos dos agentes públicos violadores desse preceito maior.

6. A tutela específica do art. 11 da Lei 8.429/92 é dirigida às bases axiológicas e éticas da Administração, realçando o aspecto da proteção de valores imateriais integrantes de seu acervo com a censura do dano moral. **Para a caracterização dessa espécie de improbidade dispensa-se o prejuízo material na medida em que censurado é o prejuízo moral.** A corroborar esse entendimento, o teor do inciso III do art. 12 da lei em comento, que dispõe sobre as penas aplicáveis, sendo muito claro ao consignar, "na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver..." (sem grifo no original). O objetivo maior é a proteção dos valores éticos e morais da estrutura administrativa brasileira, independentemente da ocorrência de efetiva lesão ao erário no seu aspecto material.

> 7. A infringência do art. 12 da Lei 8.429/92 não se perfaz. As sanções aplicadas não foram desproporcionais, estando adequadas a um critério de razoabilidade e condizentes com os patamares estipulados para o tipo de ato acoimado de ímprobo.
> 8. Recurso especial conhecido, porém, desprovido. (sem negrito no original) (REsp 695718 / SP RECURSO ESPECIAL 2004/0147109-3 Relator Ministro JOSÉ DELGADO (1105) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 16/08/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 12.09.2005 p. 234).

Resta claro estarem plenamente superados os posicionamentos de Max Weber e Hans Kelsen que querem atribuir ao discurso jurídico uma assepsia total em relação a argumentos morais que porventura viessem permear uma pendenga judicial. Se o formalismo weberiano foi incapaz de dar respostas convincentes ao paradigma da racionalidade moderna, tampouco o decisionismo kelseniano também conseguiu satisfazer o *senso de justiça* apontado pela racionalidade contemporânea. Contudo, se Kelsen e Weber estavam equivocados acerca da impossibilidade da utilização de argumentos morais na linguagem jurídica, também não se pode olvidar da cilada que representa confundir o Direito como unicamente um *sistema uniformizador de valores*, tendo em vista a "despadronização" de comportamentos da contemporaneidade, em virtude de diversas concepções axiológicas existentes nas sociedades pluralistas da atualidade[221].

Eis então a compreensão basilar de toda nossa pesquisa: fazer com que o Direito Administrativo seja mais que uma disciplina que disponha sobre o regramento técnico da Administração Pública, assim como também não reduzi-lo a apenas o papel de recurso jurídico apto a salvaguardar abusos e excessos dos agentes públicos. Mais que isso. Traçar uma modelagem de funcionalização do Direito Administrativo que faça exsurgir uma população emancipada, participativa e inclusiva.

E, em sendo assim, na compreensão paradigmaticamente mais adequada, entendemos não haver outra solução para o Direito Administrativo senão a de adotar o paradigma *procedimental* do Direito, com o atendimento às situações ideais de fala e, por conseguinte, ao *princípio do discurso*, implementando em seu grau máximo possível as oportunidades de fala e estabelecendo canais comunicativos entre todos os integrantes da comunidade, sejam eles agentes públicos, cidadãos, particulares em colaboração com a Administração ou entidades do *terceiro setor*.

---

[221] "Em um mundo plural – e que tem pretensões de se reconhecer como tal de maneira inclusiva –, não há mais espaços para a construção de sólidos eternos porque elaborados racionalmente. Os valores são voláteis e incapazes de serem reduzidos e solidificados em uma estrutura eterna. A pluralidade e o reconhecimento dessa pluralidade ética, irradia-se e não mais podem permanecer leituras como a da época do Estado de Bem-Estar em que determinado grupo estabelecia o útil e o bom não só para si, mas também para toda a sociedade.O útil e o bom, enquanto referente a questões éticas, não são capazes de ser impostos ou determinado por outrem". (CHAMON JÚNIOR; CANÊDO, 2001. p. 71).

5.4 O conceito de *verdade* no paradigma da racionalidade comunicativa. A necessária intersubjetividade na construção discursiva do conhecimento.

Anteriormente expusemos a influência recebida pelo Direito da construção filosófica do conceito de *verdade* que Wittgenstein erigiu em seu *Tractatus*, calcado na relação de paralelismo entre a faticidade do mundo e a estrutura lógico-sintática da linguagem. O hiperempirismo filosófico acabou por considerar que o valor de verdade de uma proposição seria alcançado com o auxílio do recurso da pura *verificação*. A pretensiosa assertiva de Wittgenstein, no prefácio de sua obra, denota com clareza a soberba com que a filosofia passava a lidar com o problema da *verdade*, imaginando ter solucionado as linhas mestras dos problemas filosóficos:

> (...) a verdade dos pensamentos comunicados aqui me parece intocável e definitiva, de modo que penso ter resolvido os problemas no que é essencial[222].

Com fincas nesse raciocínio, o Direito buscou alijar de sua linguagem funcional quaisquer proposições que não fossem passíveis de serem verificadas, pois o valor de verdade de uma proposição jurídica seria encontrado na relação de *isomorfia* entre a linguagem e os objetos referenciados no mundo real, traduzida na correspondência biunívoca entre elementos de dois grupos que deveriam ser cotejados. Seguindo tal concepção essencialista/ontologizante a partir da qual Wittgenstein compreendia a linguagem, não se admitia tratar de conceitos não passíveis de verificação, tais como a justiça, a lealdade, a probidade e a boa-fé no interior da linguagem jurídica, pois nada mais seriam do que incongruências e atecnias inaceitáveis no Direito.

Contudo, foi o próprio Ludwig Wittgenstein que se apercebeu de alguns equívocos embutidos em sua teoria apresentada no *Tractatus Logico-Philosophicus*, precipuamente no que se concerne à perspectiva predominantemente semântica da linguagem. Em sua obra mais prestigiada, as chamadas *Investigações Filosóficas,* Wittgenstein convenceu-se da necessidade de dotar a linguagem não apenas de seu aspecto designativo/representacionista, já devidamente explorado em sua teoria da figuração proposicional. O autor passou a se debruçar também ao estudo da *dimensão pragmática* da linguagem, que considera os

[222] *Tractaus Logico-Philosophicus*, prefácio.

possíveis efeitos e interpretações oriundas das implicações práticas que podem ser atribuídas ao objeto carente de significado. E para tanto, Wittgenstein passa a ter como centro de suas atenções o conceito de *uso* (*Gebrauch*), relacionando-o diretamente com o conceito de *significação* (*Bedeutung*). Em seu novo momento de maturidade acadêmica[223], seu foco de atenção deixa de ser apenas a relação entre a proposição lingüística e o objeto integrante de um estado de coisas no mundo, para a ela ser somada a *contextualização* do objeto em uma determinada situação comunicativa:

> (...) se *Bedeutung*, no *Tractatus*, era entendido como a *denotação* de um objeto, nas *Investigações*, Wittgenstein explica o conceito de *Bedeutung* através do uso que fazemos de palavras e expressões. Entretanto, (...) o uso não é mais simplesmente o uso de palavras na proposição (*Tract*. 3.3), mas está inserido em um contexto muito mais amplo. A significação de uma palavra é dada a partir do uso que dela fazemos em diferentes situações e contextos. E é nesse sentido que, para o segundo Wittgenstein, o conceito de significação (*Bedeutung*) é equiparado ao conceito de uso.(CONDÉ, 1998, p.88).

Ora, para Wittgenstein passou a ser ociosa a busca por uma suposta *essência* da linguagem, tendo mais serventia perquirir qual é o contexto que determinado vocábulo foi proferido na comunicação humana, pois as proposições lingüísticas são dotadas de uma pluralidade de funções ou papéis que são desenvolvidas de acordo com o *jogo de linguagem* adotado. Em sendo assim, pode-se usar uma mesma expressão lingüística em distintos contextos, sendo certo que, em cada situação, a ela será atribuído um determinado significado. É daí que dizemos ser extraída a *dimensão pragmática* da linguagem: no intercâmbio verbal entre pessoas que se comunicam somente se poderá dizer sobre o significado de uma determinada proposição se houver a sua correta contextualização, incluindo nesta aludida contextualização o emprego de palavras, gestos, sinais e sons.

Passemos a um exemplo prático do Direito Administrativo: 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 sonido. Entretanto, se a mesma sensação auditiva for provocada por um agente público de trânsito 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

[223] Vale dizer que a ruptura com seu pensamento é de tal monta que consagrou-se no universo acadêmico a referência a este segundo momento como sendo o "segundo Wittgenstein", em contraposição às idéias colacionadas pelo autor em seu *Tractatus.*

que o silvo do apito do agente terá um sentido completamente distinto, fazendo repercutir diferentes reações àqueles que recebem tais sons. Da mesma forma, acaso o mesmo sonido seja propalado por um árbitro de futebol no desenrolar de uma partida, também os seus efeitos serão diferentes, embora as suas ondas sonoras possam ser invariavelmente iguais. Repise-se que o som do apito é o mesmo, mas não há na atribuição de sentido uma *essência invariável* pelo qual buscava Wittgenstein em sua pesquisa filosófica.

O próprio autor reconhece ser despiciendo a busca pela *ontologia* dos significantes[224], mas simplesmente reconhecer os seus diversos empregos quotidianos para a atribuição de significados. Em síntese: deve ser abandonada a pergunta "o que é?", sê-la substituída pela pergunta "como são usadas as expressões lingüísticas?":

> 116. Quando os filósofos usam uma palavra- "saber", "ser", "objeto", "eu", "proposição", "nome"- e procuram apreender a *essência* da coisa, deve-se sempre perguntar: essa palavra é usada de fato desse modo na linguagem que ela existe" - *Nós* reconduzimos as palavras do seu emprego metafísico para o seu emprego cotidiano.
> 117. Alguém me diz: "Você compreende esta expressão? Ora, eu também a uso na significação que você conhece". Como se a significação fosse uma espécie de halo que a palavra leva consigo e que fica com ela em qualquer emprego.
> Quando, por exemplo, alguém diz que a frase "isto está aqui" (e, pronunciando-a, aponta para um objeto) tem sentido para ele, então se deveria perguntar em que circunstâncias particulares emprega-se de fato essa frase. Nestas, ela tem sentido. (WITTGENSTEIN, 1996, p. 66)[225]

Há também o rico exemplo da *paternidade* no Direito Civil. No sistema tradicional que rege o Direito de Família, *pai* é aquele detentor da carga genética que o caracteriza como progenitor da pessoa que perquire a sua paternidade, fazendo com que o posicionamento classicamente adotado pelos Tribunais brasileiros seja de que o conceito de *pai* deve ser preenchido com argumentos guiados por critérios de natureza biológica. Em sendo assim, é estabelecida uma divisão entre *verdade fictícia* e *verdade real:* aquela advinda das presunções jurídicas (tais como a presunção de paternidade de filhos havidos na constância do casamento) e esta por argumentos tidos por irrefutáveis em virtude da cientificidade da medicina (reconhecimento de paternidade por exames médicos-genéticos). Colaciona-se o entendimento em atuais julgamentos do Superior Tribunal de Justiça:

---

[224] Com espeques no afirmado por Wittgenstein, a busca pela essência ou pelo *mínimo semântico* de um vocábulo é algo que não tem a mínima serventia e viabilidade científica, pois tal ofício estaria aferrado sobremaneira à dimensão representacionista da linguagem, com sofisticação tacanha no paradigma da racionalidade contemporânea. Nesta esteira, pode-se atribuir a pecha de afoito ao entendimento do eminente jurista Luis Roberto Barroso (1996): "As palavras têm sentidos mínimos que devem ser respeitados, sob risco de se perverter o seu papel de transmissoras de idéias e significados". (p. 122).

[225] Destaque em itálico encontrado no original. Grifo nosso.

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA. Tem-se como perfeitamente demonstrado o vício de consentimento a que foi levado a incorrer o suposto pai, quando induzido a erro ao proceder ao registro da criança, acreditando se tratar de filho biológico.
- A realização do exame pelo **método DNA a comprovar cientificamente a inexistência do vínculo genético, confere ao marido a possibilidade de obter, por meio de ação negatória de paternidade**, a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento.
- A regra expressa no art. 1.601 do CC/02, estabelece a imprescritibilidade da ação do marido de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, para afastar a presunção da paternidade.
- **Não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza**, como o é o exame genético pelo método DNA.
- E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menor socorre o direito de perseguir **a verdade real** em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação e das conseqüências, inclusive materiais, daí advindas.
Recurso especial conhecido e provido. (sem negrito no original) [REsp 878954 / RS RECURSO ESPECIAL 2006/0182349-0 Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento 07/05/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 28.05.2007 p. 339].

CIVIL – AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – DECADÊNCIA – EXAME DE DNA – PRECEDENTES.
O marido pode propor a ação negatória de paternidade, mesmo quando ultrapassado o prazo estabelecido pelo § 3º do artigo 178 do Código Civil, se, realizado o exame de DNA a inexistência do **vínculo genético** restou cientificamente comprovada.
Recurso conhecido e provido. (sem negrito no original) [REsp 139590 / SP RECURSO ESPECIAL 1997/0047591-3 Relator(a) Ministro CASTRO FILHO (1119) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 05/09/2002 Data da Publicação/Fonte DJ 03.02.2003 p. 314 RBDF vol. 17 p. 95 RNDJ vol. 40 p. 131].

CIVIL. INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE. DECADÊNCIA SUPERADA. INTERPRETAÇÃO ATUAL DO § 3º DO ART. 178 DO CÓDIGO CIVIL.
"Nos tempos atuais, não se justifica que a contestação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, se restrinja às hipóteses do artigo 340 do Código Civil, **quando a ciência fornece métodos notavelmente seguros para verificar a existência do vínculo de filiação**". (Min. Eduardo Ribeiro, REsp 194.866/RS).
Pelas especiais peculiaridades da espécie, admite-se a ação da paternidade, mesmo quando ultrapassado o prazo previsto no § 3º do art. 178 do Código Civil.
O aplicador da lei não deve se deixar limitar pelo conteúdo que possa ser percebido da leitura literal e isolada de uma certa regra legal, a ponto de lhe negar sentido e valor.
"As decisões judiciais devem evoluir constantemente, referindo, é certo, os casos pretéritos, mas operando passagem à renovação judicial do Direito" (Nelson Sampaio).
Interpretação atual do § 3º do art. 178 do Código Civil.
Recurso conhecido e provido. (sem negrito no original). [REsp 146548 / GO RECURSO ESPECIAL 1997/0061381-0 Relator(a) Ministro BARROS MONTEIRO (1089) Relator(a) p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 29/08/2000 Data da Publicação/Fonte DJ 05.03.2001 p. 167 RSTJ vol. 142 p. 324].

A seguir nessa toada, para aferir se é *verdadeira* a assertiva de que "João é pai de Fabrício", seria necessário apenas se lançar mão de exames genéticos para se descobrir se há o vínculo de ascendência/descendência entre as duas pessoas através da análise de amostras do ácido desoxirribonucléico das partes envolvidas na refrega. Isso faz com que alguns autores assumam posicionamentos ortodoxos a respeito do exame de DNA, considerando-o como base fiel para estabelecer a (in) existência da paternidade:

> De minha parte, penso que conforme as circunstâncias da ação primitiva, o posterior exame de DNA pode servir de meio para demonstrar que a sentença da ação de paternidade se lastreou em falsa prova. De fato se os elementos de convicção do processo autorizavam a conclusão a que chegou o sentenciante e se, prova técnica posterior evidenciou, com certeza plena, que a verdade dos fatos era em sentido oposto, não é difícil afirmar o defeito do substrato probatório do julgamento rescindendo.
> Não se procederá a um reexame dos meios de prova produzidos, mas apenas se demonstrará a impossibilidade de serem eles **o retrato da verdade**, já que pela superveniente prova genética jamais poderia subsistir a mentira biológica afirmada e chancelada pela coisa julgada.
> (...) o recurso à perícia como o caminho processual para se alcançar a convicção acerca do descompasso entre a prova originária e **a verdade real e imutável** decorrente do parentesco biológico. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 26, grifo nosso).

Ora, se é *verdade* que o critério para se estabelecer a *paternidade* é o vínculo biológico/ genético, em determinados momentos também pode ser *verdade* que uma pessoa que não possua tal ligação sanguínea e genética *também possa ser reconhecida como pai*, como no caso de existência de vínculos afetivos e de mútua assistência, mesmo sem haver a ligação genética adjacente ao relacionamento. Tudo dependerá no contexto do *jogo lingüístico* no qual estão inseridos os intérpretes, que construirão o conteúdo conceitual do vínculo da *paternidade.* Curioso transcrever posicionamentos do próprio Superior Tribunal de Justiça que corroboram o entendimento de que o conteúdo conceitual de *paternidade* não é dado de antemão ao intérprete do Direito, mas sim *construído* de acordo com o seu *uso* adequado ao *contexto* em que é empregado linguisticamente:

> RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. **INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES**. **IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO**.
> (...)
> - O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil.

> - O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. **A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica.**
> Recurso conhecido e provido. (sem negrito no original). [REsp 878941 / DF RECURSO ESPECIAL 2006/0086284-0 Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 21/08/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 17.09.2007 p. 267].
>
> Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo sócio-afetivo. Peculiaridades.
> - A "adoção à brasileira", inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor.
> - O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.
> - O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à **identidade biológica** e pessoal.
> - Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica.
> (...)
> - Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar "adotivo" e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico.
> - Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, **deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo**, cujos desdobramentos devem pautar as decisões.
> Recurso especial provido. (sem negrito no original). [REsp 833712 / RS RECURSO ESPECIAL 2006/0070609-4 Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador
> T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 17/05/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 04.06.2007 p. 347].

Interessante apontar que o objeto da discussão acima exposto foi sempre o conteúdo conceitual do vocábulo *pai.* Se em determinado momento é correto estabelecer que *pai* é aquele que transfere sua carga genética a outrem, em outro determinado momento foi entendido como *pai* uma outra pessoa que se encarregou de satisfazer as necessidades prementes de subsistência, auxílio e suporte, sejam eles físicos ou psíquicos, mesmo que não houvesse vínculo genético algum[226].

[226] Em que pese ser reputada como vanguardista a postura daqueles que entendem não ser necessário o vínculo biológico para ser determinada a paternidade, a psicanálise aponta para acepções ainda mais refinadas acerca da

Buscando manterem-se os exemplos na seara jurídica, ressalte-se a repulsa com que tem sido tratado o instituto da *verdade sabida*[227][228] como meio sumário de aplicação de pena a servidores e/ou agentes públicos nos processos disciplinares administrativos. Técnica sumária de punição de servidores submetidos a processos disciplinares, a *verdade sabida* pressupõe a ocorrência pública e notória de uma falta grave por um servidor, o que autorizaria a aplicação de sanções disciplinares por parte da(s) autoridade(s) administrativa(s) superior(es) sem a prévia defesa do acusado. Analisando mandado de segurança que questionava a validade da aplicação do aludido instrumento, o Superior Tribunal de Justiça não considerou válida a aplicação da pena ao servidor sem a necessária oitiva do apenado:

> Mandado de Segurança. Pena disciplinar. Cerceamento de defesa. Critica via imprensa. Verdade Sabida. Conhecimento direto. Estatuto dos funcionários municipais de São Paulo.
> - A notícia veiculada em jornal não importa em conhecimento direto do fato, ante a notória possibilidade de distorções. Por isso, não se convoca o instituto da verdade sabida para fugir a imposição constitucional da ampla defesa.

---

paternidade: "(...) **a dimensão simbólica do Pai transcende em muito a contingência do homem real.** O estatuto de Pai é um puro referente cuja função simbólica é sustentada pela atribuição do objeto imaginário fálico. Todo terceiro que responder a esta função mediatizando os desejos respectivos da mãe e do filho vai instituir, por sua incidência, o alcance legalizador da interdição do incesto. Ora, responder a esta função implica unicamente que seja convocado, em posição de referente terceiro, o significante do Pai simbólico, isto é, o significante fálico enquanto simbolizando o objeto da falta desejado pela mãe. Desse ponto de vista, esta função mediatizante não exige de forma alguma, em última instância, a existência *hic et nunc* de um Pai real, em outras palavras, de um homem. Podemos pois, responder à questão inaugural: **Não é preciso que haja necessariamente um homem para que haja um pai**". (DOR, 1991, p. 42, grifo nosso).

[227] "Além do processo administrativo, pode a Administração utilizar-se de meios sumários para a elucidação preliminar de determinados fatos ou aplicação de penalidades disciplinares menores ou comprovadas na sua flagrância, e tais são a sindicância, a verdade sabida e o termo de declarações do infrator. (...) **Verdade sabida** é o conhecimento pessoal da infração pela própria autoridade competente para punir o infrator. Tal ocorre, p.ex., quando o subordinado desautoriza o superior no ato do recebimento de uma ordem ou quando em sua presença comete falta punível por ele próprio. Em tais casos, a autoridade competente, que presenciou a infração, aplica a pena da verdade sabida, consignando no ato punitivo as circunstâncias em que foi cometida e presenciada a falta. Esse meio sumário só é admissível para as penalidades cuja imposição não exija processo administrativo disciplinar. Tem-se considerado, também, como verdade sabida a infração pública e notória, estampada na imprensa ou divulgada por outros meios de comunicação de massa. O essencial para se enquadrar a falta na verdade sabida é o seu conhecimento direto pela autoridade competente para puni-la, ou sua notoriedade irretorquível. Não obstante, embora sem rigor formal, deve-se assegurar a possibilidade de defesa". (MEIRELLES, 2001, p.656-657, grifo nosso).

[228] Assim remansoso na doutrina e jurisprudência pátria, Gasparini rechaça a utilização de tal instituto no exercício do poder disciplinar da Administração: "(...) meios sumários de apuração de irregularidades e de punição de seus autores não podem ser utilizados em nosso meio, pois aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF), que esses institutos não propiciam. Com efeito, pela **verdade sabida**, a autoridade competente, que presenciou a infração, aplica a pena, consignando no ato punitivo as circunstâncias em que foi cometida e presenciada a falta. Também já se considerou verdade sabida a infração pública e notória, divulgada pela imprensa e por outros meios de comunicação de massa." (GASPARINI, 2006, p.963, grifo nosso). Carvalho Filho (2006), alterando entendimento que outrora possuía, assim leciona: "(...) querermos deixar expresso que qualquer punição funcional, mesmo de natureza leve, pressupõe a instauração de processo administrativo disciplinar, no qual se assegure a garantia do contraditório e ampla defesa ao servidor acusado de prática de fato considerado pela lei como passível de punição. É o que reza, de modo peremptório, o art. 5º, LV da Constituição." (p. 59).

> - recurso provido. RMS 825/SP (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança) 1991/0001662-4 Relator(a) Ministro HÉLIO MOSIMANN (1093) Órgão Julgador T2 - Segunda Turma. DJ 28.06.1993 p. 12870

Curiosamente, em sentido contrário, em julgamento mais recente daquele mesmo sodalício, se admitiu a normatividade de tal instituto jurídico, com a aplicação imediata da pena sem se encetar o processo preliminar investigativo com a respectiva oitiva e a defesa do servidor investigado. Não há dúvidas do retrocesso que significou a mudança de posicionamento do referenciado Tribunal:

> Administrativo. Servidor. Pena disciplinar de suspensão inferior a trinta dias. Desnecessidade de processo preliminar para aplicação de pena de suspensão inferior a trinta dias, nos termos da lei, na hipótese de 'verdade sabida'.
> Recurso conhecido e provido. REsp 62298 / MG (Recurso Especial) 1995/0012486-6 Relator(a) Ministro ASSIS TOLEDO (1066). Órgão Julgador T5 - Quinta Turma. DJ 17.04.1995 p. 9598.

Em alguns julgados mais recentes, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem andado bem ao decidir contrariamente à admissão do aludido instituto, sob lúcida alegação de que não é adequado, sob os auspícios do paradigma democrático de Direito, admitir que a alguém seja impingida alguma sanção/punição sem que seja lhe dada oportunidade de se manifestar, trazendo as suas versões e alegações sobre os fatos que lhe são indigitados. Repousa, no sensato entendimento daquele egrégio Tribunal, a noção de que não se pode imaginar haver uma *verdade* construída a partir de uma única versão dos fatos, mesmo que a testemunha da eventual infração seja uma autoridade pública investida em cargo hierarquicamente superior àquele ocupado pelo indiciado, aplicada por uma comissão sindicante ou mesmo pela casa legislativa a quem incumbe a apuração e a eventual aprovação das contas enviadas pelo edil da municipalidade. Colacionam-se algumas decisões nesse sentido:

> Administrativo - Servidor público - Punição disciplinar não precedida de oportunidade de contraditório e ampla defesa - Nulidade do ato punitivo - MS concedido em primeiro grau - Sentença confirmada, em reexame necessário. Número do processo: 1.0000.00.165096-9/000(1). Relator: Aloysio Nogueira. DJ/MG: 02/02/2001.

> PREFEITO - PRESTAÇÃO DE CONTAS - CÂMARA MUNICIPAL - INOBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA E AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO - AUSÊNCIA DE REGULARIDADE FORMAL DO PROCESSO - INEFICÁCIA DO ATO. No procedimento de julgamento das contas apresentadas pelo Prefeito, o Legislativo não pode dispensar a instalação do contraditório administrativo, nem deixar de possibilitar ao interessado os meios de defesa que lhe são constitucionalmente garantidos. O art. 5º, inciso LX, da CF é expresso no sentido de que, "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes", **não mais prevalecendo o**

> **princípio da "verdade sabida", que amparava a aplicação imediata de pena** (sem negrito no original). Número do processo: 1.0701.00.008853-7/001(1) Relator: Wander Marotta. DJ/MG: 11/11/2004.

Admitir o estabelecimento unilateral de uma acusação, atribuindo-lhe também os seus efeitos imediatos, é algo que afronta sobremaneira a racionalidade discursiva que deve vigorar em nossos tempos. Vale dizer que o uso de decisões solipsistas não são apenas descompassadas e inadequadas ao paradigma filosófico da linguagem hodierna, como também ferem de morte a legitimidade a que se quer dotar o Direito Administrativo contemporâneo.

Assim, quando uma acusação é promovida, o que há são *versões* de fatos pretensamente caracterizados como ilícitos e não o pronunciamento de uma *verdade* acabada e/ou desvelada pela autoridade pública; logo, assegurar o devido processo legal, com o respectivo atendimento do contraditório e da ampla defesa são imperativos constitucionais que a democracia reclama e que os estudiosos do Direito devem considerar com a seriedade que o tema traz. Não obstante, deve ser feita também a ressalva de que a oitiva do acoimado deve ser apta e viável à sua efetiva defesa, devendo ser intransigentemente descartadas as hipóteses as quais o acusado deve promover as chamadas *provas diabólicas*, referentes a fatos negativos e que acabam por subverter a lógica de impossibilidade de uma acusação pessoal ser presumivelmente provada, sem uma acurada apuração dos fatos:

> O Estado Democrático de Direito, do qual o Brasil é signatário, tem na presunção de inocência um de seus princípios, onde qualquer cidadão, inclusive o agente público, não poderá entrar no rol dos culpados pelo cometimento de ato ilícito se não for provado, pelo órgão do ente apurante, que ele cometeu qualquer ato ilícito ou falta disciplinar. As chamadas provas diabólicas, que são plantadas de maneira irregular, obtidas por meios ilícitos ou não, não são admitidas, pois o acusado no processo disciplinar não tem que provar que é inocente de qualquer acusação a ele imputada. (...) Não basta a Comissão Processante refutar as alegações do servidor, com a inversão das posições, tendo em vista que compete ao poder público provar a ocorrência de fatos que desencadeiam em inobservância de normas disciplinares. (MATOS, 2003, p.8-9).

É curioso observar que até mesmo aquele que eventualmente sofrerá os efeitos de uma sanção/punição será também dela co-autor. Admitindo-se a hipótese de um agente investigado por fatos que traduzam *desídia* ou *prevaricação*, o acusado dará também as suas versões e alegações sobre os fatos caracterizadores da infração, dando aos significantes das expressões lingüísticas veiculadoras da decisão administrativa o significado que seja mais adequado ao contexto no qual se insere a discussão. No intuito de convencer seus interlocutores, todos participantes do procedimento administrativo disciplinar tentarão contextualizar os usos das expressões lingüísticas e, por derradeiro, deve ser prolatada a decisão que tenha alinhavado

com sucesso toda a teia argumentativa entabulada na apuração do procedimento administrativo disciplinar.

Obviamente que a atribuição de sentido a um determinado significante pelos interlocutores não pode ser aleatória, não sendo sujeita meramente ao acaso. Caso um dos falantes ofereça um ato de fala que pretenda gozar da atribuição de ser uma *pretensão de validade*, ele deve fazê-lo com o acompanhamento das respectivas razões que o fazem estatuir assim, buscando com isso convencer o seu interlocutor. Tal esforço de convencimento faz com que haja uma conexão intrínseca de ligação entre a função representativa da linguagem e as condições de sucesso da comunicação:

> O falante persegue o objetivo (...) de que o ouvinte não só tome conhecimento de sua opinião, mas que chegue à mesma concepção, que compartilhe, portanto, sua opinião. Mas isso só é possível na base do reconhecimento intersubjetivo da pretensão de verdade levantada (...) O falante só pode alcançar seu fim (...) preenchendo a função cognitiva do ato de fala, ou seja, quando o destinatário aceita como válida a sua asserção. Nesse sentido, há uma *conexão interna* entre comunicação bem-sucedida e representação de fatos. (HABERMAS, 2004, p.10-11).

Não há então *uma* verdade, ontologizada, imutável e eterna, mas sim uma verdade provisória, que se estabiliza mediante uma condição de precariedade, devendo não apenas se justificar mediante sua respectiva fundamentação, mas também devendo estar sempre suscetível ao recebimento de novas críticas e argumentos[229]. Tendo sido estabelecido o competente *resgate discursivo* da pretensão de validade, pode-se dizer que tal assertiva é verdadeira. Mas de forma alguma se poderá querer estabilizar eternamente um determinado conceito, visto que isso sim representaria um acinte à Ciência, que tem como premissa epistemológica a repulsa aos dogmas e às alegações indiscutíveis. Sinteticamente, pode-se dizer que *verdade* é a assertiva discursivamente justificada, sendo mais correto se dizer não que uma sentença normativa é *verdadeira,* sim *provisoriamente-tida-por-verdadeira*, até que um argumento superveniente tenha o condão de desvalorizar a sua força argumentativo-convincente.

Certamente que, para que uma pretensão de validade goze de reconhecimento e normatividade é necessário que haja o necessário acúmulo de razões e fundamentos

[229] "A tensão ideal que irrompe na realidade social remonta ao fato de que a aceitação de pretensões de validade, que cria fatos sociais e os perpetua, repousa sobre a aceitabilidade de razões dependentes de um contexto, que estão sempre expostas ao risco de serem desvalorizadas através de argumentos melhores e processos de aprendizagem que transformam o contexto. Tais qualidades estruturais da socialização comunicativa [...] permitem entender por que não é possível estabilizar definitivamente expectativas de comportamentos sociais, que dependem de suposição de validade falíveis e precárias". (HABERMAS,1997, p. 57).

qualitativamente superiores àqueles que fundamentavam a idéia devidamente substituída. Para que se convençam os interlocutores de uma prática discursiva, é necessário que se entabulem argumentos e alegações que tenham um fio condutor de coerência entre eles, sob pena não ser levada a sério pelos participantes do processo de tomada de decisões. E obviamente, só se poderão convencer os interlocutores através do emprego de enunciados lingüísticos, assim como eles só poderão receber o conteúdo do asseverado nos limites e condições de possibilidade da linguagem. O *real* só existe no interior da nossa linguagem:

> Há hoje um amplo consenso sobre o fato de que a linguagem e a realidade se interpenetram de uma maneira indissolúvel para nós. Só podemos explicar o que é um fato recorrendo a um enunciado factual, e o que é real apenas recorrendo ao que é verdadeiro. Visto que a verdade de opiniões e proposições pode, por sua vez, ser fundamentada ou refutada apenas com o auxílio de outras opiniões e proposições, nós – como sujeitos que refletem – não podemos escapar à ascendência da linguagem. Essa circunstância faz supor um conceito antifundamentalista de conhecimento e um conceito holista de fundamentação; e apenas um **conceito coerencial de verdade** parece ser compatível com ambos. Desse modo, recomenda-se primeiro indagar se o próprio conceito de verdade pode conservar um sentido de validade independente do contexto (...) Não podemos confrontar nossas proposições diretamente com uma realidade que já não seja, ela mesma, impregnada pela linguagem; por isso é impossível distinguir uma classe de enunciados de base que se legitimariam "por si próprios" e portanto serviriam de começo e fim de uma cadeia linear de fundamentação. (HABERMAS, 2004, p. 281-282, grifo nosso).

É nessa relação de total imbricação que a linguagem e a realidade subsistem. Dessa maneira, desaba a compreensão estabelecida por Wittgenstein em seu *Tractatus* de que existiriam isoladamente dois planos distintos da realidade, que seriam a dimensão da proposição lingüística e o estado de coisas a ser referenciado pela linguagem. Iniciada com os gregos, a distinção erigida entre *logos-physis* – como fratura entre uma realidade *genuína* e uma realidade *aparente* – se vê fortemente abalada com as revolucionárias propostas da filosofia da linguagem, pois com esta só se admite a existência do estado de coisas referenciado pela mediação inafastável da linguagem[230].

[230] "Não se pode esquecer que o meio pelo qual ocorre a compreensão é a linguagem. Tanto o pensamento como a comunicação só são realizados lingüisticamente,eis que ela representa o nosso acesso aos fenômenos, a nossa possibilidade de conhecimento. É a linguagem que nos abre o mundo, é através dela que o vivenciamos e nada existe, para o homem, que a ela seja exterior. Assim, a linguagem não pode ser vista como mero instrumento cujo objetivo seja ligar uma subjetividade ilhada (homem) e uma objetividade isolada (coisa). Essa acepção é reducionista, já que não consegue perceber a amplidão do fenômeno lingüístico. A linguagem significa muito mais: além de possibilitar o conhecimento dos fenômenos que nos cercam – eis que sem linguagem não há comunicação –, a ela pertencemos, como se pertence a um grupo ou país; não a possuímos, nela participamos. (...) a linguagem não é um mero conjunto de signos cuja função seja reunir palavras que designam objetivamente coisas postas ao conhecimento de mônadas individuais.(...) se o nosso acesso aos fenômenos é sempre mediado e por isso nunca os enxergamos em suas totalidades compreensivas, mas sempre decotados por nossa visão (que, ao compreender aplicando à nossa situação, os vemos como algo), as palavras que os designam são, então,

Em sendo assim, é inviável estatuir a pretensão de validade de que há *uma realidade em-si*[231]. O que há são interpretações distintas e multifacetadas de vários sujeitos que analisam e compreendem fenômenos expostos às suas interpretações. No intento de estabelecer *o que é verdadeiro,* os falantes da prática discursiva devem oferecer as suas impressões e compreensões acerca *do que é o real*[232].

Do somatório de visões e interpretações possíveis da realidade é que exsurge a construção *discursiva* da verdade, com o cotejo e sopesamento entre as diversas possibilidades, fazendo com que goze do atributo de pretensão de validade aquelas alegações que alcançarem a maior autoridade persuasiva e grau de convencimento. Mais uma vez as situações contrafáticas de fala vislumbradas por Jürgen Habermas assumem papel definitivo na *construção do real*, pois quanto mais inclusivo e permeável a novas acepções, maior chance de êxito do discurso.

Trasladando esse raciocínio para o Direito, a reconstrução de fatos ocasionadores da demanda é imperativa para se prolatar o provimento judicial definitivo. Até mesmo nosso Código de Processo Civil estabelece que a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos na petição inicial é requisito indispensável na propositura da demanda, sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito[233]. Ante o exposto, discutir sobre *fatos* é ofício inevitável dos operadores do Direito envolvidos em qualquer demanda, o que envolve necessariamente a provocativa indagação: o que é *o fato?* Santos busca responder:

> (...) se deve entender o requisito do nº III do art. 282: *o fato* (causa remota) e os *fundamentos jurídicos* do pedido (causa próxima).
> (...) o vocábulo *fato*, no texto que se comenta, tem sentido técnico de *fato constitutivo do direito* e de *fato constitutivo da ação.* Vale dizer que na inicial se devem expor o fato que gera o direito do autor e a obrigação do réu. Assim, ter-se-á que indicar o fato gerador do direito – o contrato de mútuo, o título de domínio – e o fato gerador da obrigação do réu – o vencimento da dívida, a posse do réu.
> A exposição dos fatos deve ser clara e precisa, isto é, devem os fatos ser narrados inteira e ordenadamente, de modo a tirar-se deles a conclusão pretendida pelo autor. (SANTOS, 1989, p.136).

---

convenção e não propriedade intrínseca aos mesmos. Como convenção, não se pode entender que as palavras pertençam ao homem, mas sim à situação." (PEREIRA, 2001p. 50-51).

[231] "A realidade última [poder-se-i-a ler aqui, perfeitamente, real], se é que se pode postular tal entidade, é inefável. O que conhecemos são as diversas formas de realidade manifesta, quer dizer, as formas complexas em que a realidade última atua no domínio (o "nicho ontológico") da vida humana. Muitos cientistas identificaram a realidade manifesta particular que desenvolveram com a realidade última. Este é simplesmente um equívoco". (FEYERABEND, 2001, p.253).

[232] "(...) a verdade de um enunciado não pode mais ser compreendida como correspondência com algo no mundo, pois do contrário teríamos de 'sair da linguagem' por meio da linguagem. Evidentemente, não podemos comparar a expressão lingüística com uma peça da realidade não-interpretada ou 'nua' – ou seja,com um referente que escape à nossa inspeção, sempre presa à linguagem. (...) deve haver uma relação interna entre a verdade e a justificação".(HABERMAS, 2004, p. 243).

[233] É essa a inteligência da combinação entre os Artigos 282, III e 295, I do Código de Processo Civil.

Ora, não existe *o fato em-si*, nem tampouco o *fato-para-mim*, mas sim o *fato-para-nós*. O que há são distintas interpretações do ocorrido a serem desenvolvidas lingüisticamente pelos envolvidos no processo e a serem apreciadas pelo órgão judicante, que ao seu turno também terá acesso ao ocorrido através das narrativas das partes processuais. Para que o juízo possa legitimamente estabelecer quem assevera proposições *verídicas*, deve a entidade judiciária estabelecer uma teia argumentativa/discursiva que leve em consideração todas as possibilidades, alegações e provas trazidas pelos envolvidos no caso, estatuindo em definitivo qual foi a argumentação mais exitosa no litígio. Para ser legítimo, tal provimento judicial deve observar o reclame inafastável da fundamentação[234] e da consideração do lastro probatório carreado aos autos, bem como deve atender as situações contrafáticas de fala, reconhecidas pelo Direito pátrio como garantias fundamentais do cidadão. A racionalidade da cognição do procedimento jurisdicional para construir a decisão definitiva (que em última instância é também uma pretensão de validade) é foco de preocupação incessante dos juristas inseridos no paradigma da racionalidade comunicativa:

> (...) quando é suprimida a produção de provas em nome do "livre convencimento" do juiz (art. 131, CPC) ou de uma *justiça rápida* ou pela retórica da singeleza dos casos, temos a ilusória resolução das demandas pelo delírio enganoso do consenso ou pela utopia do diálogo inesclarecido ou a terminação do caso pelo esquecimento do conflito. Exercer *jurisdição sem procedimentação* é abolir a prova legal de existência do *due process*, porque, para existir *processo*, é preciso produzir procedimento (espaço-tempo formalizado), segundo a lei asseguradora da ampla defesa, contraditório, isonomia, direito ao advogado e a gratuidade dos serviços judiciários na defesa de direitos fundamentais. (...) A lei constitucional brasileira (CR/88), ao adotar o "devido processo legal" (Art. 5º, LIV), institui **a hermenêutica cognitiva como meio legal amplificado de verificação dos fatos.** A cognição é modo legal de verificação pelo procedimento instrumentalizado. A prova procedimental (existência de procedimento) é direito- garantia inafastável da cognição, por que somente a interpretação volitiva das autocracias ou democracias imperfeitas é que afastam a prova, em sua plenitude teórica, em troca dos devaneios e ideações judicantes. (LEAL, 2001, p. 357, grifo nosso).

---

[234] "(…) no Estado Democrático de Direito, a exigência constitucional de fundamentação das decisões jurisdicionais tem assento em quatro razões lógica e juridicamente relevantes:
1ª) controle de constitucionalidade da função jurisdicional, permitindo verificar se o pronunciamento estatal está fundado no ordenamento jurídico vigente (princípio constitucional da legalidade ou da reserva legal);
2ª) tolhimento da interferência de ideologias, de subjetivismos e de convicções pessoais do agente público julgador no ato estatal de julgar;
3ª) verificação da racionalidade da decisão, ao apreciar os argumentos desenvolvidos pelas partes em contraditório e ao resolver analiticamente as questões discutidas no processo, a fim de afastar erros de fato e de direito (erros judiciários) cometidos pelos órgãos jurisdicionais, causadores de prejuízos aos litigantes;
4ª) possibilidade de melhor estruturação dos recursos eventualmente interpostos, proporcionando às partes precisa impugnação técnica e jurídica dos vícios e erros que maculam as decisões jurisdicionais". (DIAS, 2005. p. 159-160).

Mutatis mutandi, quando o Poder Judiciário condena determinado cidadão, o Estado estatui ser *verdade* que uma determinada conduta antijurídica foi praticada, e que tal comportamento deve ser coibido pelo aparato oficial, sendo possível até mesmo que seja exercida a coação pelo Estado. Mas para estabelecer tal provimento judicial, é necessário ter sido aberta a máxima possibilidade de participação de todos os envolvidos naquela determinada contenda; não somente o réu e a vítima, mas também todos os demais envolvidos na demanda, os possíveis atingidos e prejudicados. Somente amealhando razões, argumentos e alegações distintas é que se conseguirá tecer a rede argumentativa destinada ao convencimento dos implicados na refrega, podendo estabelecer *àquele momento,* o que será tido por verdade.

Abandona-se então a aspiração científica de desvelar o pretenso manto mítico da verdade, sendo ocioso que se lance mão de expedientes metafísicos, inspirados pelos postulados da filosofia platônica. A racionalidade comunicativa contemporânea assenta que não há como insistir na missão de tentar encontrar uma *verdade revelada*, mas somente formular enunciados normativos que se apresentem como *pretensões de validade*, sempre dotados do predicado da precariedade.

Em síntese: *a verdade* é resultante de construção lingüística intersubjetiva/discursiva, estabelecida pela contraposição e sopesamento de argumentos em um determinado contexto histórico e social, tendo o atributo de *precariedade* por estar sempre sujeita às críticas e novas ponderações, em um processo reconstrutivo, infinito e inexorável de aposição de novas críticas e questionamentos. Nada mais, nada menos.

6 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO. A CRISE PARADIGMÁTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO.

Os efeitos da evolução da racionalidade científica, que volveram as atenções dos estudiosos para a necessidade de inclusão e inserção do maior número de argumentos possíveis no debate científico, foram sentidos pela Ciência Jurídica. Mais do que uma alegoria acadêmica, a permeabilidade da arena pública do cenário jurídico-político à participação popular é exigência científica e filosófica, visto que quanto mais variados os argumentos aduzidos na prática discursiva, maior a probabilidade de acerto e racionalidade nas conclusões oriundas dos foros de discussão[235].

O constitucionalismo brasileiro acabou por testemunhar a positivação do regime democrático com o advento da Constituição da República de 1988. Após anos de repressão ideológica e condução autoritária do processo político, a sociedade brasileira se vê às voltas com o desafio de implementar uma dogmática jurídica paradigmaticamente adequada aos reclames democráticos[236], donde figura a Constituição como o centro de gravidade do sistema jurídico:

> Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do Século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. **Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos.** (...) Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas decisões. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. (...) cabe

[235] "(...) ampliou-se a exigência de abertura de novos canais, formais e informais, de atuação política, notadamente os que se apresentem como os mais aptos para a defesa e a promoção desses múltiplos interesses, num processo que ganha momento no convívio social e daí ascende ao convívio político. Está-se diante de um poderosíssimo fator de mudança diretamente influente sobre a legitimidade das decisões políticas, denotando uma retomada da ação e da responsabilidade da sociedade na condução desses processos, não obstante ter ficado deles durante tanto tempo afastada, afogada sob as vagas avassaladoras das ditaduras, das ideologias de esquerda e de direita, e das burocracias e das tecnocracias autocráticas que devastaram a vida política no século vinte. **É a consciência desse distanciamento e da necessidade de superá-lo que tem dinamizado o crescimento e a diversificação dos métodos participativos com o intuito de revertê-lo, produzindo, além da já tradicional representação política, as formas diretas e indiretas de expressão vinculativa da vontade, com atuação perante quaisquer dos Poderes constituídos**". (MOREIRA NETO, 2004, p.13, grifo nosso).

[236] "As idéias de direitos fundamentais e democracia representam as duas maiores conquistas da moralidade política em todos os tempos. Não à toa, representando a expressão jurídico-política de valores basilares da civilização ocidental, como liberdade, igualdade e segurança, direitos fundamentais e democracia apresentam-se, simultaneamente, como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado Democrático de direito. Assim, toda a discussão sobre o que é, para que serve e qual a origem da autoridade do Estado e do direito converge, na atualidade, para as relações entre a teoria dos direitos fundamentais e a teoria democrática". (BINENBOJM, Gustavo, 2005,p. 49).

> registrar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do *status quo*. (BARROSO, 2005, p. 5-6, grifo nosso).

Norteando e abalizando as condutas humanas, as normas constitucionais assumem a condição de *fundamento de validade* de quaisquer deliberações, fazendo com que ocupem o *locus* privilegiado de autoridade máxima dentro do Ordenamento, não havendo como negar-lhes normatividade, sob pena de insanável incongruência científica no seio do Direito. Tendo em vista o fato de que o Direito é sistema normativo coativo, as normas jurídicas não podem ser tidas por meros conselhos, uma opinião, sugestão de comportamento ou mandados otimizáveis[237]. Jürgen Habermas (1997) critica com lucidez tal posicionamento:

> Quando princípios colocam um valor, que deve ser realizado de modo otimizado e quando a medida de preenchimento desse mandamento de otimização não pode ser extraído da própria norma, a aplicação de tais princípios no quadro do que é faticamente possível impõe uma ponderação orientada por um fim. (...) Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. (...) A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura (...). (p. 315, grifo nosso)

Vale ressaltar que a posição ocupada pela Constituição não pode ser aquela idealizada por Hans Kelsen, que acabava por apelar para a existência de uma entidade metafísica que

---

[237] Reside aqui mais uma importante contradição encontrada na teoria daqueles que equiparam normas jurídicas a valores. Não há espaço para a existência de juízos voláteis e relativistas no Direito: as normas jurídicas estabelecem que uma conduta é *lícita* ou é *ilícita*. Quando se tem por referência os *valores*, há a ausência de coação estatal quando se percebe o desrespeito a eles. Vamos a um exemplo prático: eu *posso* fazer doações e repasses para instituições de benemerência, sob o meu indevassável critério e juízo moral. Faço-o se quiser. Entretanto, caso a República Federativa do Brasil entenda por bem criminalizar uma conduta humana, deve o Congresso Nacional promulgar uma *lei* descrevendo a conduta e a sua respectiva pena, não sendo cabível que atos pretéritos à promulgação da lei sejam penalizados. Em suma: o PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL, estabelecido pelo Art. 5º, XXXIX da Constituição da República, não é um mandado otimizável, um convite passível de ser desatendido pelo Estado. É esse raciocínio que nos permite classificar o entendimento de Gilmar Mendes como **equivocado**. A saber: *"É que, diferentemente das regras de direito, os princípios jurídicos não se apresentam como* imperativos categóricos, mandatos definitivos *nem* ordenações de vigência *diretamente emanados pelo legislador, antes apenas enunciam* motivos *para que o seu aplicador se decida neste ou naquele sentido. Noutras palavras, enquanto em relação às regras e sob determinada concepção de justiça, de resto integrada na* consciência jurídica geral, *o legislador* desde logo *e com exclusividade define os respectivos* suposto *e* disposição, *isto é, cada hipótese de incidência e a sua respectiva conseqüência jurídica, já no que se refere aos princípios jurídicos – daí o seu caráter* não conclusivo (...) *diríamos que,* ***em si mesmos, os princípios não são – ou*** **ainda** ***não são – regras suscetíveis de aplicação direta e imediata, mas apenas*** **pontos de partida** ***ou pensamentos diretores, que sinalizam*** *– aí se detém o legislador – para a norma a ser descoberta ou formulada por quem irá aplicá-la conforme as exigências do caso"*.

fundamentasse/legitimasse o Direito (*grundnorm*). Se no paradigma da racionalidade comunicativa não há mais lugar para legitimação do Direito somente pelo formalismo legalista, o mesmo raciocínio se aplica quando se rechaça que a Constituição represente uma alegoria mítica, como se dotada de atribuições e características fantásticas. Revelando-se a *prática discursiva* como sendo a pedra de toque do paradigma do Estado Democrático de Direito, transmuta-se a própria noção de Constituição, que passa a se apresentar como o meio institucional viabilizador da interação constante entre os participantes do processo político[238]. O fundamento de validade do Direito desce ao terreno mundano dos homens. Nem a lei como expressão da reta razão humana nem o Estado como superego da sociedade civil; é a prática discursiva viabilizada pela Constituição que dá lastro científico ao Direito. Meyer sintetiza bem tal noção:

> Inicialmente concebida como um arcabouço para a modelação dos Poderes Públicos, ou seja, do Estado, a Constituição é concebida de acordo com as influências do *paradigma* vigente em determinado momento histórico. Assim é que, ante o paradigma do Estado liberal de direito, a Constituição apenas dava forma ao Estado, delineando-o segundo a necessidade de frear os poderes do governante; com o advento do paradigma do Estado social de direito, tornou-se a Carta Magna um repositório de direitos de outras ordens que não apenas aquelas curiais ao liberalismo, ou seja, inserção de direitos sociais e econômicos redefiniu a postura de abstenção do Estado e mudou as relações entre este e a Sociedade; de outra parte, o que se tem com o Estado democrático de Direito é, outrossim, a absorção pelo texto constitucional de novas categorias de direitos acompanhadas da instrumentalização do cidadão de meios eficazes para consolidá-los faticamente, podendo, ainda, se fazer notar, enfaticamente, novas concepções de democracia..(MEYER, 2003, p.169)

Perceba-se que as feições assumidas pela Carta Magna são mutáveis de acordo com a evolução da realidade social na qual ela se insere. E em sendo assim, nos dias hodiernos do pós-positivismo, não pode a Constituição assumir o tacanho papel de enumeração de valores estáticos compactuados socialmente (ou mesmo um rol de preferências axiológicas imutáveis de uma comunidade), pois sendo assim concebida, não logra êxito em se caracterizar como mecanismo de transformação e integração social, mas sim como um mero instrumento jurídico para a manutenção do *status quo*, no papel reacionário de refrear mudanças sociais que critiquem e reflitam sobre a legitimidade dos valores estabelecidos em uma sociedade[239].

---

[238] "Tudo o que se encontra na Carta Fundamental deve ser visto como tendente à eficácia. Sob tal prisma, o intérprete precisa reconhecer a presença digital da eficácia, inclusive ao cuidar de dispositivos não auto-aplicáveis. Em nosso ordenamento,lícito asseverar que o efeito vinculante (maior ou menor) sempre emana dos preceitos constitucionais em sintonia com o intérprete maduro e dialético, que não os vê como objetos inertes". (FREITAS, 2003, p.174).

[239] Nesse aspecto dissente-se veementemente do posicionamento de parcela respeitável da doutrina constitucionalista pátria: "Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos

Fosse assim, a sociedade brasileira estaria fadada a manter-se implacavelmente fiel às suas primevas tradições, costumes e crenças, realocando a Constituição no papel desempenhado pela Bíblia Sagrada quando dos julgamentos de crimes contra a fé católica, anteriormente à Reforma Protestante.

Nesse talante, o manejo de técnicas hermenêuticas tais como *fórmulas de peso*[240] ou mesmo o uso do *princípio da proporcionalidade*[241] não nos parece ser o melhor caminho a ser trilhado pelos estudiosos do Direito, haja vista que os critérios dessas medidas acabam por pressupor concessões recíprocas na colisão/concorrência havida em princípios jurídicos, o que acarreta invariavelmente na oferta do subjetivismo intolerável ao aplicador do Direito.

---

valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete". BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. em Revista de Direito Administrativo, São Paulo. v. 225, jul/set 2001. Assim também entende Gustavo Binenbojm: "(...) sempre que a própria Constituição ou a lei (desde que agindo constitucionalmente) não houverem esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à Administração lançar mão da ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando a sua máxima realização. De modo análogo às Cortes Constitucionais, a Administração Pública deve buscar utilizar-se da ponderação, guiada pelo princípio da proporcionalidade, para superar as regras estatísticas de preferências atuando circunstancial e estrategicamente com vistas à formulação de *standards* de decisão.*"*. em **Uma teoria do Direito Administrativo**. p. 105.

[240] "O ponto de partida da elaboração da *Fórmula do Peso* não poderia ter sido outro senão a própria *Lei do Sopesamento* enunciada por Alexy, como se disse, como definição da proporcionalidade em sentido estrito. No enunciado desta máxima, já se pode considerar como contidos, *in potentia*, todas as variáveis que compõem a fórmula de Alexy. Por comodidade, vale reproduzir a já enunciada *Lei de Sopesamento*, tal qual formulada por Alexy: [1] Quanto maior for o grau de interferência em um princípio [Pi], maior deve ser a importância em se realizar um outro [Pj].Em primeiro lugar, a análise atenta desta *Lei de Sopesamento* já sugere que a solução de eventual conflito entre princípios ou valores irá consistir na tentativa de se atribuir pesos ou grandezas distintas, de modo a se estabelecer qual o mais preponderante na situação em que eles entraram em conflito – quer dizer, em uma situação concreta, pois dificilmente valores entram inteiramente em conflito, no plano abstrato. Daí se inferir que o resultado da ponderação, ou seja, da aplicação da *Lei de Sopesamento* – e conseqüentemente,o resultado do uso da *Fórmula de Peso* – é precisamente, a atribuição destes "pesos" ou "grandezas" distintas de um valor em relação ao outro, embora não possa ficar excluída, de antemão, uma situação de impossibilidade (epistêmica) de se obter pesos distintos. Dito de outro modo, o resultado da *Fórmula de Peso* a ser extraída da referida *Lei do Sopesamento* é a atribuição de *pesos relativos* de princípios em conflito, a fim de que se possa estabelecer se e em que medida um deve preponderar sobre o outro, precisamente por ter um maior *peso relativo*, sem excluir a possibilidade de que, ao fim e ao cabo, *ambos os princípios em conflito tenham pesos relativos idênticos*". Em segundo lugar, a própria Lei do Sopesamento também já sugere que esse cálculo há de ser realizado, tomando-se em conta a interferência que a realização de um dos valores em conflito causa no outro, bem como a interferência que sofrerá o primeiro com a omissão em realizá-lo, em nome da defesa ou realização do segundo*"*. (GUERRA, 2006, p. 57-58).

[241] "(...) os direitos fundamentais, de alto teor valorativo, apresentam-se constitucionalmente sob a forma de 'princípios', como espécies normativas cujo grau de generalidade e abstração não apenas é maior, como demandam do intérprete o máximo do seu aproveitamento. Por isso, toda decisão levada a restringir um direito fundamental, ainda que em benefício de outro (ou do mesmo sob interesse de outrem), deve estar suficientemente amparada num juízo de proporcionalidade. E, como orientação geral do Estado Democrático de Direito, os parâmetros capazes de construir tal juízo traduzem-se numa norma maior, que passa a ser denominada 'princípio da proporcionalidade'". (CAMARGO,2005, p. 229).

Outra aporia percebida na técnica da ponderação de valores é a sua premissa metodológica de existência de um núcleo indevassável de um princípio jurídico. Não há dúvidas de que tal concepção repousa seus fundamentos epistemológicos no anacrônico paradigma da filosofia do objeto, por imaginar ser tarefa do jurista desvelar o núcleo mínimo de um princípio jurídico, como se fosse possível descobrir a sua *forma* ou *essência* básica. Como demonstrado alhures, Wittgenstein já acusava o equívoco de se buscar a essência das expressões lingüísticas, apontando para a necessidade de se indagar acerca da *contextualização* dos conceitos nos jogos de linguagem nos quais eles estejam inseridos. Em sendo assim, pergunta-se: qual o cerne intangível do princípio da impessoalidade na Administração Pública insculpido constitucionalmente? A previsão (também constitucional) da possibilidade de nomeação de servidores públicos em cargos comissionados afetaria esse núcleo mínimo? Não seria o caso concreto o responsável por dar sempre uma nova roupagem às respostas jurídicas? Antonio Henrique aponta com lucidez um caminho alternativo possível que evita essa perspectiva *ontologizante* da linguagem que a ponderação de valores promove:

> Os princípios são normalmente exteriorizados na forma de conceitos, expressões textuais que condensam uma parte considerável da experiência jurídica, devidamente sistematizada. (...)
> O verdadeiro desafio do intérprete jurídico consiste em "desconcentrar" os conceitos que veiculam os princípios, em desmontá-los, em perscrutar-lhes os mínimos detalhes e componentes. Não é árdua a tarefa de descortinar o princípio da igualdade? Não é difícil definir os contornos da moralidade? Quantos volumes são necessários para descrever democracia? Sem dúvida, realizar uma ponderação apressada e baseada numa leitura superficial dos princípios é extremamente mais fácil que verdadeiramente interpretar. (...) Quanto mais se meditar sobre o conceito, quanto mais for pesquisado seu conteúdo e sua formação, mais questões relevantes surgirão. A solução do caso concreto passa, pois, necessariamente, pela resposta a inúmeras questões *in thesi* referentes aos conceitos em jogo. (SILVA, 2002, p.20-21)

Na defesa da *ponderação de valores*, também não são suficientemente convincentes os argumentos aduzidos por Robert Alexy - a quem se tributa o mérito de desenvolver a técnica da *ponderação de valores*, em sua recente obra *Constitucionalismo Discursivo*[242]. O autor busca refutar as críticas a que lhe são dirigidas com espeques no julgamento de *leading case* pela Suprema Corte Alemã, na qual foi examinada a licitude da conduta de um magazine denominada "*Titanic*", que se referenciava a um oficial militar reformado como uma pessoa *aleijada*, o que fez com que o ofendido buscasse o Poder Judiciário alemão requerendo a respectiva indenização pela eventual afronta desproporcional ao seu direito da personalidade.

[242] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

O fato da sentença prolatada em primeiro grau ter sido confirmada pela Corte superior – tendo sido as duas decisões devidamente fundamentadas – Alexy aduz que os *pesos* atribuídos aos princípios jurídicos colidentes (quais sejam a "liberdade de expressão" e o "direito da personalidade") foram idênticos nas duas instâncias judicantes, que deram ganho de causa ao requerente, por considerar que a gravidade da ofensa autorizaria a indenização, querendo Alexy dizer com isso ter sido afastado o *subjetivismo* e o *decisionismo* judicial. Não obstante, a aludida *atribuição dos pesos* aos princípios jurídicos teria sido auxiliada por sua fórmula hermenêutica, o que fez com que Robert Alexy imaginasse ter garantido a cientificidade de sua Lei do Sopesamento.

Ocorre que o simples fato de ter-se confirmado, numa instância superior, o pronunciamento judicial não é justificativa apta a dar a nenhum enunciado jurídico científico o condão de racionalidade e adequação. Por muitas vezes, a Ciência Jurídica presenciou a persistência de juízos que se mostraram equivocados, mesmo que abalizados concomitantemente por autoridades e mesmo por estudiosos renomados. Anda bem Leonardo Ferraz ao estatuir que a mera verificação de confirmação de resultados não implica uma definitiva aferição de racionalidade dos métodos empregados[243].

Somando valor ao seu posicionamento, Ferraz refere-se ao mesmo *leading case* para indicar que aquela Corte não considerou procedente o pedido de indenização pela referência ao autor da demanda como sendo um "nascido assassino". Ferraz questiona a racionalidade da Corte alemã ao distinguir os pesos das intervenções promovidas pelo maganize: "quem pode dizer, com segurança, que 'nascido-assassino' é uma intervenção leve e 'aleijado' é uma intervenção grave ou gravíssima?". Seriam os critérios pré-estabelecidos por Alexy os elementos fidedignos de legitimidade das decisões daquela Corte? Por certo que não.

Felipe Faria de Oliveira, em posicionamento sensato a respeito do tema, aduz que:

> (...) ao elaborar sua "fórmula-peso" como resposta às decisões jurisdicionais, Alexy se situa, sem perceber, na filosofia da consciência e na pré-determinação metodológica há muito banida pelo giro hermenêutico gadameriano. Em um aparente retrocesso hermenêutico, Alexy chega a descrever matematicamente como se daria referida equação principiológica (...) Ora, já visto e concluído que a transposição de uma lógica metódica e matemática à construção de um juízo normativo é tão absurda quanto a tentativa de se aplicar as leis da física às lides jurisdicionais. (...) Vale sempre lembrar que o Direito se mostra como um produto da construção incessante e participativa dos envolvidos e afetados pelas normas, e não uma valoração de medidas e pesos dos princípios por parte de uma elite magistrada apoiada em fórmulas de exatidão jurídica[244].

[243] FERRAZ, 2007, p.149.
[244] OLIVEIRA, Felipe Faria, 2007.

Por derradeiro, é imperioso também questionar o papel reacionário e conservador que a técnica de ponderação de valores exerce nas comunidades político-jurídicas, pois se presta sobretudo à manutenção da moralidade convencional dessas comunidades. Não se pode olvidar que a tarefa de questionar, criticar e rever conceitos e valores são fenômenos ínsitos à evolução das sociedades, sendo acentuadamente percebidos nos aludidos tempos de *modernidade líquida*, donde as sociedades se rebelam contra a legitimidade de quaisquer centros normativos monopolizantes/sufocantes que não abram possibilidade para novéis críticas e reflexões. Nessa toada, é inaceitável que um dos Poderes Estatais (seja ele o Poder Executivo ou o Judiciário) se arvore em exclusivo emissário-garantidor de valores, hábitos, tradições e preconceitos sociais irreflexivos:

> No marco do paradigma do Estado Social, a jurisdição constitucional, independentemente do sistema jurídico concreto, assumiu o papel de legislador concorrente ou ao menos subsidiário, na sua forma negativa ou positiva, no sentido da realização de uma suposta "ordem concreta de valores", subjacente à ordem constitucional, que desenvolveria as convicções axiológicas, tidas como majoritárias, para não dizer homogêneas, na sociedade.
> Assim, a jurisdição constitucional teria o papel de corrigir ou até mesmo antecipar-se ao Legislativo, compreendendo o Direito no sentido da realização do que a nação corporificada no Estado entendesse como o bem-comum, materializado através de determinadas condições sociais e possibilidades políticas definidas no interior das burocracias. (...) Partindo-se, com razão, de uma imagem de sociedade descentrada, em que vários "deuses" e "demônios" (...) convivem e concorrem para o florescimento humano, essa visão paradigmática da jurisdição constitucional, excessivamente materializada, realizadora de modelos-padrão de bem-estar, é inconcebível.
> A tudo isso, acrescenta-se o déficit democrático de uma jurisdição cujos titulares não foram sequer eleitos pelos cidadãos e que assume o papel de um superpoder que interpreta a pretensa "vontade" ou "intenção" fundadora daqueles que legislativamente burilaram o texto constitucional[245].(grifo nosso).

Lado outro, sendo atento ao necessário papel de uniformização de comportamentos que o Direito é imbuído, não se esquece que uma norma (seja ela estabelecida em sede constitucional ou não) está impregnada por uma carga valorativa[246], mas também se deve alertar que tal carga deve ser interpretada sob o enfoque de uma moralidade *pós-convencional*, que tenha como pressuposto epistemológico a noção de tolerância e respeito às

[245] OLIVEIRA, 2001, p. 133 e 134.
[246] CRUZ explana com percuciência: "Está claro que qualquer ordenamento jurídico traz a expressão de valores que tem a pretensão de contribuir para a estabilização das expectativas racionais de comportamento. Contudo (...) o Direito opera sob um código binário [lícito/ ilícito] que o faz distinto da noção de gradualidade inerente aos valores. Ademais, quando Larenz expõe seu ponto de vista (...) deixa claro transparecer sua visão comunitarista da sociedade: ele entende haver um 'ethos jurídico' dominante capaz de fornecer quais seriam os valores dominantes para fins da aplicação do Direito. Contudo, em sociedades profanizadas como as atuais, fica difícil estabelecer de modo a priori quais os conteúdos desse ethos, eis que os projetos pessoais e as concepções do seja 'vida boa' são as mais distintas em termos de religião, moral, ética, economia, opção sexual etc.". (p. 279).

diferenças, homenageando assim o *pluralismo político*[247] como dever de toda sociedade deveras civilizada.

Angariam-se as duas principais facetas da Ciência Jurídica: de uma banda o aspecto uniformizador de condutas e a sua possibilidade de estabilizar minimamente as expectativas sociais e, doutra, a sua capacidade de transformação através do viés da solidariedade social. Somam-se os principais acertos das duas grandes modelagens teóricas de estrutura estatal, não se negligenciando do dever de perscrutar por respostas mais convincentes no trato de problemas advindos na história do Direito. Se, na derrocada do paradigma liberal, as críticas eram volvidas à ausência de mantença egoísta das individualidades dos cidadãos - na ingenuidade da atribuição da legitimidade pelo formalismo legalista, no paradigma social, algumas das críticas mais argutas se baseiam na credulidade com que se atribuiu aos agentes estatais o ministério exclusivo de consecução do bem comum. Logo, se os liberais pecaram em seu *fetichismo legalista*, também não são mais felizes os que defendem que somente ao Estado caibam benesses, prerrogativas e potestades, sob a ilusória chancela do Estado como promotor exclusivo do *bem estar social.*

Como solução proposta, o paradigma procedimentalista do Direito aduz pelo respeito à igualdade de oportunidade de fala dos cidadãos, o que perpassa necessariamente pelo inevitável atendimento ao *respeito aos direitos fundamentais*[248], que engloba em seu bojo os direitos fundamentais de participação nas deliberações da arena pública. Todo e qualquer subsistema normativo do Direito deve ter como compulsório referencial o regime democrático, e via reflexa, os direitos fundamentais:

> Não há democracia sem que o direito fundamental à participação política, social e econômica esteja plenamente assegurado. Não há participação política sem que o traçado da democracia se mostre firme.
> Por isso mesmo, todas as Constituições, que desde os primeiros momentos do Estado Moderno estamparam em suas normas o veio da legitimidade do poder na

[247] Vale lembrar que a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu Artigo 1º, V que o pluralismo político é um dos *fundamentos* da República Federativa do Brasil.

[248] "(…) qualquer forma de regulação estatal não comprometida com a proteção de um núcleo de direitos fundamentais (e, logo, com o ser humano e com o cidadão), não comprometida com a ética da modernidade e sua racionalidade, não é propriamente uma Constituição. E esta crítica pode voltar-se para a visão que, hoje, os neoliberais têm do fenômeno constitucional, pois o reduzem a um simples instrumento de governo e de economia, totalmente descompromissado com os direitos fundamentais, que deixam de ser o seu núcleo e passam a ser espécies de 'concessão', direitos que substanciam o 'resto' do banquete e da lógica dos incluídos (...) Portanto, é a partir dos direitos fundamentais (pois são os direitos vinculados à proteção do homem) que se deve compreender uma Constituição. Esses é que justificam a criação e desenvolvimento de mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder. Estado de Direito, princípio da legalidade, separação dos poderes, técnicas de distribuição do poder no território e mecanismos de controle da Administração Pública, por exemplo, são instrumentos que giram em torno da proteção daqueles direitos fundamentais que, embora historicamente tenham se desenvolvido e se modificado, permaneceram como núcleo legitimador do Estado e do Direito". SCHIER, 2005, p. 221-222.

> soberania do povo, acentuam a imperiosidade de sua participação política permanente e responsável na realização dos fins da sociedade estatal, prevendo, inclusive, instrumentos de sua atuação direta, ao lado dos mecanismos de representação.
> Por essa precípua natureza de ser o coração da democracia é que a forma de expressão do povo no exercício do poder do Estado, vale dizer, o modo como se dá a sua participação é determinante para se ter um certo modelo de democracia adotada**.** É exatamente a participação do cidadão que manifesta a extensão do exercício da liberdade individual e social, a condição do princípio da igualdade no Direito. Como se dá a participação política do cidadão e, principalmente, o grau e a forma livre de exercício dessa atuação, e a efetividade dos resultados de tal participação é que configuram o paradigma democrático acolhido em dada sociedade. (ROCHA, 1996, p.115-116, grifo nosso).

Embora com grande aceitação e ressonância favorável na doutrina majoritária, o posicionamento de que os direitos fundamentais são elementos norteadores da condução do processo político acaba por receber ácidas críticas. Talvez pela insegurança em se trabalhar com uma concepção revolucionária e distinta de toda a tradição autoritária com que o Brasil se habituou a conviver, ainda há na literatura do Direito Administrativo certo temor na defesa da equanimidade de posições entre a Administração Pública e seus administrados[249]. Urge então fazer o contraponto: se como já demonstrado, parte da doutrina administrativista peca por relevar apenas o viés liberal da disciplina jurídica, por outro lado há também a existência de posicionamentos portentosos em favor de uma Administração Pública que se estabeleça sempre em posição hierarquicamente superior aos seus administrados. É exemplar a lavra de Alice Borges:

> De repente, uma plêiade de jovens e conceituados juristas – animados, força é que se diga, pela mais cristalina e louvável das intenções – ergue-se na defesa da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, em salutar movimento em prol da constitucionalização do direito. Para tanto, resolve congregar forças para *desconstruir (sic)* o princípio da supremacia do interesse público, como sendo a base de um autoritarismo retrógrado, ultrapassado e reacionário do direito administrativo.
> À primeira vista, tais colocações assustam os aplicadores do direito, em sua cruzada contra as prerrogativas da Administração Pública, baseadas na necessidade e preservação da supremacia do interesse público, agora tidas como resquício de uma concepção reacionária do direito administrativo, e trazem uma certa perplexidade.
> Se a Administração Pública, no exercício de suas funções, não pudesse usar, por exemplo, de certas prerrogativas de potestade pública, tais como a *imperatividade,*

[249] Moreira Neto denuncia a dificuldade encontrada em verter a mentalidade autoritária e utilitarista da doutrina administrativista clássica: "Assim, no horizonte prescrutável da instituição estatal, é de se esperar o prosseguimento da tendência à pluralização das instituições participativas, não só multiplicando-as e facilitando a aplicação das mais tradicionais (...). Por certo que não será apenas a existência desses institutos postos à disposição das pessoas e das diversas entidades da sociedade civil que transformarão, como por milagre, sociedades politicamente atrasadas em sociedades democraticamente avançadas e, com maior razão, sociedades pobres em sociedades afluentes, mas como bem observa Celso Bastos, 'retirando dos Poderes Públicos o monopólio com que desfrutaram, nesse campo, automaticamente está-se-lhes a impor uma saudável competição sob cujo estímulo eles certamente acabarão por deixar a inércia em que gostosamente e por muito tempo se embalaram'." *Mutações do Direito Administrativo.* (p. 14).

> a *exigibilidade* e a *presunção de legitimidade dos seus atos*, nem, em circunstâncias especiais perfeitamente delineadas pela lei, a *auto-executoriedade* de certas medidas urgentes, então teríamos um verdadeiro caos. Ficaríamos com uma sociedade anárquica e desorganizada, e os cidadãos ver-se-iam privados de um de seus bens mais preciosos, que é o mínimo de *segurança jurídica* indispensável para vida em sociedade[250].

Malgrado os argumentos dissonantes, na racionalidade contemporânea, não há como coadunar com uma modelagem estatal que não tenha por baliza a incessante garantia dos direitos fundamentais, conjugando a possibilidade do cidadão exercer suas aptidões individuais na mesma medida com que a coletividade social exerce a sua integração através da mantença de identificação de comunidades. Com isso, até mesmo as noções de *segurança jurídica* hão de ser revisitadas e enquadradas adequadamente aos paradigmas atuais da racionalidade e cientificidade, pois assim como já longamente explorado, as metódicas cartesianas já se revelaram imprestáveis para garantir *previsibilidade* e *certeza* na ocorrência de fenômenos científicos, sejam eles jurídicos ou não[251].

Ato contínuo, por serem os direitos fundamentais o propósito da existência do Direito, revela-se clara a obsolescência do *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado* como pauta substantiva de resolução de conflitos e de legitimação do Direito Administrativo, pois se impossível é definir aprioristicamente o que seja *o* interesse público, é fundamental a defesa dos direitos fundamentais de participação política para que no caso concreto seja definido o seu conteúdo conceitual[252]. Não é por outra razão que se diz comumente que o Direito Administrativo contemporâneo sofre uma *crise paradigmática*[253]

---

[250] BORGES, 2006, p.30.

[251] Oportunamente se aprofundará com maior vigor estudo do conteúdo conceitual do sentido e significado atuais da expressão lingüística *segurança jurídica*, que fará com que devam ser revistas as corroídas compreensões acerca da matéria, tal como a de Alice Borges, acima colacionada.

[252] "A diversificação dos interesses protegidos pela ordem jurídica já não mais se enquadra na clássica summa diviso entre privados e públicos. A caracterização dos interesses coletivos e dos difusos, interpenetrando-se e compondo-se com aqueles tradicionais, tem apagado a confortável nitidez que existia e criado perplexidades classificatórias. Não obstante, mesmo sem profunda reflexão, é inegável que há grandes coincidências entre o interesse difuso e o público, como as há entre este e inúmeros interesses coletivos. A sociedade, tomada em seu conjunto ou considerada em segmentos diferenciados, porfia em assumir distintas posturas e de se expressar por variadas formas de atuação direta quando se trata da sustentação de certos interesses, que refletem valores particularmente mais sensíveis para ela, ou para aquelas frações. Por isso, observadores argutos (...) concordam que 'O interesse público não pertence à própria Administração como seu próprio, mas ao corpo social...', levando publicistas (...) a concluir que: 'Após uma concepção da Administração detentora do monopólio do interesse público, emerge entendimento de que a Administração deve compartilhar tal atribuição com a sociedade". MOREIRA NETO, 2004, p. 127.

[253] "(...) erige-se hodiernamente a idéia de constitucionalização do direito administrativo como alternativa ao déficit teórico apontado nos itens anteriores, pela adoção do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático qual vetores axiológicos – traduzidos em princípios e regras constitucionais – a pautar a atuação da Administração Pública. (...) Assim, tem-se que: [i] a Constituição, e não mais a lei, passa a situar-se no cerne da vinculação administrativa à juridicidade; [ii] a definição do que é o interesse público, e de sua propalada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses

donde se questionam os seus moldes de operacionalização[254], assim como o modo de que sua práxis se relaciona com a sua teoria inspiradora:

> Após a irrupção de uma crise no Direito, experimentada pelo intervencionismo estatal da segunda metade do Século XX, que não media esforços em regulamentar todo e qualquer aspecto da realidade e da vida social, notadamente as relações econômicas, o Estado foi chamado a legitimar seus atos, cada vez mais presentes na vida diária dos cidadãos. Por isso, o Poder Judiciário se viu cada vez mais envolvido com questões de ordem técnica, estranhas aos limites até então estabelecidos pela dogmática jurídica, ao mesmo tempo em que o incremento do exercício da cidadania, e o crescimento da consciência democrática, passou a exigir que as iniciativas do Governo, por mais específicas que fossem, encontrassem fundamento nos direitos consagrados constitucionalmente, de forma a garantir a sua legitimidade[255]. (grifo nosso).

É chegada a hora de se enfrentarem temas específicos do Direito Administrativo com a acuidade e refinamento que o paradigma procedimentalista do Estado de Direito exige, apontando mudanças práticas nos dogmas e princípios basilares da disciplina. Tendo o regime democrático como fiel condutor da pesquisa, trar-se-ão à colação temas e institutos específicos do Direito Administrativo, indicando suas aporias e pontos-cegos, entrementes se propondo e sugerindo novas formas de operacionalização, na edificação de uma Administração Pública dialógica e participativa. Em última instância, é esta a finalidade de todo o estudo que ora se leva a cabo.

---

metaindividuais constitucionalmente consagrados; [iii] a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa". BINENBOJM, 2006, p.25.

[254] A respeito do tema, indicamos a indispensável (e já referenciada) pesquisa realizada por Odete Medauar na obra *Direito Administrativo em evolução.*

[255] CAMARGO, 2005, p. 215.

7 OS RESQUÍCIOS POSITIVISTAS NO TRATO DO DIREITO HODIERNO. A MOBILIZAÇÃO PELA AUTONOMIA CIENTÍFICA DA DISCIPLINA ATRAVÉS DOREGRA MENTO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA PELO *REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO*.

7.1 A redefinição do conceito de *segurança* na ciência contemporânea.

Embora os pressupostos do paradigma da racionalidade científica hiperempirista tenham sido severamente contraditados pelos postulados da ciência contemporânea, é indubitável que suas concepções irradiaram (ou melhor, irradiam) seus efeitos sobre o Direito de maneira deveras impactante. Assim como longamente demonstrado, o *princípio da verificabilidade* acabou por colocar em xeque várias premissas epistemológicas das mais distintas áreas da Ciência, ao exigir que todas as pretensões de validade fossem suportadas por proposições verificáveis empiricamente, fazendo com que durante longos anos se imaginasse ser despiciendo discutir teses jurídicas que fossem indemonstráveis empiricamente[256].

Relembre-se também o esforço da doutrina em traduzir para a Ciência Jurídica os preceitos da causalidade positivista, que acabaram vertidos na lógica da *imputação*, que por sua vez foi consubstanciada no processo acrítico da subsunção, seguindo uma aplicação mecanicista e avalorativa das normas jurídicas. Assim, grande número de juristas, inseridos nas mais variadas etapas e momentos históricos do Direito, viram-se compelidos a repensar as suas maneiras de operacionalização, ambiciosos em dotar o conhecimento jurídico dos atributos de cientificidade, afiançando o saber jurídico com os rigores da técnica e metodologia científicos vigentes em suas respectivas épocas.

A pretensão positivista pela *previsibilidade* da ocorrência dos fenômenos científicos, vertida ao Direito nos padrões da *segurança jurídica*, acabou por recomendar aos juristas a elaboração de institutos jurídicos que buscassem garantir aos cidadãos a prognose fidedigna

[256] "Na passagem do século XVIII para o século XIX, progressivamente, ocorre a transmutação do jusracionalismo para o positivismo, e a teorização do direito é construída a partir do ideal do cientificismo como única possibilidade de ser. Trata-se da época das ciências naturais e matemáticas, e o direito será fruto desta forma de pensar as ciências de um modo geral. Vige o princípio da causalidade, ou seja, o mundo seria o conjunto de fatos causalmente dados, incumbindo-se à ciência desvelar as leis desta causalidade. Outro elemento importante desta concepção teórica reside na circunstância de que tudo aquilo que não possa ser controlado, metodologicamente, não é crível de ser considerado pela compreensão científica. Esta visão de mundo, portanto, reduz drasticamente as potencialidades especulativas da filosofia, na medida em que esta não poderia ser submetida a um processo metodológico de verificação". OHLWEILER, 2005, p. 140.

das conseqüências jurídicas advindas de seus atos e condutas. Contemplar-se-ia com isto um dos valores mais caros à racionalidade do Direito, qual sejam a certeza e a segurança de se poderem predizer os efeitos, as conseqüências e os resultados de condutas humanas e até mesmo de fatos naturais[257].

A incessante preocupação dos estudiosos do Direito sempre pôde ser identificada em perguntas como: O que esperar do Direito? Como prever as respostas e pronunciamentos das autoridades juridicamente investidas a respeito das condutas humanas? Quais são as conseqüências jurídicas advindas da ocorrência de um determinado fato natural ou de uma conduta humana? Como o Ordenamento Jurídico pode garantir aos cidadãos que convivem sob a sua égide que eles possam ter ciência do que é lícito e o que lhes é vedado?

A inquietação provocada pela incerteza dos eventos futuros haveria de ser amainada pela pretensa certeza trazida pela legalidade positivada e por mecanismos e institutos jurídicos aptos a predicar o futuro. Não foi outra a inspiração para a criação de inúmeras técnicas e procedimentos jurídicos, senão a de cumprir a promessa de previsibilidade do Direito, que deveria ser um dos centros de atenção de todos os seus estudiosos. Como exemplos crassos do asseverado, citem-se os construtos jurídicos-filosóficos da coisa julgada formal e material, do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da prescrição e da decadência, da perempção, dentre outros.

Mas, conforme exposto alhures, a racionalidade discursiva contemporânea apontou pelo engodo positivista da esperança do alcance da *segurança absoluta* na construção de quaisquer conhecimentos humanos, assim como na operacionalização de toda área científica que se possa engendrar. Neste panorama, algumas áreas da Ciência tidas até então por *exatas* e *precisas*, tais como a Matemática e a Física, absorveram, em seus esquemas teóricos, as necessárias margens para as dúvidas e incertezas, entronizando o elemento da *probabilidade* como algo ínsito a todas as pretensões de validade com ambições de cientificidade. Somente se podem vislumbrar resultados científicos *prováveis*, de acordo com a conjugação de fatos e eventos concomitantes, mas se tendo sempre como pano de fundo a premissa de que não é possível esgotar *todas as causas* possíveis nos eventos científicos, resguardando o forçoso espaço para a ocorrência de imprevistos e inesperados[258]. Exemplo curioso do que se diz é

[257] Como exemplo da previsão jurídica para conseqüências advindas de atos naturais, cite-se a previsão do nosso Código Civilista, em seu Artigo 1248, II da aquisição da propriedade por acessão em virtude da ocorrência da aluvião. Em sendo assim, prevê o direito positivo brasileiro que "*os acréscimos formados, sucessiva e imperceptivelmente, por depósitos e aterros naturais ao longo das margens das correntes, ou pelos desvios das águas destas, pertencem aos donos dos terrenos marginais, sem indenização*".

[258] "O século XX contudo, aprofundou o conhecimento científico a tais níveis que a clareza/ certeza da ciência newtoniana desapareceria. Um exemplo interessante se dá com o princípio da conservação da energia. De acordo

dado pela psiquiatria, com a desclassificação da homossexualidade como transtorno ou desvio de conduta. Durante vários séculos se teve por *correto* que a conduta homossexual seria uma *doença psiquiátrica.* Porém, após terem sido empreendidos seguidos estudos na área da psiquiatria, a Medicina passou atualmente a aceitar tal orientação como condição não-patológica[259]. Embora o objeto de análise tenha sido o mesmo, a sua contextualização social e histórica atual nos fornece mais elementos e circunstâncias que nos permitem redefinir os seus contornos e definições, acrescendo-lhe novas causas e outros efeitos não antes considerados.

Outro exemplo da Medicina que é ilustrativo da ocorrência de resultados diversos daqueles esperados e previstos pelo pesquisador é a experiência sentida por médicos quando da pesquisa do fármaco Sildenafil, testado originalmente para o auxílio no tratamento de doenças cardiovasculares. No desenvolver do estudo, verificou-se um efeito colateral interessante nas cobaias: grande parte dos animais apresentava ereção peniana quando recebiam as doses da droga, embora não fosse essa a finalidade primária do trabalho. Assim, o objetivo da pesquisa médica foi retraçado e a droga foi direcionada para o tratamento da disfunção erétil humana. Passando a ser comercializada com o nome de Viagra, converteu-se no remédio pioneiro no tratamento da aludida condição, mostrando-se altamente eficaz em seus novos propósitos. Mas atrelado a esse grande sucesso científico e financeiro, há de se lembrar de que a droga é cardio-ativa, podendo levar a efeitos colaterais cardiovasculares graves, como até infarto, devendo ser ministrada com cautela nos indivíduos susceptíveis.

---

com Newton, o efeito/ a reação deve ser proporcional à causa/ ação. Contudo, a física contemporânea concluiu que um sistema de corpos pode agregar a sua energia, na medida em que se apropria da energia de corpos circundantes. A conclusão imediata é que esse fenômeno não pode ser explicado por uma única causa, tal como apregoava o princípio da causalidade. Ao contrário, um mesmo evento está sujeito às diversas causas concorrentes, levando à necessidade de abandonar-se a concepção clássica de causalidade e substituí-la por um conjunto de "condições" ou "componentes" de um evento. Isso porque as flutuações de energia nesse caso nunca são previsíveis, desencadeando reações espontâneas não lineares e entrópicas. Com isso, uma visão linear da ciência não se sustentava. A certeza matemática/ precisa da ciência paulatinamente migrava para um conceito de certeza calcado na estatística/ probabilidade". CRUZ, 2004, p. 138-139.

[259] "Em 1973, a homossexualidade foi eliminada como uma categoria diagnóstica pela Associação Norte-Americana de Psiquiatria e foi removida do Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders. Isto ocorreu como um resultado da visão de que a homossexualidade é um estilo de vida alternativo, ao invés de um transtorno patológico, e que ocorre com alguma regularidade como uma variante da sexualidade humana. Como David Hawkins escreveu, 'A presença de homossexualidade não parece ser uma questão de escolha; sua expressão é uma questão de escolha'". KAPLAN, 1997, p. 620. Mais do que uma simples condição patológica, o homossexualismo também foi tido em alguns momentos como uma verdadeira prática criminosa. Sobre esse assunto, a lição de Cruz (2003): "Em 1933, O Parlamento alemão, o Reichstag, aprovou modificações no Código Penal alemão, introduzindo a tipificação da homossexualidade como crime contra o Estado. (...) Fisher nos lembra do caso Röhm, no qual os principais dirigentes da brigada paramilitar denominada SA foram assassinados,(...) no decurso da 'noite das facas longas'.Dias depois, Hitler assumiria a autoria dos fatos, acusando sua principal vítima, Röhm, de homossexual e desvirtuador da juventude e dos valores alemães. Alguns dias antes, o Reichstag havia aprovado lei que decretava a suspensão de qualquer investigação dos fatos criminosos, uma vez que correspondiam a verdadeiro 'estado de necessidade' da Nação alemã. (p.76).

O que se quer dizer é que toda pesquisa científica abre um horizonte de possibilidades para descobertas não necessariamente pré-ordenadas ou vislumbradas e que, em muitos casos, as respostas a que se chega indica uma direção diametralmente oposta daquelas anteriormente imaginadas.

Ora, se a evolução do conhecimento científico faz com que sejam dadas novas respostas às mesmas perguntas e problemas postos, assim também deve ser procedido com o Direito, sendo combalidas então as comportas da compreensão de *segurança jurídica* como classicamente era concebida, também nela sendo introduzida a noção de simples *probabilidade*[260]. A única segurança que pode ser oferecida pelo Direito (assim como por todos os outros ramos epistemológicos) é que a sua evolução seguirá seus rumos, dentre percalços e acertos, sendo mutantes as respostas e conseqüências jurídicas aos temas propostos. Ofertar aos cidadãos que lhes será possível saber de antemão as conseqüências jurídicas oriundas de um determinado acontecimento (seja ele uma conduta humana ou não) é promessa falaciosa que o positivismo não conseguiu cumprir, haja vista que, desde os longínquos idos iluministas, o compromisso era de que o texto legal seria bastante para *vincular* os atos, sejam eles advindos dos particulares e dos entes estatais. Se já foi percebida a insuficiência do texto legal para se alcançar a tão propugnada segurança jurídica, também deve ser notada a impropriedade de eventuais novos modelos e técnicas para dotar o Direito dos atributos de previsibilidade e confiabilidade talhadas nos moldes iluministas. Esmiuçando o que se diz em termos vulgares: o melhor profeta do futuro é o passado.

Além disso, a evolução científica presenciou também a substituição do *princípio da verificabilidade* pela satisfação da exigência do *princípio da falsificabilidade,* donde nenhum método ou raciocínio granjeia os dotes de exclusividade em sua confiabilidade, passando a serem valorizados não apenas o método/raciocínio indutivo, como também todas as demais técnicas, métodos e procedimentos que se demonstrem convincentes, pouco importando que o raciocínio adotado seja o indutivo, o dedutivo, e etc. Em verdade, mais que isso. A provocação que se propõe é a seguinte: como distinguir hermeticamente as etapas do raciocínio dedutivo das do raciocínio indutivo, como se fossem operações mentais dissociadas? Simplesmente não há como assim proceder. Nessa toada, citem-se os modelos operacionais dois sistemas jurídicos consagrados mundialmente: o sistema civilista, de

[260] Nesse novo paradigma científico, donde se afigura um cenário impregnado pelas dúvidas e incertezas, hesitam os pensadores do Direito para lidar com os desafios de um conhecimento precário e sempre exposto às críticas. É justamente pela insuflação causada pela ruptura paradigmática positivista que temas polêmicos como a *relativização da coisa julgada,* a definição do que seja o *direito adquirido,* e a controvérsia a respeito das *súmulas vinculantes* tomam fôlego.

inspiração romano-germânica e o sistema do direito consuetudinário, de inspiração anglo-saxônica. Enquanto o primeiro sistema é classicamente entendido como tributário do raciocínio dedutivo, ao aplicar a norma abstratamente prevista ao fato concreto individualizado a ela confrontado, ao sistema consuetudinário é atribuída a pecha de indutivista, ao gerar a norma jurídica a ser aplicada em situações similares (em especial os precedentes judiciais) de acordo com as especificidades e peculiaridades dos casos concretos surgidos pontualmente no seio social. Mas simplesmente não há como dissociar tais influxos, pois não há lei que seja formulada sem as respectivas inspirações dos fatos individuais, assim como também nas decisões jurídicas, embasadas nos costumes, há também a necessidade de se manter a coerência com as decisões jurídicas pretéritas, sejam elas leis ou precedentes judiciais.

7.2 O ranço positivista ainda a impregnar a prática jurídica. A ilusão da delimitação *absoluta* do objeto pesquisado pelo estudioso.

Em que pese ter ocorrido avanços científicos de tal monta, alguns resquícios do positivismo ainda se incrustam na prática do Direito hodierno, reverberando vetustas compreensões epistemológicas e esquemas metodológicos, lavrados ainda no paradigma científico da racionalidade cartesiana, tal como um ranço que macula e compromete o desenvolvimento do Direito. Exemplo do que se diz se percebe na insistência dos juristas em caracterizar a *autonomia* do ramo epistemológico a que dedicam suas atenções, como que se fosse necessário comprovar mesmo a *existência* de uma área do Direito para que ela seja considerada digna de atenção e esforços[261]. Certamente que a missão de delimitar com claros

[261] Algumas áreas do Direito são pródigas no que se diz, tal como o Direito Econômico. Durante vários anos se considerou importante discutir acerca da própria existência de tal disciplina: "O problema de uma definição do Direito Econômico vem sendo questionado. Afirma a este respeito Farjat: 'Haveria seriedade em interrogar-se sobre a noção de direito econômico, setenta anos depois da criação teórica do ramo ou da disciplina? Sem dúvida, pois que há uns doze anos o decano Vedel fazia a pergunta: 'o direito econômico existe?', mas não dava a resposta. Na realidade, o direito econômico vive sem definição: alguns de seus partidários se abstiveram mesmo de lhe dar uma. Não é necessariamente um mau sinal de saúde: 'a primeira prova de maturidade' de um ramo novo do Direito 'se vê no desaparecimento ou, pelo menos, na pacificação das querelas' sobre as definições, observa igualmente o decano Vedel. E, depois, as definições contribuem para o progresso científico? Pode-se duvidar." FONSECA, 2004, p.11.

e nítidos contornos o objeto de pesquisa científica é algo cunhado no positivismo que ainda tem robusta aceitação por parte de inúmeros juristas da contemporaneidade[262].

Em específico, no estudo das funções administrativas, que concerne à seara do Direito Administrativo, mesmo a defesa da sua existência emancipada como subsistema autônomo do Direito é algo ainda tido por relevante por alguns doutrinadores e estudiosos das mais imponentes reputações. Definir o que *é* o Direito Administrativo e as conseqüências advindas dessa definição, como a aplicação de normas e institutos jurídicos específicos, é empreitada que não somente a doutrina e a jurisprudência se incumbem de fazer, mas também o Direito positivado acaba por assumir[263].

Em sendo assim, a disciplina do Direito Administrativo passou a ser indissociável da idéia da existência de um regramento jurídico específico da atuação do aparato estatal quando de sua lida administrativa quotidiana[264], seja em seu trato com os particulares, com os entes públicos ou com integrantes do chamado *terceiro-setor*[265], através da previsão abstrata de

---

[262] "Epistemologicamente, uma ciência se define, delimita seu campo e, por isso, se distingue das demais, pelo seu objeto material e pelo seu objeto formal. É importante saber-se o que estuda uma determinada ciência, qual é a matéria de sua atenção, mas é também importante definir o aspecto formal sob o qual uma ciência estuda o seu objeto.Veja-se que o corpo humano, por exemplo, pode ser objeto de estudo de diversas ciências. Cada uma delas o estuda, contudo, sob um determinado aspecto formal. E é este que irá distinguir entre si várias ciências que se dedicam ao mesmo objeto". FONSECA, 2004, p. 11.

[263] Cite-se como exemplo o magistral trabalho de Eros Grau em tentar definir os contornos do que venha a ser uma *atividade econômica em sentido estrito* do que sejam os *serviços públicos*, no atendimento aos dispositivos constitucionais insculpidos nos Artigos 173 e 175 da atual Constituição da República. Diferenciando-se as aludidas atividades, seriam também distintos os regimes jurídicos aplicáveis a elas.

[264] "As normas regentes da atividade administrativa dão ensejo à formação de um sistema jurídico próprio e aplicável à Administração Pública ou aos atos que o dever de exercitar a função administrativa seja imposto, por ato de vontade ou não. É o que se passa com a descentralização administrativa por colaboração, que pressupõe a formalização de contratos de concessão ou permissão, mas está também presente nas hipóteses de atuação da pessoa física por desejo exclusivo do Estado, como o que se passa com agentes honoríficos ou particulares em regime de colaboração.(...) O reconhecimento do regime jurídico próprio para tal atividade administrativa não afasta a idéia de aplicação de normas de direito privado à regência de atos ou contratos administrativos, subsistindo, porém, a prevalência de normas de direito público". ROSA, 2005, p. 164.

[265] Na tentativa de esclarecer tais situações, Lúcia Valle Figueiredo diferencia as expressões "regime jurídico-administrativo" da expressão "regime jurídico da Administração", que a seu turno tanto pode ser preenchido com normas de direito público ou privado, conforme figure a Administração na relação jurídica. Tal modelo afasta a aplicação automática de direito público ou privado, conferindo tratamento híbrido para o Poder Público/ Administração. Mas mesmo a autora entende haver a existência do regime jurídico- administrativo, possuidor de "regras próprias que, por força da diferença das situações tuteladas, hão de ter aspectos inteiramente diversos do Direito Privado". (2000, p. 62). Di Pietro também tem entendimento semelhante: "A Administração Pública pode submeter-se a regime jurídico de direito privado ou a regime jurídico de direito público. A opção por um regime ou outro é feita, em regra, pela Constituição ou pela lei. (...) A expressão **regime jurídico da Administração Pública** é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública. Já a expressão **regime jurídico administrativo** é reservada tão-somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa".(2004, p.63-64). Edimur Ferreira de Faria promove síntese do pensamento de vários doutrinadores da literatura especializada: "O Direito Administrativo é o conjunto de normas jurídicas pertencentes ao Direito Público, tendo por finalidade disciplinar e harmonizar as relações das entidades e órgãos públicos entre si, e desses com os agentes públicos e com os administrados, prestadores de serviços públicos ou

normas jurídicas que lhe sejam próprias e peculiares[266]. Zanobini, citado por Medauar, leciona que:

> A existência do direito administrativo subordina-se a duas condições: que a atividade administrativa seja disciplinada por normas jurídicas exteriormente obrigatórias e que tais normas sejam distintas daquelas que regulam outros sujeitos, especialmente os cidadãos: estas duas condições ocorrem somente no Estado moderno, a segunda não em todas as formas desse[267].

Seguindo-se no esforço da construção de um regime jurídico próprio da Administração Pública, são esquadrinhados alguns elementos identificadores de peculiaridade entre as suas normas jurídicas. Logicamente, é impossível querer estabelecer um plexo de normas jurídicas destinadas a regrar determinado segmento social sem tentar atribuir entre elas um nexo de *coerência* e *sistematicidade*. Mas a questão posta é: qual é o elemento de conexão e harmonia existente entre as regras e princípios[268] de Direito Administrativo? Se a multidisciplinaridade que embebe a ciência contemporânea não admite mais o estudo do Direito dissociado de outros ramos epistemológicos tais como a Filosofia, a Medicina, a Psicologia, como querer apartar um subsistema internalizado à Ciência Jurídica? O que faz com que em determinados

---

fornecedores do Estado, na realização da atividade estatal de prestar o bem-social, excluídas as atividades legislativa e judiciária". (2001, p. 52).

[266] "Diz-se que há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito. Só se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo. A farta e excelente bibliografia internacional de Direito Administrativo não tem, infelizmente, dedicado de modo explícito atenção maior ao regime administrativo, considerado em si mesmo, isto é, como ponto nuclear de convergência e articulação de todos os princípios e normas de direito administrativo. Quer-se com isto dizer que, embora seja questão assente entre todos os doutrinadores a existência de uma unidade sistemática de princípios e normas que formam em seu todo o Direito Administrativo, urge incrementar estudos tendentes a determinar, de modo orgânico, quais são abstratamente os princípios básicos que o conformam, como se relacionam entre si e quais os subprincípios que deles derivam". BANDEIRA DE MELLO, 2004,. p. 45-46.

[267] *O Direito administrativo em evolução*. p.26.

[268] A título ilustrativo se colaciona o revolucionário posicionamento de Cruz a respeito da imprestabilidade/serventia científica da distinção das normas jurídicas em grupos distintos de *regras* e *princípios*: "(...) não há que se sustentar uma 'essencial diferença' entre as espécies normativas para que a interpretação se dê em bases pós-positivistas simplesmente por que são todas elas textos normativos. Claro que na aplicação do Direito, mais de um mandado prima facie será aplicado, mas isso não confere aos princípios uma condição especial, pois até onde compreendíamos Gadamer não são os princípios que garantem o acontecer hermenêutico e sim a própria 'ek-sistência' do homem. Dizer o inverso é, de um lado, buscar metafisicamente uma distinção na leitura pura e simples de textos legislativos, dando primazia a um 'universal'(princípio) na interpretação sobre outro (regra) e, de outro, não se dar conta que a fusão hermenêutica atribuidora de sentido à norma/decisão tampouco permite a cisão de tais figuras nos textos empregados nessa operação. Ou, se permite, até então não há uma teoria normoteorética que nos convença de sua racionalidade. Isso porque, desde Gadamer, a norma só passa a existir com a sua aplicação. Em outras palavras, essa dicotomia permanece nos dias atuais essencialmente pela força da autoridade de autores como Dworkin, Habermas e Alexy, dentre tantos outros. Com isso, a doutrina parte do pressuposto que existem regras e princípios e que, portanto, é preciso buscar uma distinção entre tais espécies". (2007, p. 321-322).

casos incida uma norma de *direito público* ou que seja aplicada uma norma distinta? Se toda a cizânia doutrinária e jurisprudencial permanece a respeito do que seja um serviço público ou não, como querer tomar a classificação do direito público como referência minimamente confiável?

Ademais, tendo sido fortemente abalada a separação científica a respeito do que seja *público* do que viesse a ser *privado,* como sustentar tal fissura? É curiosamente sobre essa tônica que se estabelecem controvérsias basilares no estudo desse subsistema normativo, não havendo unanimidade nem mesmo acerca do próprio objeto de estudo científico[269]. Bandeira de Mello faz uma breve resenha do que se diz:

> Os doutrinadores franceses têm-se ocupado sempre em encontrar uma idéia-chave para o Direito Administrativo, isto é, uma noção-matriz, que organize e explique logicamente esta disciplina jurídica, funcionando como critério dela. Pretendem que, à falta de uma idéia capaz de impor um cunho sistemático ao conjunto de regras administrativas, ter-se-ia apenas um aglomerado inconsistente de normas e dificilmente se saberia quando aplicar as regras administrativas. O primeiro critério adotado (...) foi do "poder público" ou *puissance publique* e se estribava na distinção entre atos de império e atos de gestão. (...) Posteriormente esta concepção foi substituída (...) pela noção de serviço público, teorizada por Duguit e seus adeptos (...). Em razão da chamada crise do serviço público produzida pela mudança das condições sociais (...) a noção foi-se desprestigiando e surgiram novas orientações. (...) Ultimamente vem sendo renovado o critério da *puissance publique,* trazendo, agora, um conteúdo de certa forma modificado. Não se refere mais específica e exclusivamente a "atos de autoridade" e "poderes comandantes" como seu sentido primitivo, mas indica a situação da atividade desempenhada em condições exorbitantes do Direito Privado, de acordo com prerrogativas e limitações existentes neste. Daí a expressão "gestão pública", por alguns preferida[270]. (grifo nosso).

Mas não se pode olvidar, irresponsavelmente, da prestabilidade didática que a distinção pedagógica entre subsistemas jurídicos traz, sob pena de incorrer no niilismo e na descrença absoluta a respeito do valor que há na organização teórica das variadas matérias jurídicas, sendo algo que não pode ser admitido. A empreitada de se compilar temas que guardem entre si algumas similitudes e traços característicos é algo que favorece a pesquisa científica e catalisa a evolução de todo saber que se pretenda rigoroso, pois a organização

---

[269] "(...) é extremamente difícil oferecer um conceito universal desse sub-ramo do Direito Público. O conceito, portanto, deve vincular-se a um dado país, já que o comum é o estudo do seu Direito Administrativo. O conceito deve apoiar-se num critério. Quanto a isso estão de acordo os autores, embora não se possa dizer o mesmo em relação aos critérios e ao número deles que devem prestigiar a elaboração do conceito. Esses critérios podem ser unitários e conjugados. Dentre os critérios unitários adotados pelos administrativistas sobressaem: o legalista, o do Poder Executivo, o da relação jurídica, o do serviço público, o teleológico e o negativista. Ao lado desses encontram-se os critérios conjugados, valendo-se os autores de, no mínimo, dois desses referenciais para definir o Direito Administrativo. Assim, são critérios conjugados: o legalista-relação jurídica e o legalista- serviço público". GASPARINI, 2006, p.3.

[270] BANDEIRA DE MELLO, 2004, p.49.

sistemática do conteúdo da pesquisa é algo que tem seu inafastável viés benéfico. Por outro lado, o risco em que se incorre é imaginar que com isso se conseguirá esgotar todo o objeto de estudo de um determinado campo da ciência jurídica, exaurindo o pesquisador o seu conteúdo de maneira absoluta, exonerando-lhe assim do estudo de outras áreas e campos do saber humano. Como exemplo se pode citar a inviabilidade do tratamento de temas do Direito Tributário sem que sejam aproveitados inúmeros conceitos de Direito Civil. As normas de Direito Previdenciário dependem sobremaneira de como serão utilizados diversos preceitos do Direito Trabalhista, assim como o Direito Empresarial dependerá também de conceitos erigidos em outros ramos didáticos da Ciência Jurídica. O intercâmbio e a interpenetração dos diversos subsistemas jurídicos é algo próprio da multidisciplinaridade que impregna a racionalidade discursiva/ comunicativa, sendo pernicioso imaginar que haja *autonomia científica* de qualquer ramo jurídico, no sentido de que sua existência enclausurar-se-ia em si mesma[271]. Se o corte epistemológico de Kelsen, com o isolamento científico do Direito, em uma *Teoria Pura,* não se mostrou viável, quanto menos será a segregação entre os diversos subsistemas jurídicos.

Embora já se tenha advertido da aridez em empreender tal tarefa, impende asseverar que as doutrinas alemã, francesa e italiana desempenharam papéis de destaque no aprimoramento didático da disciplina administrativista, tendo sido responsáveis por projetar modelos jurídicos da organização e ação administrativa, norteados por perspectivas formalistas que teriam o condão de racionalizar o desempenho da função administrativa. Com a evolução da doutrina e da legislação desses países europeus a respeito do tema, tentou-se

[271] Ressalte-se que o que se critica é imaginar que haja algum ramo epistemológico *fechado em si-mesmo*, garantindo a sua validade e reconhecimento científico na clausura de seus preceitos e pressupostos epistemológicos. Remodela-se assim o próprio conceito de *autonomia* científica, que ao mesmo tempo não deixa de ter a sua inquestionável dose de serventia: "Sem dúvida, a interdisciplinariedade impõe-se em face da relação problemática entre as esferas do saber e da necessidade de aprendizado recíproco. Isso não é diferente em relação ao direito. Mas qualquer pesquisa interdisciplinar deve pressupor a autonomia dos respectivos campos do saber envolvidos na pesquisa, cada um deles observando os problemas e oferecendo-lhes soluções de acordo com critérios próprios. Nessa perspectiva, a interdisciplinariedade não surge para negar a autonomia disciplinar, baseada em necessidades e racionalidades próprias dos respectivos campos do saber, mas sim para fortificar-lhe. Entretanto, ao fortalecer a autonomia, busca facilitar a compreensão recíproca dos discursos envolvidos, em princípios herméticos e opacos uns para os outros. Pode-se dizer que a interdisciplinariedade emerge naquele espaço um tanto instável e fluido em que um discurso disciplinar, embora insistindo na respectiva autonomia, tenta compreender outro discurso ou se fazer compreensível por ele. Mas isso não é tão simples. Na interdisciplinariedade, a linguagem própria de um campo do saber, por exemplo, a economia, é traduzida na linguagem própria do outro campo, por exemplo, a dogmática jurídica. (...) a interdisciplinariedade é um espaço fluido e instável de comutação discursiva. Nela, o sentido originário de um discurso atravessa um transformador para ser compreendido e ganhar sentido no âmbito de um outro discurso. (...) Uma dogmática jurídica disposta a abrir-se interdisciplinariamente aos influxos e às pressões advindas da análise econômica, política ou sociológica do direito, e mesmo aquelas decorrentes da reflexão filosófica do direito, tende a ter uma maior capacidade teórica e prática de enfrentar os problemas que se lhe apresentam e oferecer soluções mais apropriadas dos mesmos do que um modelo formalista, insensível à interdisciplinariedade". NEVES, 2005, p. 211-212.

burilar um subsistema normativo que buscou otimizar, legitimar e regulamentar a atuação do Estado junto à coletividade, o que inegavelmente traz alguns benefícios, assim como já citado. Concluindo a sua portentosa pesquisa acerca da *essência dogmática* administrativista, Medauar buscou reunir alguns dos elementos que fossem característicos do Direito Administrativo nas mais diversas culturas jurídicas ao redor do mundo:

> Do encontro das elaborações francesa (inclusive jurisprudencial) alemã e italiana formou-se o núcleo essencial do direito administrativo, decorrente, sobretudo, de influências recíprocas entre as duas primeiras e o direito italiano. Compõem esse núcleo os seguintes temas ou concepções: autoridade do Estado; personalidade jurídica do Estado; capacidade de direito público (competência); propriedade pública; ato administrativo unilateral e executório; direitos subjetivos públicos; interesse legítimo; poder discricionário; jurisdição administrativa; interesse público; *puissance publique*; serviço público; poder de polícia; pessoas jurídicas públicas; fontes do direito administrativo – lei e regulamento; centralização – hierarquia; contratos administrativos[272].

Ato contínuo, o critério classicamente consagrado para caracterizar um ato jurídico[273] como *administrativo* ou ato *civil* seguiu basicamente o labor de segregar duas autonomias distintas: o Poder Público (ao qual seria competente para a edição do ato jurídico administrativo) e a esfera privada (que ao seu turno teria pertinência com a normatização civilista). A despeito da questionável cientificidade – assim como sobejamente demonstrado, pois se deve ter em mente que as searas de atribuições públicas ou privadas não possuem papéis definitivos e com pretensões de exclusividade – a diferenciação entre o que é público/estatal da autonomia privada permanece como a chave-mestra de toda a construção doutrinária existente no administrativismo.

Neste quadrante, seria o *regime jurídico-administrativo* o plexo de normas jurídicas emanadas pelo ente estatal para o regramento de suas próprias atividades, instituidoras do conjunto amplo e complexo de órgãos administrativos, definidores da situação jurídica de seus servidores e funcionários, assim como para a previsão dos meios e instrumentos postos à

---

[272] *O direito administrativo em evolução.* pg. 39.

[273] Quando nos referimos aos atos administrativos, concebemos-lhes todos como sendo espécies do gênero *ato jurídico.* Contudo, é imperativo colacionar posicionamento autorizado no sentido contrário, tal como o adotado pelo formidável Seabra Fagundes, do qual ousamos discordar: "*Os atos administrativos podem ser, ou não, atos jurídicos.* Quando modificam situações jurídicas, como a nomeação de um funcionário, a expedição de um título de habilitação profissional, a imposição duma multa etc., são atos administrativos jurídicos ou atos administrativos com efeito jurídico. Quando, porém, o ato pracado no exercício da Administração não cria, modifica ou extingue direitos, é destituído de efeito jurídico, no sentido preciso da expressão. Será um ato administrativo sem efeito jurídico. É o que se dá quando a declaração de vontade não visa produzir determinados efeitos, mas só tem mesmo o fim declaratório, ficando aqueles dependentes de ato ulterior. Os pareceres facultativos, as instruções e avisos ministeriais (atos internos), os editais de chamamento ao cumprimento da lei (quando não cominem penas), as certidões, os atestados (atos externos) etc. servem de exemplo". FAGUNDES, 2006, p.41-42.

disposição da Administração Pública para a gestão de seus serviços, seu quadro de servidores, seus contratos e avenças, sua relação com seus administrados.

Para compor o regime jurídico em alusão, a proposta doutrinária mais aclamada desde os albores das revoluções burguesas foi o atrelamento da Administração Pública ao *princípio da legalidade administrativa*[274], imaginando com isso a doutrina clássica que seria restringido o *grau de autonomia* conferido ao agente público no desenvolvimento de suas atividades. Além disso, há também o fato de que, seja no paradigma liberal ou social de Direito, manteve-se sempre a idéia de que as espécies normativas emanadas pela Administração seriam *ontologicamente* diversas daquelas entabuladas pelos integrantes da sociedade civil. Se naquele primeiro momento os contratualistas e os jusnaturalistas consideravam que a racionalidade das leis seria o fiel-garante de promoção da justiça (sendo impossível a atividade criativa por parte do aplicador do Direito), no momento posterior, embora Kelsen estatua que o ato administrativo e o ato jurisdicional também possuiriam um aspecto volitivo, o seu normativismo sempre estabeleceu o quesito formalista da *competência* como outorgante de legitimidade. Em sendo assim, o fetichismo legalista dos liberais tem a mesma significação do que chamamos de *fetichismo pela competência administrativa* que identifica os estudiosos alinhados ao Estado Social de Direito.

De qualquer maneira, seja em qualquer momento histórico do estudo do Direito Administrativo, não é absurdo dizer que nunca foi abandonada pelos administrativistas a idéia de que a *lei* seria um chamado inescusável do administrador[275]. Para esta distinção, assim como já anteriormente dito, o que há é que na edição dos atos civis, os particulares possuiriam plena liberdade em perseguir seus interesses individualistas, ao passo que no ato jurídico

---

[274] "É nessa perspectiva que Guido Zanobini afirma, em expressão tão citada pela doutrina brasileira, às vezes sem a citação da fonte e sem o aprofundamento que ela demanda, que 'o indivíduo pode fazer tudo o que não lhe é expressamente vetado, ao passo que a Administração pode fazer apenas o que a lei expressamente lhe consente". ARAGÃO, 2004, p. 54.

[275] O entendimento de Carvalho Filho é exemplificativo: "O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita. Tal postulado, consagrado após séculos de evolução política, tem por origem mais próxima a criação do **Estado de Direito,** ou seja, do Estado que deve respeitar as próprias leis que edita. (...) É extremamente importante o **efeito** do princípio da legalidade no que diz respeito aos direitos dos indivíduos. Na verdade, o princípio se reflete na conseqüência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei. Uma conclusão é inarredável: havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude."(2006,. p. 16). Gasparini perfilha-se ao esposado: "O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de atuação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo o que a lei permite e tudo o que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza". GASPARINI, 2006, p. 8.

administrativo a indisponibilidade do interesse público surgiria como motivadora e fundamento indisponível de validade do ato jurídico.

Ocorre que, como anteriormente demonstrado, a falência do positivismo acabou por demonstrar que não é prudente discernir o ato jurídico administrativo do ato jurídico civilista arrimando-se apenas no *grau de autonomia* conferido às partes envolvidas. Diz-se isso porque, assim como vastamente apontado, a lei também é um evento a ser interpretado pelo Administrador Público, e em diversos casos, as suas interpretações possíveis podem conduzir a práticas que não sejam condizentes com um Direito comprometido com o respeito aos direitos fundamentais, assim como efetivamente ocorreu na história da Modernidade. Ao revés do vislumbrado originalmente, a *lei* não se demonstrou recurso técnico suficiente para conferir amarras à atividade administrativa, o que faz com que novos recursos teóricos devam ser idealizados e postos em prática. Moreira Neto (2004) dá exemplos claros do que ora se afirma:

> Com a afirmação da teoria da moralidade administrativa, hoje guinada no Brasil à hierarquia constitucional, a injuridicidade não se esgota à violação da lei, o que permite encompassar mais comodamente essa figura (...) num conceito de ordem jurídica dilargada, para alcançar não apenas as violações à legalidade, como à legitimidade e à licitude. Para ilustrar com um exemplo, caracteriza-se como imoralidade administrativa a concessão de período de férias remuneradas ao servidor que já tenha gozado esse benefício relativamente ao mesmo período, ocultando-se a inexistência de motivo que seria capaz de justificar-lhe a finalidade pública. Neste caso, o ato, embora vinculado, é administrativamente imoral: não porque o agente tenha atuado para favorecer o servidor, pois isso seria um aspecto de moral comum mas porque seu ato não concorre para a boa administração. (...) Correntios exemplos de insuficiência de motivo aninham-se nos atos punitivos exagerando-se o motivo. Como a realidade não basta para determinar ou autorizar a prática do ato sancionatório, o agente invoca um agravamento que simula a legalidade, mas deixa à mostra, para o analista atento, sua inaptidão para atingir uma finalidade pública requerida pelo dever da boa administração. (p.66-67)

Ademais, o *princípio da legalidade* concebido no liberalismo revelou-se parco na regulação/condução da atividade administrativa, pois em muitos casos, cumprir o positivado no diploma legal acabou por desatender aos propósitos democráticos e aos anseios de justiça e respeito à dignidade humana[276]. Lado outro, a roupagem que se deu atribuiu a este princípio jurídico no estado social também se configurou desajustada às finalidades de consecução do bem comum, por ter acabado dotando os agentes públicos de poderes discricionários

[276] "Passa-se então, a exigir do juiz uma atividade criadora, frente à inevitável omissão das leis em face à irracionalidade dos fatos (algo já alfinetado pela afirmação aristotélica de que a lei tem que ser corrigida em razão de sua universalidade). Ora, é uma ilusão pensar que possa haver simples interpretação, sem qualquer referências a juízos concretos de valor". DUTRA, 2004, p.73-74.

ilimitados em suas escolhas[277]. É por essa razão que a doutrina especializada propugna pela reconstrução dogmática do princípio da legalidade administrativa, sugerindo serem reformulados construtos teoréticos e substituídas suas premissas epistemológicas[278]. A doutrina contemporânea tem atinado que, mais do que a simples obediência à bitola da lei[279], deve o operador do Direito ter sempre por referência o enunciado de que as normas do Ordenamento Jurídico não se exaurem no simples texto legal, mas também se irradiam em espécies normativas não necessariamente positivadas, que se afiguram como uma espécie de linha de coerência do Direito, garantindo-lhe a necessária integridade e coerência[280].

Ora, se vimos que o conceito de *verdade* açambarca a idéia de que *algo só é verdadeiro* durante determinado lapso temporal e inserido em uma contextualização social e histórica (e se somente se devidamente justificado, fundamentado e exposto às maiores possibilidades de críticas), também só poderá ser considerada lícita e aceitável uma pretensão de validade jurídica que seja contextualizada e robusta em seus fundamentos, justificações e condizente com seu respectivo lastro probatório. É só dessa maneira que o Direito pode se assentar nas novas bases paradigmáticas e operacionais da Ciência dos dias atuais, por

---

[277] "O problemático é quando as interferências do Estado Social, sob o ponto de vista do direito, para garantir uma igualdade de fato, atingem a autonomia dos destinatários de tais correções positivas. Isso ocorre quando tais correções transformam-se em assistência e os clientes passam a ter seus direitos tutelados (...) Isso assegura uma 'representação eficaz dos interesses, porém às custas da liberdade de decisão dos membros de organizações condenados à adaptação e à obediência passiva'". DUTRA, 2004, p. 78.

[278] Mesmo o conteúdo conceitual a ser atribuído ao vocábulo *lei* é sempre mutável e carente do seu respectivo *resgate discursivo.* Expô-lo a críticas e reflexões é o que garante o desenvolvimento e a evolução do Direito. E não é redundante lembrar que não se admitem quaisquer ilações a seu respeito que não sejam levadas em consideração as normas constitucionais. Clève (2000) leciona com clareza: "No direito brasileiro, por exemplo, o quadro material vinculante do conteúdo da lei pode ser localizado pela leitura do Preâmbulo, dos Princípios Fundamentais (...) inclusive dos objetivos fundamentais (...) e, igualmente, do Título II, dedicado aos direitos e garantias fundamentais. O quadro constitucional referido aponta para o conteúdo mínimo da lei. Nenhuma lei poderá contrariá-lo sob pena de inconstitucionalidade. No sistema constitucional brasileiro, não é impossível advogar-se a tese da inconstitucionalidade da lei injusta. A liberdade do legislador encontra como limite a Constituição. A Constituição de um Estado Democrático, que agasalha princípios como a liberdade, a democracia, o pluralismo, constrói um sistema 'essencialmente aberto, abertura que supõe o livre acesso de todos ao processo político e aos instrumentos do câmbio político, isto é, a admissão como essencial de distintas opções políticas e da hipótese de uma renovação futura das decisões atuais'". (p. 73).

[279] A expressão é de lavra de Carlos Alberto Ortiz em *Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral*, publicação do Tribunal Regional e da Procuradoria Regional Eleitoral do Estado de São Paulo, IMESP. vl. 28, p.11.

[280] " (…) uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva. (...) A integridade protege contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial, por exemplo. (...) Se as pessoas aceitam que não são governadas apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito".(DWORKIN, 2003, p. 229, grifo nosso).

absorver a premissa de que a evolução do conhecimento científico é galgada numa sucessão de mudanças[281] que seguem uma tônica ou fio condutor de congruência:

> (...) ninguém interpreta uma regra de Direito tomando-a como um segmento absolutamente isolado. Ao se usar a expressão segmento, já se está a indicar que é parte de um todo. Ora, *as partes só entregam sua realidade exata quando se tem conhecimento do todo.* Não é possível apreender o significado de uma parte, sem antes abrigar na mente ao menos uma noção do que seja o todo. (...) Assim, agiria de modo estulto quem pretendesse interpretar algum conceito normativo tomando-o desligadamente do todo contextual de que faz parte. Esse todo contextual termina por adensar um pouco o que haja de fluidez nesse conceito, embora não elimine *sempre*, necessariamente e de modo completo, o campo de possíveis dúvidas[282].

Deve então o operador do Direito (e no caso específico do presente trabalho, o administrador público) seguir não somente o sentido tacanho e rasteiro que muitas vezes uma interpretação literal e gramatical que uma regra jurídica possa possibilitar, mas buscar *a* resposta correta que determinado caso concreto, afeiçoado pelas suas características e peculiaridades, esteja a indicar. Como todo fenômeno exposto à interpretação, as possibilidades advindas da leitura do texto legal são inúmeras e as conclusões da mesma forma também são distintas; mas o paradigma do Estado Democrático de Direito desaconselha veementemente que seja dado ao Administrador um salvo-conduto no exercício de suas atribuições e atividades administrativas, oriundas de suas competências estabelecidas pelo Direito positivado.

Nessa esteira, para que se oportunize ao cidadão o questionamento pelos populares acerca da (in)observância do princípio da legalidade por parte dos agentes públicos, é imprescindível que todas as escolhas e opções administrativas sejam devidamente *fundamentadas* e *motivadas*, sob pena da mácula de ilegitimidade que tanto os juristas repudiam. Se se tem ciência das razões que justificam e determinam as escolhas e decisões jurídicas e políticas, tem-se também o substrato suficiente para o respectivo questionamento e crítica. De uma decisão que não tenha uma fundamentação clara e precisa, não há como promover uma crítica arguta e incisiva. Uma simples alegação não pode ser tida como suficiente para gozar do atributo de normatividade e aceitabilidade de uma pretensão de validade, pois se assim for, há o retorno dos empoeirados dogmas e axiomas da racionalidade típicas ainda *Ancién Regime,* donde a crítica, a reflexão e o questionamento não detinham o

[281] "O direito não possui estrutura própria,cuja forma pudesse sofrer modificações, pois a forma do direito é representada como um estojo ou cápsula plástica que se ajusta a qualquer tipo de regulação por parte da administração. O conceito de lei é despojado, à maneira positivista, de toda e qualquer determinação de racionalidade. O minimum ético restante passa da forma semântica da lei para a forma democrática da legislação".HABERMAS, 1997, p. 208.

[282] BANDEIRA DE MELLO, 2003. p. 30-31.

prestígio que hoje possuem. Por final, é imperioso dizer que não se pode negligenciar que o controle e a fiscalização das atividades administrativas são também direitos fundamentais assegurados aos cidadãos na concepção de regime democrático de governo que vigora na atualidade[283]. Complementando tal idéia, Bandeira de Mello assim aduz:

> Logo, é inevitável concluir (...) que a motivação é a *essência do ato, requisito indispensável de sua validade,* segundo entendemos, nas hipóteses em que a motivação *a posteriori* não pode garantir de modo absolutamente induvidoso que motivos ulteriormente aduzidos preexistam e eram suficientes para a sua válida produção, por coincidirem com o requerido pela lei[284].

7.3 O construto doutrinário do *ato administrativo*: sua caracterização como *ente* jurídico distinto do ato particular.

Quando do estudo das atividades administrativas, o Direito deita as suas atenções precipuamente às atuações concretas do ente público na regência da vida social, assim como as normas jurídicas destinadas a regular o funcionamento do mecanismo estatal[285][286]. Malgrado os diversos conceitos e definições que são atribuídas ao *ato administrativo*[287][288], o

---

[283] "A função administrativa é um dos pontos fundamentais de funcionamento do Estado, e, hoje, não está mais relegada ao encargo exclusivamente do legislador infraconstitucional. Seu exercício deve ter como premissa básica o texto da Lei Fundamental, pois é no desempenho dessa função que se dá o cumprimento do papel do Estado na vida em sociedade. (...) A função administrativa, seja no exercício do poder de polícia, nos atos discricionários, na prestação de serviço público, nas atividades de fomento e na intervenção econômica, tem como dever proteger e implementar, de forma eficaz, medidas protetivas e promocionais à realização dos direitos, seja a demanda individual ou coletiva". MELO, 2007, p.125-126.

[284] BANDEIRA DE MELLO, 2003. pg. 104-105.

[285] Carvalho Filho faz remissão à experiência revolucionária francesa: "Foi após a Revolução Francesa que surgiu pela primeira vez a expressão "ato administrativo". Foi a Lei de 16-8-1790 que a ele se referiu como "operações dos corpos administrativos" – ações suscetíveis de serem controladas pelos Tribunais Judiciários. Posteriormente, a Lei de 16 frutidor, do ano III, aludiu aos "atos de administração de qualquer espécie". A primeira conceituação com base científica se encontra no Repertório Guizot-Merlin, na edição de 1812, no qual é qualificado como "ordenança ou decisão de autoridade administrativa, que tenha relação com a sua função". CARVALHO FILHO, 2005, p. 9.

[286] "O ato administrativo constitui um dos elementos fundamentais da elaboração sistemática do direito administrativo realizada no século XIX. Em relação às práticas do Estado absoluto, configura importante conquista, por inserir entre a vontade da autoridade e um efeito sobre direitos de particulares um conjunto de preceitos, destinados justamente a disciplinar essa atuação e prefixar esses efeitos. (...) O ato administrativo apresentou-se como 'um dos protagonistas do conflito entre a autoridade e a liberdade', em outros termos, foi concebido como 'fator de síntese entre arbítrio da Administração e cobertura legal'. Por isso, em ordenamentos dotados de jurisdição administrativa, como a França, o estudo do ato administrativo passou a girar em torno de seu controle jurisdicional". MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução.* p. 202.

[287] "No Brasil, prescindindo de verificar a formação dos atos administrativos, seus elementos e classificação, os traços gerais das formulações doutrinárias que fixam o conceito de ato administrativo podem ser assim agrupados: a) ato administrativo é declaração de vontade, isto é, vontade exteriorizada, que produz efeitos de direito, de modo que o silêncio, por exemplo, não é ato jurídico, ainda que os autores citados usem

que tem relevo nas suas linhas definidoras é a circunstância de que, através dele, a Administração Pública por intermédio de seus agentes, manifesta sua vontade e objetiva determinado evento que atinja o interesse público. Nesse aspecto, a doutrina pátria se esmera em traçar classificações que sejam bastante para identificarem os atos administrativos e distingui-los das demais espécies de atos jurídicos havidos no Ordenamento Jurídico, embora não haja no Brasil a existência de órgãos de jurisdição administrativa. Surge a controvérsia: se o construto jurídico do ato administrativo tem a sua origem no aspecto fundamental da separação das jurisdições, qual a serventia científica que tal distinção tem em países nos quais não há jurisdição administrativa especializada? Horbach faz algumas considerações que levam a crer na inutilidade de tal distinção em nossa experiência jurídica:

> A definição de ato administrativo e, em conseqüência, os traços que os distinguem dos atos jurídicos de direito privado devem ser buscados, em primeiro lugar, na jurisprudência administrativa, em especial nos julgados do Conselho de Estado. A construção dos elementos característicos da autonomia desse instituto foi desenvolvida, sobretudo, pela análise da admissibilidade de recursos pela jurisdição administrativa, em especial o recurso de excesso de poder, já que somente podem ser objeto de análise pelo contencioso administrativo os atos administrativos, ou seja, o ato administrativo é aquele que pode ser objeto de impugnação perante um tribunal administrativo. Note-se que Enterría e Fernández, bem como Virally, apontam como **aspecto fundamental na origem do ato administrativo a separação de jurisdição.** Para tais autores a existência de jurisdição administrativa separada das autoridades judiciárias ordinárias é elemento essencial para a formação de um conceito de ato administrativo apartado do ato jurídico comum. (HORBACH, 2007, p.27, grifo nosso).

Tratando o ato administrativo como uma *entidade jurídica* justificada em si-mesma, em decorrência de uma ilusória natureza ontologizada e imutável, o Direito Administrativo tem se deparado com os inconvenientes dessa prática. Assim como já dito por inúmeras vezes,

---

indistintamente as expressões 'declaração'/'manifestação'; b) provém do Estado ou de que exerça a função administrativa, consoante previsão contida no art.1º, §1º da Lei Federal nº 9.784/99 (...) c) é sempre ato executivo, isto é, tende a concretizar a lei e a Constituição, produzindo efeitos jurídicos imediatos e concretos". TABORDA, 2001, p.137.

[288] Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, sempre perspicazes em seus posicionamentos, apresentam o sucinto conceito, que não se apóia em critérios ônticos de distinção entre atos públicos ou privados: "ato jurídico unilateral da Administração distinto do regulamento e, consistente, precisamente, numa declaração" (1998, t.1. p. 535). Seabra Fagundes tem a seguinte definição: "No sentido material, ou seja, sob o ponto de vista do conteúdo e da finalidade, os atos administrativos são aqueles pelos quais o Estado determina situações jurídicas individuais ou concorre para sua formação. Esse conceito é decalcado no que deixamos expresso ao definir o conteúdo da função administrativa". em *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.* p. 29. Ruy Cirne Lima, apoiado em critério subjetivista (também de difícil viabilidade), leciona que "atos administrativos chamam-se, porém, os atos jurídicos praticados, segundo o direito administrativo, pelas pessoas administrativas". em *Princípios de direito administrativo.* 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 86. Hely Lopes tem o seu clássico posicionamento: "Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria." 2001, p.141.

não há mais como querer estabelecer que há a natureza de um ato jurídico *em-si*, partindo de critérios estabelecidos aprioristicamente.

Aos juristas não é possível simplesmente *desvelar* a natureza reclusa de um ato jurídico que lhes é posto em análise, mas somente construir intersubjetivamente e casuisticamente os sentidos dos conceitos jurídicos, promovendo com isso o seu conseqüente *resgate discursivo*. Classificar um ato jurídico como sendo *administrativo* (que possui serventia prática, tal como admitir o interesse processual no manejo de um mandado de segurança, ou para a distribuição de uma ação popular, por exemplo) é tarefa que irá sempre exigir o enlace argumentativo que seja sensível a todas as peculiaridades do caso concreto, estabelecendo *naquele determinado caso,* qual será a resposta mais adequada.

Para tanto, versando sobre a necessidade de se tratar o tema com a acuidade devida, Leonel Ohlweiler tem brilhante sugestão a partir da crítica que promove a respeito do *déficit* de racionalidade no qual têm sido formuladas e aplicadas os conceitos administrativistas:

> A investigação capaz de desvelar novas possibilidades de ser da dogmática administrativista, de plano, deve analisar como age cotidianamente. A teoria do direito administrativo é tradicionalmente metafísica. (...) **As construções dogmáticas primam pela idéia de fundar onticamente os entes jurídicos, ou seja, fixam um determinado sentido que é tido como inquestionável**. (...) Portanto, a teoria do direito administrativo (...) não interroga o sentido dos entes administrativos, laborando dedutivamente com um arbitrário juridicamente prevalecente, isto é, aquele sentido legal aceito pela comunidade dos juristas. (...) É preciso, assim, construir uma nova Teoria do Direito Administrativo, dando-se conta de que a compreensão dos entes administrativos é um existencial. Logo, (a) o modo existencial de compreender é lançado para uma situação concreta; (b) a compreensão ocorre num espaço discursivo; e (c) este modo existencial de compreender é sempre entendimento (possibilidade de sentido dos entes jurídicos e de nós mesmos) (grifo nosso)[289].

Tendo sido feita tal reflexão provocativa, não se pode negligenciar que a funcionalização do Direito Administrativo ainda possua fortes supedâneos como que se tem a *constituição* ou *estrutura* dos atos jurídicos administrativos[290], mesmo que tal critério seja criticável do ponto de vista da racionalidade comunicativa. Desta maneira, recomenda a boa pesquisa científica que se explane primeiramente como são as linhas fundamentais de sistematização do Direito Administrativo convencional, para depois promover as críticas que

---

[289] *Teoria* versus *prática.* p. 144.

[290] "Mediante a elaboração da teoria dos atos administrativos em seus diversos aspectos, buscou-se catalogar, conhecer e disciplinar os vários modos com que o Estado agia administrativamente, sempre se ressaltando o caráter unilateral. Vários elementos da tradicional teoria do ato jurídico do âmbito privado foram transportados ou adaptados para o campo do ato administrativo. Por exemplo, para fins de conceito, configura manifestação unilateral de vontade que declara, reconhece, modifica e extingue direitos em matéria administrativa. E inúmeras páginas surgidas para discorrer sobre a controvérsia quanto à aplicabilidade das normas de capacidade e causa ao ato administrativo". MEDAUAR, 2003**,** p. 203.

se fizerem convenientes, com a superveniente sugestão de novos parâmetros e moldes que sejam paradigmaticamente adequados ao Estado Democrático de Direito e ao procedimentalismo que ora se adota como marco teórico regente do estudo.

7.4. A dissecção analítica da "estrutura" do ato normativo: os seus elementos/pressupostos e atributos classicamente consagrados.

Toda a formulação da teoria dos atos administrativos foi fortemente influenciada pela já existente teoria dos atos jurídicos insculpidos no seio da Teoria Geral do Direito, somente acrescentando-se àquela modelagem teórica o elemento da *finalidade pública*[291], que seria própria da espécie e por conseguinte o traço distintivo entre os atos jurídicos provindos dos particulares[292]. Vale dizer que também é comum se querer distinguir as duas espécies de atos jurídicos no tocante à questão da *manifestação de vontade*, que seria mais rigorosa em relação aos administradores públicos, por eventualmente ser mais criterioso o exame em relação aos seus *motivos*, assim como em relação aos seus *objetivos*, por ter relação direta com o interesse público e com ele atrelar a sua finalidade[293].

A noção de ato administrativo passou então a ser gradativamente delineada pelos estudiosos do Direito Administrativo influenciados pelas decisões administrativas exaradas pelos órgãos encarregados das jurisdições administrativas especializadas, assim como também pelo direito positivado[294]. Erigiram-se assim alguns critérios, pressupostos ou requisitos de

---

[291] "Os elementos estruturais do ato jurídico – o sujeito, o objeto, a forma e a própria vontade – garantem a sua presença também no ato administrativo. Ocorre que neste o sujeito e o objeto têm qualificações especiais: o sujeito é sempre um agente investido de prerrogativas públicas, e o objeto há de estar preordenado a um determinado fim de interesse público. **Mas no fundo será ele um instrumento de vontade para a produção dos mesmos efeitos do ato jurídico.**" (CARVALHO FILHO, 2006, p. 87, grifo nosso).

[292] MEIRELLES, 2001, p. 141.

[293] "Segundo entendemos, embora se possa afirmar que a Administração, ao praticar um ato administrativo, transmita determinada manifestação de vontade, o certo é que, quando o faz, os efeitos dessa vontade só se propagam em conformidade com a vontade legal. O agente administrativo, responsável pela concretização do elemento volitivo do Estado, não tem propriamente um 'querer' no que toca ao objetivo da vontade que expressou como sujeito da Administração. Ao expressar o seu 'querer', expressa o próprio 'querer' da lei, de forma que o ato produzirá os efeitos que esta prevê, independentemente de o agente pessoalmente desejar o resultado". CARVALHO FILHO, 2005, p.8. Tal posicionamento deve ser interpretado com a devida temperança já descrita alhures: a releitura do princípio da legalidade administrativa aponta para a observância não somente de um texto legal considerado individualmente, mas assim como de todo o Ordenamento Jurídico,incluindo também os precedentes, os atos normativos infralegais, mas sempre tendo o intérprete como primeira referência a Constituição da República, através do processo intelectivo da *filtragem constitucional.*

[294] Neste sentido, a legislação brasileira tem alguns diplomas normativos especificamente voltados ao controle da atuação administrativa, tais como a Leis nº 5.313/1951, que rege o procedimento do Mandado de Segurança, a

validade para que se fosse considerado *válido* um determinado ato administrativo, embora não haja um consenso doutrinário a respeito do tema. Na elaboração de tal *anatomia* do ato administrativo, passou-se a admitir a existência de alguns *elementos* (pressupostos ou requisitos de validade). Entretanto, vale ressaltar que não há consenso doutrinário acerca da enumeração de tais elementos, visto que não há nem mesmo um consenso estabelecido a respeito do próprio critério do que seja o ato administrativo. De qualquer maneira, traz-se o posicionamento de autores abalizados a respeito do tema. Gustavo Binenbojm assim leciona:

> O ato administrativo é subdividido em elementos ou pressupostos, que revelariam como que a sua anatomia: a competência (atribuição legal do órgão administrativo habilitado); a finalidade (resultado a ser alcançado com a prática do ato); ao motivo (pressupostos fáticos ou jurídicos que determinam ou autorizam a realização do ato, podendo vir expressos na lei – vinculado ou não – discricionário) e ao objeto (efeito jurídico imediato, que também pode estar previamente fixado pela lei ou não)[295].

Florivaldo Dutra de Araújo (2005), seguindo a corrente majoritariamente no Direito Administrativo pátrio, tem entendimento deveras semelhante ao posicionamento acima referenciado. *In verbis*:

> A decomposição da estrutura do ato administrativo é feita objetivando sistematizar e, conseqüentemente, facilitar seu estudo. Essa dissecação leva, tradicionalmente, à identificação de cinco "elementos": *sujeito* (autor do ato); *forma* (exteriorização do ato); *objeto* (conteúdo do ato); *motivo* (situação de direito ou de fato que permite ou obriga à prática do ato) e *finalidade* (bem jurídico a ser atingido pelo ato)[296].(p.53)

Diógenes Gasparini traz um conceito mais analítico a respeito da figura do ato administrativo, trazendo em sua explanação a advertência a respeito da controvérsia levantada pelo tema. É a lição do autor quando se este refere ao tema dos *requisitos de validade* do ato administrativo:

> São os componentes que o ato deve reunir para ser perfeito e válido. Embora seja assim, os autores não estão acordes acerca do número e da identificação desses requisitos, sem levar em conta que ora são chamados de *elementos* e ora de

---

Lei nº 4.717/ 1965 que regula a Ação Popular e a Lei n.º 8.666/1993, que regulamenta as licitações e os chamados contratos administrativos.

[295] BINENBOJM, 2006, p.200.

[296] Foi este também o entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais:
APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE NULIDADE. ATO ADMINISTRATIVO. EXCLUSÃO DE POLICIAL MILITAR POR INDISCIPLINA. VÍCIOS INEXISTENTES. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A validade do ato administrativo requer, na sua formação, **a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto**. Presentes os referidos elementos, inexiste a alegada nulidade. 2. A ampla oportunidade para produzir defesa, inclusive com a nomeação de defensor dativo, afasta a suposta invalidade do ato de exclusão do policial militar por indisciplina. 3. Apelação conhecida e não provida. (sem negrito no original). Número do processo: 1.0000.00.336534-3/000(1). Relator: Caetano Levi Lopes . DJ/MG: 12/09/2003.

> *pressupostos.* A divergência assenta-se nos critérios de seleção dos ditos requisitos e em discordâncias terminológicas. Uns autores reúnem dois em um e diminuem assim o número; outros desdobram um em dois, e desse modo, aumentam o total. Ainda, para uns a *finalidade* é o *fim* e o *motivo* é a *causa*. Para nós, os requisitos do ato administrativo são sete e assim denominados: *agente público competente, finalidade, forma, motivo, conteúdo, objeto* e *causa*. Salvo este, os demais são intuídos do art. 2º e respectivo parágrafo da Lei federal n.º 4.717/65, chamada Lei da Ação Popular[297].

Ao estabelecer a existência de peculiaridades, traços identificadores e nuanças taxonômicas para os atos administrativos, os juristas têm por escopo fornecer indícios e vestígios quase que genéticos da *existência* do ato administrativo, na eventual existência de alguma controvérsia a esse respeito quando do exame de algum ato jurídico. Não obstante, vale ressaltar que a matéria atinente à invalidade dos atos administrativos também em muito se inspira no estudo dos seus requisitos/elementos/pressupostos, visto que o seu desatendimento pode (ou não) levá-lo à mácula da nulidade[298].

Mas não apenas requisitos de validade são imputados aos atos administrativos, mas também o são alguns *atributos* que lhe seriam ínsitos/inerentes à sua própria condição existencial, tal como um *ser* que se expressa através de manifestações próprias[299]. Em tempo, vale ressaltar que, bem como a maioria dos temas de Direito Administrativo, não há também um consenso estabelecido acerca de quais seriam especificamente tais atributos, havendo oscilação doutrinária a respeito de sua enumeração. De qualquer maneira, o que há de assentado na doutrina especializada é que, acaso sejam identificados pela existência dos seus elementos, os atos administrativos, como *entidades* jurídicas peculiares, gozariam de determinadas qualidades e características que não seriam extensíveis às demais espécies de atos jurídicos. Sob o pálio da questionável argumentação de que os atos administrativos versariam sobre interesses distintos dos interesses privados, incidir-se-iam as normas do *regime jurídico-administrativo,* afastando as regras gerais do Direito, dando ensejo à aplicação de um (mais um) plexo de normas outorgantes de privilégios à Administração:

---

[297] *Direito Administrativo.* p.62.

[298] Em que pese a cizânia doutrinária a respeito da prestabilidade da distinção entre *motivo* e *motivação,* o Tribunal de Justiça de Minas Gerais teve por *inválido* o ato administrativo que negligenciou o atendimento do requisito da *motivação*. A saber:
MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO CONCURSADO - ATO ADMINISTRATIVO DE REMOÇÃO PARA DESEMPENHAR A FUNÇÃO DE PROFESSORA NA ZONA RURAL - AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO - NULIDADE DO ATO - ORDEM CONCEDIDA - A motivação é sinal de legalidade. Através da motivação, a administração pública reúne condições de verificar a legalidade do ato. Assim, ausente a motivação, ilegal é o ato administrativo praticado, o que impõe a sua nulidade. Número do processo: 1.0000.00.236483-4/000(1). Relator: Brandão Teixeira. DJ/MG 07/02/2003.

[299] "***Os atos administrativos**, como emanação do Poder Público, **trazem em si** certos* atributos *que os distinguem dos atos jurídicos privados e lhes emprestam características próprias e condições peculiares de atuação. Referimo-nos à* presunção de legitimidade, *à* imperatividade *e à* auto-executoriedade (...)." (sem negrito no original). MEIRELLES, 2001, p. 150.

> A diferença de tratamento dispensado pela ordem jurídica aos interesses públicos e privados acaba por atribuir, a cada um dos atos jurídicos que realizam esses interesses, características próprias, que merecem, em relação ao ato administrativo, exame amiudado. Daí falar em *atributos* do ato administrativo. A doutrina reconhece, como atributos do ato administrativo, a *presunção de legitimidade*, a *imperatividade*, a *exigibilidade e a auto-executoriedade*. **Essas qualidades inexistem no ato jurídico particular,** salvo algumas, em raríssimas exceções. É o caso do direito assegurado aos hoteleiros de reter a bagagem do hóspede que não satisfaz o custo da hospedagem (CC, art. 1469 – exigibilidade) ou da retomada de bem imóvel logo após a prática do esbulho (CC, art. 1210, §1º – auto-executoriedade). Por derradeiro, diga-se que **esses atributos não são encontráveis nos demais atos praticados pela Administração Pública, como acontece com os regidos pelo Direito Privado**, salvo se permitido pelo próprio Ordenamento Jurídico. (grifo nosso) [300].

Cada um desses atributos traria consigo conseqüências distintas quando da aplicação e interpretação do ato jurídico administrativo na práxis jurídica. Repisando o fato de que todos esses atributos como premissa epistemológica a relação verticalizada e hierarquicamente desequilibrada entre a Administração e os cidadãos envolvidos na vida política da comunidade, são comumente referenciados como *indispensáveis* à manutenção da boa condução das atuações administrativas; na maioria das vezes, até se colocam tais atributos do ato administrativo como sendo a única alternativa viável para uma boa governança.

Na necessidade de se estabelecer um ponto de partida para a pesquisa, adotaremos os conceitos elaborados por Bandeira de Mello (2004) que, ao adentrar no estudo da matéria, realiza breve escorço acerca dos referidos atributos dos atos administrativos:

> Se compararmos os diferentes atributos mencionados, vamos verificar que, pela presunção de legitimidade, o ato administrativo, quer seja impositivo de uma obrigação, quer seja atributivo de uma vantagem, é presumido como legítimo; pela imperatividade, o ato cria para terceiro, independentemente de sua aquiescência, uma obrigação; pela exigibilidade, o ato sujeita o administrado à observância de uma dada situação por meios indiretos impostos pela própria Administração, sem recorrer ao Judiciário; pela executoriedade, o ato subjuga o administrado à obediência por meio de coação direta aplicada pela Administração, independentemente de ordem judicial (p.385).

Inúmeras teses e ensaios acadêmicos verteram rios de tinta – e ainda assim continuam – na polêmica acerca dos atributos que revestiriam a *entidade* do ato administrativo e as conseqüências daí advindas, não sendo possível na presente dissertação, fazer estudo aprofundado a respeito de todo o tema, embora a relevância do assunto recomende uma nova pesquisa, a ser procedida de maneira percuciente e acurada. Mas o que se quer é destrinchar o

[300] GASPARINI, 2006. p. 74.

raciocínio que tem conduzido o pensamento e a operacionalização do Direito Administrativo contemporâneo, no caminho a ser seguido pelos juristas quando da análise de um ato jurídico, que perpassaria por duas etapas: identificar os seus elementos ou pressupostos de validade, e logo após laureá-los com um sistema de prerrogativas e benesses não atribuídas aos particulares.

Metaforicamente, poder-se-ia comparar tal método àquele procedido em laboratório por biólogos que almejam enquadrar taxonomicamente uma determinada espécie animal em um grande reino de seres vivos, tentando promover a diferenciação entre um ser que possa ser tido como um cnidário ou um nematelminto. Deitando atenções sobre as características estruturais, anatômicas e fisiológicas do ser em exame, os estudiosos seriam capazes de reunir os seres em agrupamentos dissociados, seguidos pela classificação advinda das similitudes e das diversidades entre eles.

Não se apercebem os juristas que, assim como ensina Hans-Georg Gadamer, o pesquisador terá papel decisivo na construção dos sentidos – **assim como o fará na classificação e tipologia** – do seu objeto de análise, tal como ocorre quando o jurista quer definir a *natureza jurídica* (que por via reversa é ainda uma operação/tentativa de desvelar *essência* de um determinado instituto ou espécie normativa. Como construção intelectual humana que é, o Direito seguirá sendo fruto da discussão, do debate e da construção intersubjetiva de sentidos e significados das normas jurídicas.

Mais uma vez se adverte que não se negligencia da prestabilidade didática das classificações e da sistematização do conhecimento jurídico. Obviamente que todo conhecimento científico reúne em seu catálogo áreas distintas, que por sua vez podem seguir lógicas próprias. Ainda aproveitando o exemplo da Biologia, o enquadramento de um ser vivo em determinado reino animal pode fazer com que dele se esperem certas reações e comportamentos, indicando condutas veterinárias mais adequadas e tratamentos mais eficientes. Mas é de se notar que mesmo a identificação dos reinos de seres vivos será procedida pela atividade intelectiva humana de se *vislumbrar* e *ressaltar* as peculiaridades e minudências apresentadas por cada ser analisado. Não há nada que impeça que outras características não exploradas anteriormente, assim como nunca dantes presenciadas sejam depois valorizadas. Nesse caso, o rearranjo teorético sofrida pelo ramo científico será então inexorável, visto que as classificações até então existentes não se mantiveram suficientes. Foi isto o ocorrido quando da novel classificação biológica do reino dos *vírus* como um reino dos seres vivos distintos dos já catalogados, por não se enquadrar nas tipologias até então

existentes. Não fosse assim a evolução científica, estaria a Biologia condenada à teoria aristotélica da existência apenas dois grandes reinos dos seres vivos.

Felizmente não têm os operadores do Direito a ingrata missão de desvendar uma realidade que nos seja pré-dada, o que faz aliviar o esforço por muitas vezes infecundo ao qual se submetem alguns estudiosos do Direito. Se de uma banda é lenitivo saber que aos juristas não incumbem desvelar naturezas e essências obscuras e/ou encobertas, é também desafiante saber que nunca conseguiremos chegar ao final da empreitada de atribuir novos sentidos e razões aos institutos e construtos jurídicos e filosóficos, visto que também são mutantes os paradigmas que norteiam os trabalhos e pesquisas científicas. Mas não há como deixar de fazê-lo.

7.4.1. O atributo de presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo: sua matriz teórica, suas justificativas e suas conseqüências práticas.

Alcançando o centro *neural* de todo o estudo promovido, passa-se ao exame em específico do atributo de *presunção*[301] *de veracidade e legitimidade do ato administrativo,* aceito majoritariamente pela doutrina administrativista pátria. Contudo, como já asseverado alhures, não é pacífico o entendimento doutrinário acerca da *conceituação* e das respectivas *conseqüências* oriundas dos atributos dos atos administrativos, assim como tampouco há uniformidade em relação ao seus respectivos *graus* de normatividade, o que traz também uma diversidade de entendimentos e de posicionamentos a respeito do tema. Há autores que se referem ao atributo como *presunção de legalidade*, há também os que a ele se referenciam como *presunção de legitimidade,* e há também aqueles que agregam o predicado de *presunção de legitimidade e veracidade* do ato administrativo. A seguir serão colacionados alguns posicionamentos doutrinários a respeito.

Celso Antonio Bandeira de Mello prefere o uso da expressão *presunção de legitimidade,* embora o seu conceito acabe por açambarcar também a idéia de que os atos administrativos se presumem *verdadeiros* até que se faça prova em contrário, e não

[301] Adota-se aqui a lição de Araújo (2005), que ao tratar do tema das *presunções*, assim aduz: "O substantivo presunção e o verbo presumir derivam de praesumptio, praesumo ere, onde prae significa antes e sumo, ere, aceitar, tomar. Daí a idéia de antecipação, concepção primeira. O termo assumirá diversos significados no vernáculo, mas todos ligados à noção de conjectura ou juízo fundado em probabilidade. (...) A necessidade de o direito agasalhar situações calcadas em presunções e aparências é imperativo da vida mesma, que não diminui a ordem jurídica, senão que a torna mais humana e eficaz". (p. 43.).

simplesmente se tendo aprioristicamente por *legítimos.* Ademais, Bandeira de Mello confere ao atributo um mediano grau de normatividade, a ser afastado *desde que* o ato administrativo tenha o seu conteúdo impugnado nas vias judiciais (e não somente nas vias administrativas). Por final, faz a ressalva que tal atributo não pode se ampliar à universalidade dos atos jurídicos, não podendo alcançar a esfera jurídica dos particulares. A saber:

> É a qualidade, que reveste tais atos *(os administrativos),* de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo. Esta, sim, é uma característica comum aos atos administrativos em geral; as subseqüentemente referidas não se aplicam aos atos ampliativos da esfera jurídica dos administrados.(2004, p. 383)

Conseqüência do conceito de Bandeira de Mello é *grau de normatividade* do atributo em referência, pois, segundo o entendimento do autor, o aludido atributo vigoraria até que seja efetivamente questionado em sede judicial, salvo quando da existência de expressa disposição legal. Ou seja: o ato é *presumidamente* legítimo e verdadeiro até que seja impugnado nas vias judiciais. Entretanto, ao estabelecer que a aludida presunção se enrijeça acaso haja uma expressa disposição legal, Bandeira de Mello acaba por retroceder em seu posicionamento, como que retornando ao paradigma liberal do Direito, onde se cria que a *lei* – e não a Constituição – seria o elemento norteador do Direito Administrativo, ainda estribando as bases da legitimidade no atributo da legalidade.

José dos Santos Carvalho Filho (2006) adota conceituação que não se vincula à necessidade de edição de *lei* para dotar os atos administrativos da qualidade de ser *presumidamente* conforme às normas jurídicas. Alerta o autor que a presunção não pode ser tida por absoluta, por ser permeável e aberta à contestação, acaso haja a produção de prova em contrário. O autor acrescenta também que dito atributo teria o condão de promover a *inversão do ônus da prova,* o que faz com que seja incumbência daquele que impugna pela *ilegalidade* do ato administrativo a produção do lastro probatório:

> Os atos administrativos, quando editados, trazem em si a presunção de legitimidade, ou seja, a presunção de que nasceram em conformidade com as devidas normas legais, como bem anota Diez. Essa característica não depende de lei expressa, mas deflui da própria natureza do ato administrativo, como ato emanado de agente integrante da estrutura do Estado. Vários são os fundamentos dados a essa característica. O fundamento precípuo, no entanto, reside na circunstância de que se cuida de atos emanados de agentes detentores de parcela do Poder Público, imbuídos, como é natural, do objetivo de alcançar o interesse que lhes compete proteger. Desse modo, inconcebível seria admitir que não tivessem a aura de legitimidade, permitindo-se que a todo momento sofressem algum entrave oposto

> por pessoas de interesses contrários. (...) A hipótese é de presunção ***iuris tantum*** (ou relativa), sabido que pode ceder à prova em contrário, no sentido de que o ato não se conformou às regras que lhe traçavam as linhas, como se supunha. (...) Outro efeito é a inversão do ônus da prova, cabendo a quem alegar não ser o ato legítimo a comprovação da ilegalidade. Enquanto isso não ocorrer, contudo, o ato vai produzindo normalmente os seus efeitos e sendo considerado válido, seja no revestimento formal, seja no seu próprio conteúdo (p. 106,107, grifo nosso).

Não parece haver razões que sejam aptas a sustentar um posicionamento tão ortodoxo por parte de tão renomado jurista. Primeiramente, assenta-se tal entendimento na alegação de que o aludido atributo defluiria de uma pretensa *natureza/essência* do ato jurídico administrativo. Já repisamos – de forma quase cansativa – que não há nenhuma característica que seja uma "manifestação natural" de uma entidade jurídica. Caso assim fosse, incorrer-se-ia em raciocínio irreflexivo de que o Direito não é conhecimento construído intersubjetivamente, mas tão-somente algo dado pela natureza, no simples aguardo do exame atento dos juristas a desvelar os seus sentidos previamente ordenados. Ato contínuo, o fundamento da *legitimidade do ato pelo cargo público de autoridade* de seu editor também é algo que merece ser lido com os devidos temperamentos: não se pode incorrer na ilusão de que, embora sejam investidos do poder/dever administrativo de cuidar do bem comum e do interesse público, estariam os agentes públicos realmente a promovê-los em todos os seus atos. Tal suposição é tributária das compreensões próprias do estado social de Direito, donde se considerava que os agentes públicos estatais seriam dotados de autoridade que lhes exonerariam de buscar constantemente a justificação e aceitabilidade racional de suas ações. No paradigma democrático de Direito, o encargo de todo aquele que participa do processo político é fundamentar *todas* as suas idéias e posicionamentos; com isso, o *argumento de autoridade pública* cede o seu prestígio à *autoridade pública do melhor argumento.* Não importa quem tenha exarado determinado entendimento: para que seja considerada *legítima*, uma decisão deve ter como bússola o atendimento aos pressupostos do discurso racional, ou seja, as situações ideais de fala esquadrinhadas por Jürgen Habermas, somente sendo solapada uma determinada alegação caso surja outra com maior êxito e aceitabilidade racional.

O conceito erigido por Odete Medauar (2007) a respeito do atributo em referência não é mais elucidativo. Preferindo denominá-lo de *principio da presunção de legalidade e veracidade*, a autora não expõe suas conseqüências práticas, ou seja, se haveria ou não a inversão do ônus da prova, assim como também não deixa claro se tal prerrogativa seria vulnerável à sua impugnação judicial ou administrativa:

> As decisões da Administração são editadas com o pressuposto de que estão **conformes às normas legais** e de que seu conteúdo é **verdadeiro**. Este último aspecto incide principalmente sobre os documentos expedidos pela Administração. O art. 19, inc. II, da CF, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios recusar fé aos documentos públicos (p.144).

Diógenes Gasparini aduz, com maior refinamento, um conceito mais esmiuçado a respeito do atributo, fazendo lúcidas ressalvas e apontamentos. Embora considere que tal qualidade decorreria do princípio da legalidade, o autor faz- nos algumas asseverações que são valiosas no estudo aprofundado do tema. *In verbis*:

> É a qualidade de todo e qualquer ato administrativo de ser tido como verdadeiro e conforme o Direito. Milita em seu favor uma presunção *juris tantum* de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade. (...) Não se infira dessa afirmação que se está a dizer que os atos administrativos são sempre legais. Na realidade, embora não devessem, é certo que muitos desses atos são ilegais, conforme a prática tem demonstrado. Essa circunstância, no entanto, não invalida o princípio. A Administração Pública, em face desse princípio, não tem necessidade de realizar, em relação ao ato praticado, qualquer prova de sua veracidade ou legalidade, salvo quando contestado na esfera judicial, administrativa ou perante o Tribunal de Contas (grifo nosso)[302].

Revelam-se da maior importância as ressalvas feitas pelo autor. Se por um aspecto o doutrinador se apercebe que o fato de *dever* atuar nos parâmetros da legalidade não faz com que os agentes públicos assim efetivamente o façam, por outro lado também é acertada a idéia de que a Administração Pública não possui a incumbência de realizar prova da veracidade ou da legalidade de seus atos quando da lida quotidiana ordinária. Ocorre que, acaso seus atos sejam impugnados perante o Poder Judiciário, perante os órgãos administrativos ou perante o Tribunal de Contas, devem os agentes administrativos comprovar de forma robusta a juridicidade de suas ações. Interessante anotar que tal conceito acaba por inibir que, sob a escusa da presunção de legitimidade/legalidade dos atos administrativos, um administrador público queira se esquivar de justificar seus gastos e suas condutas administrativas quando instado a fazê-lo.

Não se pode perder de vista quais são as conseqüências jurídicas advindas da formulação do conceito deste atributo do ato administrativo, sob pena de se caracterizar uma aporia teorética a comprometer a cientificidade e racionalidade do Direito. Se por uma banda os atos administrativos são presumidamente legítimos, também assim devem ser considerados todos os demais atos jurídicos havidos no Ordenamento, pois se contrário fosse, impossível viabilizar a operacionalização do sistema jurídico. Nesse sentido:

---

[302] GASPARINI, 2006, p.74-75.

> A presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos milita não só em favor das pessoas jurídicas de direito público, como também do cidadão que se mostra, de alguma forma por eles alcançado. (LEAL, 2007, p.62).

Já se demonstrou no decorrer do presente trabalho que, no regime democrático, a noção de isonomia é uma das mais caras ao Direito, embora esta não seja mais interpretada segundo os parâmetros formais do liberalismo, assim como também não mais sejam aceitos os moldes clientelistas formulados no paradigma do Estado Social de Direito. A repaginação da *igualdade* nos tempos hodiernos admite que haja, em determinados casos, o tratamento privilegiado de alguns setores sociais e classes de pessoas[303], em virtude da existência de determinados traços de *hipossuficiência*. Entretanto, o *discrímen* baseado na investidura de cargo público ou no exercício de autoridade pública é algo que não se sustenta no estágio atual da racionalidade jurídica e política, sob pena de se incorrer no equívoco kelseniano de identificar acriticamente *legitimidade* e *eficácia*.

O grande risco em que se incorre é imaginar ser possível *antecipar o convencimento* de todos interlocutores do processo de tomada de decisões da vida política, imaginando que a autoridade pública seria sempre persuasiva em seus argumentos pelo simples fato de exercer um *múnus* público, no desprestígio flagrante do princípio da isonomia. Se rompido o tratamento igualitário dos integrantes da prática discursiva sem que haja uma justificativa racional para tanto, é patente a afronta que implica sobremaneira as bases de legitimidade do Direito, mesmo que tal desequilíbrio seja promovido pelo texto legal. Afinal, *legalidade* não é necessariamente acompanhada do predicado de *legitimidade*. Nesse sentido, Thibau assim leciona:

> (...) é possível afirmar que, ao influenciar sobre a Prova, com a dispensa da fixação do fato cuja verdade provável é antecipada pela lei – a aproveitar aquele que se favorece da **presunção legal relativa**–, seguida da atribuição da possibilidade de afastar a presunção legalmente estipulada por aquele que por essa é desfavorecido, **a presunção legal relativa** importa em quebra de igualdade de tratamento que deve ser dispensada aos co-autores, e também destinatários, das decisões no âmbito de aplicação do direito. (THIBAU, 2007, p. 110)

O mesmo autor segue seu raciocínio em leitura constitucionalizada do instituto das presunções jurídicas, atentando à necessidade de se dotá-la do indispensável viés democrático. Nem mesmo a existência de *lei* que atribua casuisticamente uma presunção relativa[304], não

[303] Não foi outra a inspiração do Direito Consumerista e do Direito do Trabalho.

[304] Comumente se referencia às Certidões de Dívida Ativa da Fazenda Pública como detentoras do atributo da presunção de veracidade e legitimidade. Dissentimos de tal assertiva, pois não se podem confundir os atributos

havendo distinção *qualitativa* entre presunção comum e presunção legal, haja vista que sempre a tessitura dos argumentos desenvolvidos é que trará a melhor resposta. É o que recomenda o regime democrático estabelecido constitucionalmente e que detém posição de supremacia em relação a quaisquer outras normas jurídicas do Ordenamento:

> (...) para que se possa apresentar uma hipótese satisfatória ao problema que suscitamos acerca da compatibilidade ou não das **presunções legais relativas** com o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, torna-se indispensável que, antes, identifiquemos como Prova se enuncia "numa proposta democrática que suplica equacionamento técnico-jurídico pela garantia do devido processo constitucional. (THIBAU, 2007, p. 98)

Resumidamente, Araújo (2005) faz apanhado geral sobre o atributo do ato administrativo em referência, discorrendo com rara felicidade e com sensato alinhamento teórico, revelando-se paradigmaticamente adequado aos propósitos democráticos:

> Quanto ao regime das presunções no direito administrativo, afirma-se que os atos administrativos gozam do atributo geral de serem presumidos conforme à ordem jurídica, até prova em contrário. Possuem, portanto, a presunção *juris tantum* de legalidade, segundo ensinamento uníssono e secular da doutrina. Tal assertiva, sobre ser infirmada pela prática cotidiana, constitui-se em significativo índice do quanto ainda impregnam os estudos de Direito Administrativo certas ideologias autoritárias (...) A existência do dever de legalidade não implica, no entanto, que ele possa ser tido como satisfeito, até prova em contrário.
> Além disso, também os atos de direito privado submetem-se aos imperativos da legalidade e nem por isso são tidos como portadores de presunção *juris tantum* de conformidade com a lei, a não ser em casos especificados no direito positivo (...) A situação normal é de se presumirem legais todos os atos administrativos, tanto quanto os de direito privado, conforme o que comumente ocorre (...) As exigências de celeridade e segurança na atividade administrativa, bem como o fato de certos atos administrativos gozarem de executoriedade afeta à própria Administração, também não justificam afirmações apriorísticas de que as manifestações de vontade do Estado gozem genericamente de presunção de legalidade, até prova em contrário. Tais fatores, conjugados com a força coativa do Estado, contribuem igualmente no plano da eficácia, não da validade dos atos administrativos (p.47, grifo nosso).

7.4.2 A aplicação inconstitucional da presunção de legalidade/legitimidade do ato administrativo em processos restritivos de direitos. O ônus de imputar acusações acompanhadas do respectivo lastro probatório.

---

de certeza e liquidez do título executivo com tal atributo do ato administrativo. Isso porque os atributos de *certeza* e *liquidez* dessas certidões só serão tidos por lícitos acaso tenha havido a regular constituição do crédito tributário, com a garantia da ampla defesa e do contraditório em favor do contribuinte.

Tendo sido revisitados os conceitos doutrinários acerca do ato administrativo, seus elementos e atributos, em especial o de *presunção de legitimidade/legalidade* e *veracidade do ato administrativo*, necessário rever pontualmente quais são as suas conseqüências práticas e sugerir novas compreensões acerca da matéria, em específico quando de processos administrativos que tenham por escopo a aplicação de sanções e/ou penas que restrinjam direitos. Diz-se isso porque a sua aplicação acrítica pode trazer efeitos nefastos que fazem com que as visões de Weber e Marx do Direito como sendo um mero instrumento refinado de dominação sejam confirmadas.

Assim como já dito, utilizar a presunção de veracidade e legitimidade dos atos jurídicos somente em benefício das autoridades administrativas é entendimento temerário que pode fazer com que sejam subvertidos os preceitos de direitos fundamentais centralizadores do nosso sistema jurídico, em especial, o *princípio da presunção de inocência*. Em determinados momentos, a utilização desse recurso teórico pode fazer com que o sistema privilegie o emprego de métodos irracionais de tomadas de decisões. Exemplo crasso do que se diz é a edição de Instrução Normativa[305], por parte da Corregedoria da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, que subverte *expressamente* o princípio do *status* de inocência do servidor militar quando da acusação de um policial hierarquicamente superior. Em que pese, o aludido ato normativo se refira à possibilidade de defesa e a garantia do contraditório; o seu efeito pode ser funesto ao militar acusado, quando forçado a produzir *provas negativas* daquilo que lhe foi imputado. A seguir o artigo que espelha o centro nevrálgico de toda a crítica:

> **Art. 40**. A comunicação disciplinar deve ser a expressão da verdade, presumindo-se verdadeiras as afirmações do comunicante, cabendo ao comunicado provar o contrário. O comunicante cumpre um dever legal e age em nome da Administração, quando assim procede.
> § 1º O princípio da presunção da inocência é inerente especificamente ao Direito Penal e Processual Penal e não ao Direito Administrativo, **assim a presunção de legitimidade e veracidade prevalece sobre a presunção de inocência em prol da disciplina militar,** fazendo prova dos fatos que tenham ocorrido na presença de funcionário público, nos termos do art. 364 do CPC.
> § 2º Pode e deve a autoridade competente valer-se do atributo da presunção de legitimidade e veracidade para o julgamento de transgressões disciplinares, depois de asseguradas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, cumprindo-se o devido processo legal.
> **§ 3º O atributo da presunção da legitimidade e da veracidade pode ser utilizado para fundamentar, motivar a decisão da autoridade competente somente quando o militar comunicante tenha presenciado os fatos, não tendo o acusado conseguido elidir sua culpa, apresentando provas em contrário, e quando a Administração não dispuser de outros meios de prova capazes de fundamentar a decisão punitiva.**

[305] Instrução Normativa nº 01/05.

> **§ 4º A autoridade militar competente, sempre que possível, deverá fundamentar sua decisão**, com base em outros elementos de convicção que, em conjunto com a presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo, formarão sua decisão
> sobre os fatos, devendo estar inserto na motivação do ato administrativo punitivo, as razões que levaram à formação do juízo de valor.
> § 5º Caso a autoridade não esteja convencida dos fatos, poderá deixar de aplicar o atributo da presunção de legitimidade e veracidade, desde que fundamente o ato absolutório com as razões que o levaram a não estar convencido sobre os fatos. Na fundamentação deverá, entretanto, ficar esclarecido que a decisão absolutória se deu, não por falta de provas, mas por não convencimento dos fatos, nos termos do art. 439 do CPPM. (grifo nosso).

Ao lhe ser imputada uma infração, cabe ao acusado promover provas do contrário? Teria o agente administrativo acusador superior a palavra autorizada sobre o determinado tema? Seu entendimento seria mais *fidedigno* do que o do acusado? Como se partir da premissa que aos acusadores é atribuída maior confiabilidade do que em relação ao inquirido? Poderia a hierarquia militar ser argumento suficientemente forte para elidir o atendimento dos pressupostos do Estado Democrático de Direito?

Indubitavelmente o paradigma filosófico a inspirar tal raciocínio insere-se anteriormente até mesmo da Reforma Protestante, haja vista que ainda perdura a noção do *argumento de autoridade*, que pode acabar por favorecer o abuso de poder e ensejar perseguições e achaques na estrutura administrativa. Foi este o entendimento que motivou as decisões judiciais que analisaram a juridicidade da medida, seja em primeira ou segunda instâncias, culminando com a admissão do argumento que propugnava pela inconstitucionalidade do referido ato normativo[306]. Ou seja, nem mesmo dentro da estrutura hierárquica policial se admite *verdadeira* uma denúncia estribada apenas em alegações não seguidas do mínimo de material probatório.

Transpondo o mesmo raciocínio para o exercício da polícia administrativa, quando da autuação por parte de agentes administrativos, devem também suas alegações vir acompanhadas dos respectivos laudos, documentos e registros periciais que dêem supedâneo às alegações administrativas[307]. Simples alegações não podem ser aptas a *fundamentar* e *motivar* decisões administrativas (ou mesmo judiciais) que acabem por restringir, limitar ou extinguir direitos. Como exemplo, trazemos o sempre questionado trabalho de polícia administrativa de tráfego urbano, por ser pródigo o Código de Trânsito Brasileiro[308] na previsão de infrações administrativas que requerem parcimônia em sua aplicação. Comumente

---

[306] Disponível para consulta em www.tjmg.gov.br sob o nº : 1.0024.05.696847-2/002. Acesso em 10 de janeiro de 2008.
[307] *"Provar em direito é representar e demonstrar, instrumentando, os **elementos** de prova pelos **meios** de prova"*. LEAL, 2005. p.51.
[308] Lei Ordinária Federal nº 9.503, de 23 de Setembro de 1997.

se pergunta: como contraditar o agente que autua o cidadão por dirigir o veículo com calçados que não se firmem nos pedais? Como provar que o agente de trânsito se equivocou ao dizer que o condutor do veículo estava ao telefone móvel enquanto guiava seu veículo?[309] Não subsistem razões para se partir do pressuposto da *culpabilidade* daquele que é autuado pelo agente de controle do tráfego urbano.

O mesmo pode ser dito quando da autuação por agentes públicos investidos em cargos de fiscais das agências de vigilância sanitária estatais. Admita-se a hipótese de que determinado restaurante seja autuado em virtude do aspecto pútrido de determinado alimento que eventualmente acondiciona em seus depósitos. Como o estabelecimento comercial irá promover a sua defesa se não há um laudo ou parecer técnico a ser contraditado? Como oportunizar o contraditório se não são recolhidas amostras dos alimentos para posterior exame laboratorial?

Há algumas sugestões a serem apontadas para uma fiscalização administrativa que seja racional e, portanto legítima, e nas palavras de Jürgen Habermas, aproximar o Direito da sua *validade* e não apenas condenando-o à sua mera *faticidade*. A evolução da tecnologia já propicia o registro de filmes e fotografias que poderão dar maior nitidez e exatidão às alegações dos agentes administrativos. O uso de radares, de câmeras fotográficas e filmadoras revelam como se consegue conduzir de maneira mais aceitável a um bom termo sobre o que seja *verdade*, no contido no documento que traduz a autuação. A exigência de documentação técnica e pericial que suportem as alegações contidas na autuação também é alternativa que se demonstra consoante com a nova compreensão do que seja verdade, pois já se destacou que *convencer* os demais integrantes do processo (administrativo ou não) é ofício inarredável. Mesmo as provas testemunhais podem ser o requisito mínimo para dar maior credibilidade às alegações daqueles que promovem atos que irão restringir ou extirpar direitos de outrem, pois suas versões poderão ser contraditadas, podendo-se assim identificar eventuais incongruências e inexatidões nas informações. Outra possibilidade de se otimizar o controle da fiscalização é que a prescrição à Administração para que esta publique em seu Diário Oficial todas as multas exaradas por seus agentes fiscais em todos os dias, evitando assim que um mesmo fiscal subscreva uma autuação em locais diversos à mesma hora. O melhor treinamento dos agentes administrativos para que possam agir em sua competência fiscalizatória, não apenas para o correto manejo dos instrumentos e recursos tecnológicos, mas também para que consigam

[309] Condutas tipificadas como infrações pelo Código de Trânsito Brasileiro em seu Artigo 252, IV e V respectivamente.

aduzir razões convincentes em suas respectivas autuações é proposta que se revela útil para o incremento da legitimidade dos seus atos fiscalizatórios.

A doutrina *processualista* contemporânea, impregnada pelas inspirações democráticas das prescrições constitucionais, apregoa que a prolação de qualquer provimento seja formalizado e sobejamente acompanhado de carga probatória apta a suportar as alegações formuladas nos processos[310]. Observe-se também que se repudiam veementemente as alegações que caberiam tão somente ao juízo, enclausurado em seu monismo/solipsismo decisório, a decisão da refrega, com bases em virtudes ou qualidades pessoais[311].

Isto porque, em suma, o Direito, em sua obstinada cruzada pelo incremento das bases de legitimidade de sua operacionalização, urge pela construção teórica de recursos e instrumentos técnicos que dispensem a existência de justificativas irracionais e/ou arrimadas em argumentos de religião, tradição ou poder administrativo. Em muitas vezes tal desafio pode parecer insuperável. Todavia, não há como retroceder.

---

[310] "Atualmente, a distinção entre verdade formal e substancial perdeu seu brilho. A doutrina moderna do direito processual vem sistematicamente rechaçando esta diferenciação (...) A idéia de verdade formal, é, portanto, absolutamente inconsistente e, por esta mesma razão, foi (e tende a ser cada vez mais), paulatinamente, perdendo o seu prestígio no seio do processo civil. A doutrina mais moderna nenhuma faz referência mais a este conceito, que não apresenta qualquer utilidade prática, sendo mero argumento retórico a sustentar a posição cômoda do juiz de inércia na reconstrução dos fatos e a freqüente dissonância do produto obtido no processo com a realidade fática". (MARINONI, ARENHART, 2000. p.37).

[311] "Verossímil não é aquilo que tem aparência de verdade (a ser percebida por um juiz talentoso e com grande "sensibilidade humanística", (...) mas o que se poderia colher de uma estrutura procedimental em que elementos (dados extra-autos pensados ou percebidos), por via dos meios (métodos legais de coleta, mediante acatamento da principiologia constitucional do processo, com alegações ensejadas em lei, que dão existência, intra-autos, aos elementos) se fixassem, por meio de instrumentos (laudos, documentos) que, por sua vez, permitissem, em razão exatamente da sua formalização, não só o controle de constitucionalidade desses métodos, como também o grau de coerência das afirmações judiciais sobre esses dados". LEAL, 2003, p.15-16.

8 CONCLUSÃO

O progresso da pesquisa, na presente dissertação, fez com que fossem revisitados inúmeros momentos sociais, históricos, filosóficos e científicos da humanidade na reconstrução do desenvolvimento da Ciência Jurídica, tendo como foco específico o plexo de normas jurídicas que versam sobre a relação entre Estado e Sociedade Civil, normas estas que são tidas classicamente como enquadradas no bojo da disciplina do Direito Administrativo.

No decorrer do estudo, foram expostas diversas teses, inseridas nas mais diferentes vertentes epistemológicas, dentre elas a Sociologia, o Direito, a Filosofia, sendo que todas foram devidamente acompanhadas de suas respectivas inovações e críticas, assim como procurou-se expor algumas das suas deficiências teóricas. Tal esforço expositivo teve por escopo demonstrar o grau de influência que tais construções teóricas exerceram (e permanecem exercendo) no raciocínio jurídico, embora muitas delas já tenham sido desacreditadas e superadas por novas teses mais refinadas e sofisticadas.

Temas de profundidade considerável foram enfrentados, tais como as definições históricas e contextualizadas do que sejam o Estado e a Sociedade Civil, redefinindo as noções de inúmeros construtos filosóficos e jurídicos, tais como *cientificidade, legitimidade, espaço público, esfera particular, racionalidade, liberalismo, comunitarismo, interesse público, serviço público, legalidade, ato administrativo, segurança jurídica,* dentre outros.

Vale lembrar a especial atenção dispensada ao conceito de *verdade*, pois ao se produzir um trabalho que ambicione *cientificidade,* o compromisso com o conhecimento *verídico* é algo que não pode ser menoscabado. Entretanto, mesmo o conteúdo conceitual do que seja algo *verdadeiro* foi necessário ser formulado, pois tal predicado reclama a sua decomposição em bases racionais de conceituação. Pelo fato do Direito operar com a reconstituição da realidade fática no deslindes de controvérsias, promoveu-se ilações acerca do que seja *a realidade*, desconstruindo-se mitos calcados na dualidade filosófica de Platão, espancando também justificações metafísicas e positivistas acerca do tema, no intuito de alinhar o Direito às concepções mais avançadas sobre o que seja *verdadeiro*.

Outro ponto sensível da dissertação foi atendimento do preceito basilar da *operacionalização legítima* da Ciência Jurídica, adjazendo a esse raciocínio a premissa de que o Direito pode representar não apenas um meio de sofisticada dominação técnica, mas um instrumento capaz de satisfazer propósitos de coesão e pacificação social ensejador de

harmonia e conformidade nas relações sociais. Tendo tal aspecto sempre como referência, foram expostas algumas das diversas concepções de *aceitabilidade racional* das normas jurídicas, perpassando por sortidas compreensões do que venha a ser *legitimidade*, dentre elas algumas visões formalistas, comunitaristas, socialistas e, por derradeiro, as mais sofisticadas compreensões procedimentalistas, sendo estas tomadas como marco teórico a guiar as perguntas, bem como as ilações delas procedentes.

Até mesmo os propósitos e os ideais que inspiram a aplicação do Direito Administrativo, desde aqueles do seu surgimento até os dos dias atuais, foram trabalhados de acordo com o *paradigma* científico vigente. Não obstante, foram revistos os fenômenos científicos, políticos e sociais, sendo todos abordados de maneira sistêmica, comprovando a intensa redefinição dos papéis e intentos do administrativismo a serem desempenhados na prática sócio-política das comunidades.

Primariamente tido como um escudo-defensor do cidadão frente aos desmandos dos governantes, o Direito Administrativo revestiu-se de caráter liberal que alçou alta envergadura durante alguns anos, até que a frieza do Estado Liberal se viu seriamente questionada pelos pensadores do Estado- Providência.

Em um segundo momento, as atribuições estatais transcenderam à dimensão unicamente da garantia da propriedade, da mantença da segurança pública e dos direitos políticos, fazendo com que a própria existência estatal estribasse sua legitimidade no grau de prestabilidade/utilidade das suas ações.

Ocorre que o agigantamento das atribuições oficiais, a insuficiência do aparato estatal para a consecução destes objetivos, assim como a desnaturação das individualidades dos cidadãos frente a um macro sujeito ético a expressar a vontade e o interesse público fizeram com que uma nova proposta democrática fosse lapidada. Um Direito Administrativo burilado em alto grau de participação popular, com um traço inarredável de crítica e questionamento acaba por tomar lugar de destaque nas atuais construções teóricas da doutrina especializada.

Em tais moldes, não houve outra proposta que angariasse os mesmos créditos que o discursivismo de Jürgen Habermas, pois, em tempos de neo-constitucionalismo e na tentativa de implantação de uma democracia radical, outra sugestão não logrou mais sucesso; pontuem-se as críticas desenvolvidas no trabalho que foram direcionadas às teorias contemporâneas de legitimação do Direito através da técnica de *ponderação de valores*, embora se tenha reconhecido o seu acréscimo de racionalidade em relação ao positivismo jurídico.

Assim, as propostas do *procedimentalismo* habermasiano foram tidas por mais satisfatórias para a consecução das finalidades do ideário democrático, bem como a absorção

teórica dos ganhos advindos do giro lingüístico-pragmático da filosofia da linguagem: suas construções teóricas acerca do que sejam a *prática discursiva*, as situações ideais de fala como pressupostos contra-fáticos do discurso, suas críticas opostas aos liberais e aos comunitaristas, a compreensão do seja *a verdade* também foram aproveitadas. Não apenas as construções teóricas foram colacionadas, pois, no esforço de erigir uma teoria deveras comprometida com a sua viabilidade prática (no chamado irrecusável de que não há teoria possível sem a sua adequação à práxis social), foram articulados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, assim como foram colacionados textos normativos, sendo feito o necessário contraponto entre os preceitos jurídicos teoréticos e as suas competentes conseqüências práticas deles oriundos.

Tendo sido adotado o procedimentalismo como marco teórico norteador da pesquisa, evitou se incorrer no embuste causado pelo artifício de um *sincretismo metodológico,* tendo sido analisados alguns dos consagrados institutos e normas de Direito Administrativo de maneira paradigmaticamente adequada, o que acabou por tender invariavelmente à formulação de severas críticas ao Estado atual da arte da disciplina em alusão, embora haja posicionamentos oxigenados e renovados a indicar alternativas possíveis, que a seu turno também foram trazidos à baila.

E ao final do trabalho, com a síntese das diversas posições trazidas, logrou melhor êxito a proposta doutrinária que sugere a construção casuística e pontual dos preceitos jurídicos, inserida no espaço intersubjetivo/discursivo de formulação das pretensões de validade jurídico-científicas, com os seus respectivos (e incessantes) resgates discursivos. Aceitar algo somente como *tido-provisoriamente-para-nós-como-verdadeiro.* Em termos vulgares: definir o conteúdo do Direito através de respostas pontuais a preencherem perguntas contextualizadas, construindo nesse processo crítico-argumentativo uma Ciência Jurídica atenta às peculiaridades de todos os casos concretos. Ressalva indispensável feita no trabalho é que não se pode perder de vista o tratamento do Direito como Integridade, mantendo sempre o necessário liame de congruência na interpretação e aplicação das normas jurídicas, sob pena de se comprometer a unidade epistemológica desse saber humano. Ademais, com esse raciocínio, é possível a articulação dos dois vieses do Direito: se de uma banda o Direito é viabilizador de transformação social, também é possível que ele exerça o seu papel de mantenedor da estabilidade social das condutas humanas.

Não é ocioso relembrar que foram refutadas, de maneira quase que *obcecada,* argumentos de cunho divinatório, metafísicos e/ou positivistas, por não se admitir no estágio atual da racionalidade comunicativa contemporânea as premissas epistemológicas dos

postulados científicos lavrados com tais inspirações. Tudo isso porque, embora, durante determinado momento, alguns enunciados possam gozar de normatividade/validade científica, aspectos controversos acabam por fazer ruir as suas comportas de *certeza*, abrindo espaços para novas formulações científicas, atribuindo nova modelagem às pretensões de validade até então existentes.

Ante todo o exposto e, após todo o trabalho promovido, a pesquisa acaba por aconselhar que seja feita a advertência: é passada a hora do despertar dos juristas acerca do comportamento fleumático no qual durante muito tempo o Direito Administrativo repousou; alijados do cômodo papel de justificadores da legalidade posta, os administrativistas haverão de saber lidar com um Direito dinâmico, exigente e capaz de promover os direitos fundamentais de participação política dos cidadãos no processo de tomadas de decisões políticas, com a abertura radical de canais jurídicos institucionalizados para a sua participação.

Por derradeiro, o que se concluiu durante o evolver de todo o estudo foi que a inclusão de todos os argumentos possíveis na prática discursiva – que por sua vez é inerente à democracia – é algo a ser tido como uma premissa epistemológica do Direito no paradigma hodiernamente vivenciado. A noção que compreende o direito de participação do cidadão no processo de tomada de decisões políticas acaba por ser sobremaneira ampliado, sendo que a sua sonegação é algo a ser repudiado veementemente, inclusive sob a pecha de *inconstitucionalidade*. Nesse talante, é redefinida a multidimensionalidade do Direito Administrativo, que se despe da roupagem de *defensor* do cidadão frente ao poder administrativo, bem como não mais detém o caráter de *arsenal técnico-teórico* de dominação por parte dos agentes públicos e das autoridades institucionalmente investidas. **O Direito Administrativo, se (e somente se) operado em bases racionais, emerge como salutar alternativa para uma governança inclusiva e dialógica, assumindo papel preponderante na construção de uma Ciência Jurídica deveras inclusiva e democrática, figurando como o canal jurídico institucionalizado de uma relação de colaboração e cooperação entre os participantes do processo político.**

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

AMORIM, Maria de Lourdes dos Santos Simões. **O controle do mérito do ato administrativo pelo poder judiciário***:* a irracionalidade da distinção entre atos vinculados e discricionários. Monografia de conclusão de curso. Belo Horizonte: Pucminas, 2006.

ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. Natureza jurídica das fundações de apoio. In: FERRAZ, Luciano e MOTTA, Fabrício (coords). **Direito Público Moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

APEL, Karl-Otto. **A raiz comum entre ética e linguagem**. Entrevista com Jesus de Paula Assis. Disponível em www.scielo.br. Acesso em 10 de outubro de 2007.

ARAGÃO, Alexandre. O marco regulatório dos Serviços Públicos. **Revista Interesse Público**, nº27, Sapucaia do Sul: Notadez, s.d.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A concepção pós-positivista do princípio da legalidade.* **Revista de Direito Administrativo***,* Rio de Janeiro. vl. 236, abr./jun 2004.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo.** 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. **Motivação e controle do ato administrativo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ARAGÃO, Lúcia. **Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

ARRUDA, José Jobson de Andrade. **Revolução Industrial e Capitalismo**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

ÁVILA, Humberto. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". In: SARMENTO, Daniel (org). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, **Discricionariedade e controle judicial**. São Paulo: Malheiros. 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação.* **Revista Eletrônica de Direito do Estado,** Salvador**,** Instituto de Direito Público da Bahia, nº 7, jul/ago/ set 2006. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em 26/10/2007

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BARROSO,Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva. 1996.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito* (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo,** n.º 240, Abr./Jun. 2005. Rio de Janeiro: Renovar.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BELOCH, Israel*;* ABREU, Alzira Alves. (Coords.). **Dicionário histórico-biográfico brasileiro: 1930- 1983**. Rio de Janeiro: Forense Universitária: FGV/ CPDOC, v. 3, 1984.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Forense, Jan/Mar 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico.** Lições de Filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo**. Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2002.

BORGES, Alice Gonzalez. *Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?* **Revista Interesse Público,** Ano 8, nº 37, mai./jun. de 2006. Porto Alegre: NotaDez.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O princípio da proporcionalidade sob uma perspectiva hermenêutica argumentativa. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Vol. 1, nº3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005.

CARNOY, Martin. **Estado e Teoria Política.** 3ª ed. Campinas: Papirus, 1990.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Émerson (org.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 13ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO NETTO, Menelick. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Revista de Direito Comparado**.v.3. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CASSESE, Sabino. *As transformações do Direito Administrativo do Século XIX ao XXI*. Revista Interesse Público, Ano 5, nº 24. Março/ Abril de 2004. Porto Alegre: Notadez

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Geral do Direito Moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio; CANÊDO, Carlos Augusto. Eutanásia e dogmática penal: por uma compreensão paradigmaticamente adequada do Direito Penal através de uma teoria da adequabilidade normativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo:. Revista dos Tribunais. v.36, out./dez 2001.

CLÈVE, Clèmerson . **Atividade legislativa do poder executivo**. 2ª ed. do livro **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Manual de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2004.

CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. **Wittgenstein***:* linguagem e mundo. São Paulo: Annablume, 1998.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A efetivação das liminares monetárias contra a Fazenda Pública. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 56, mai.-jun. de 2004.

COSTA, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo,** nº. 29, jun. 88.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de Direito Administrativo:** curso moderno de graduação. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo Constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate:** o constitucionalismo brasilero entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DEL CLARO, Maria Ângela. O Direito Administrativo e a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR,** América do Sul, vol.40 4/04/2005.

DESCARTES, René. **O discurso do Método**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIAS, Maria Tereza. **Direito Administrativo Pós-Moderno.** Novos paradigmas do Direito Administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito.* **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, vl. 8, n.º16, 2005.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública.** São Paulo: Atlas, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella .Inovações no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Interesse Público**- Ano 6, nº30, março/abril de 2005. Porto Alegre: Notadez.

DOBB, Maurice. **A evolução do capitalismo**. Tradução de Manuel do Rego Braga. 9ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1978.

DOR, Joel. **O pai e sua função em psicanálise**. Tradução de Dulce Duque Estrada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

DUGUIT, Léon. Traité de Droit Constitutionnel, 2ª ed., v.II, 1923.

DUGUIT, Léon. **Soberania y Libertad.** Tradução para o espanhol por José Acuña. Buenos Aires, 1943.

DUTRA, Delamar José Volpato. A legalidade como forma do Estado de Direito. **Kriterion**. Revista da Faculdade de Filosofia da Universidade Federal de Minas Gerais. nº 109. Jan./Jun. 2004.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

ESCOLA, Jorge Hector. **El interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo.** Buenos Aires: Depalma, 1989.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7ª ed., atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FEYERABEND, Paul Karl. **La conquista de La abundancia**. Tradução de Radamés Molina y César Mora. Barcelona: Paidós. 2001.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. *O pós-positivismo e o papel do juiz em um Estado Democrático de Direito*. Revista *Decisum*, Gab. Cons. Antonio Carlos Andrada, Tribunal de Contas de Minas Gerais, Ano 1, nº1, 2007.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Crítica ao princípio da proporcionalidade como fundamento de decisões judiciais: abordagem à luz da teoria discursiva do Direito*. Dissertação (mestrado). Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Pós-graduação de Direito, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico.* Rio de Janeiro: Forense. 2004.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

FREITAS, Juarez. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.). **Direito Público Moderno**. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p.174.

FROTA. Hidemberg Alves da. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no direito positivo comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular. **Revista de Direito Administrativo**, nº 239, jan/mar 2005. Rio de Janeiro: Renovar.

GADAMER, Hans- Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2003

GALILEI, Galileu. **O ensaiador**. vol. VI.

GALLUPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo,** 11ª ed., São Paulo: Saraiva. 2006.

GOMES, Alexandre Travessoni. A posição do Direito na Filosofia Prática de Kant. In: GALLUPO, Marcelo Campos (org.). **O Brasil que queremos**: **reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: PUC MINAS, 2006.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen**. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOYARD- FABRE. **Os fundamentos da Ordem Jurídica**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros. 1998.

GUERRA, Giovanni. **Origem, evolução e tendências do sindicalismo no Brasil**. Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2004.

GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a "fórmula do peso"de Robert Alexy: significância e algumas implicações**. Revista de Processo**, Ano 31, nº 141, novembro 2006. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa e DIAS, Maria Teresa Fonseca. (**Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey. 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a faticidade e a validade**. Volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Catedra, 1994.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública.** Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação: ensaios filosóficos**. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HORBACH, Carlos Bastide. **Teoria das nulidades do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 35.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Coleção *"Os pensadores"* Vol. I. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 3ª ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1994.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70. Data ?

KAPLAN, Harold. **Compêndio de psiquiatria: ciências do comportamento e psiquiatria clínica.** Tradução de Dayse Batista. 7ª ed.. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1963.

KELSEN, Hans. ***Théorie pure du droit.*** **Adaptée de l'allemand par Henri Thévenaz**. 2ª ed. Neuchâtel: Éditions de La Baconnière, 1988.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LEAL, André Cordeiro. A teoria do processo de conhecimento e a inconstitucionalidade do sistema de provas dos juizados especiais cíveis (lei n.9.099/95). **Revista do Unicentro Izabela Hendrix,** Nova Lima, vol. 2. 2003.

LEAL, Rogério Gesta. Dimensões normativas, temporais e político-sociais da revisão do ato administrativo no Brasil: possibilidades. **Interesse Público**, ano 9, nº 42, março/abril de 2007. Porto Alegre: Notadez.

LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. In: FIÚZA, César Augusto de Castro et al (Coords).**Temas atuais de direito processual civil**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada –temática processual e reflexões jurídicas.** Belo Horizonte: Del Rey. 2005

LEÃO XIII, Papa. **Encíclica *Rerum Novarum.*** Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html. Acesso em 24/04/2007.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário** São Paulo: Malheiros, 2004.

MAFRA FILHO, Francisco de Saltes Almeida. Nascimento e evolução do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Renovar, Rio de Janeiro, nº 238: Out./Dez 04.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. Tomo 1. Belo Horizonte, Mandamentos, 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Poder Municipal. Paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Direitos Humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MARGUTTI PINTO, Paulo Roberto. O Tractatus de Wittgenstein como obra de iniciação. **Revista de Filosofia do Programa de Pós Graduação em Filosofia da Universidade do Vale do Rio Sinos**, v.5, nº8, São Leopoldo: UNISINOS, 2004.

MARINONI, Luis Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais. t.1, 2000.

MARX, Karl. **Para a crítica da economia política.** São Paulo: Abril Cultural, 1965.

MARX, Karl. **A ideologia alemã**. São Paulo: Hucitec, 1991.

MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. Supervisão e notas de Marcelo Backes. São Paulo: Boitempo, 2005.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. Manifesto do Partido Comunista. In: REIS FILHO, Daniel Aragão. **O manifesto do partido comunista 150 anos depois**. Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: Perseu Abramo, 1998.

MATOS, Andytias Soares de Moura Costa. **A concepção de justiça de Hans Kelsen em face do positivismo relativista e do jusnaturalismo absolutista.** Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2004.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Da presunção de inocência do servidor público – no processo disciplinar brasileiro o ônus da prova incumbe à administração. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 233. Rio de Janeiro, Jul./Set 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em evolução** 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELO, Lígia. Novas perspectivas para o Direito Administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. **Revista Interesse Público**, ano 9, nº 43, mai./jun. 2007. Belo Horizonte: Fórum.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

MEYER, Emilio Peluso Neder. A argüição de descumprimento de preceito fundamental no paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo (coord.). **O Supremo Tribunal Federal revisitado**: o ano judiciário de 2002. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MIRANDA AFONSO, Elza Maria. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen.** Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1982.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. In: COSTA WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme (coord.). **Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari.** Belo Horizonte: Del Rey. 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional.** Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEWTON, Isaac. **Princípios Matemáticos da Filosofia Natural**. Tradução de Carlos Lopes de Mattos, Pablo Rubén Mariconda e Luiz Possas. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção "Os Pensadores").

OLIVEIRA, Fábio. Política e Estado no pensamento Marxista. **Revista Seqüência do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina**, nº 43, Dezembro de 2001.

OLIVEIRA, Felipe Faria de. *Hermenêutica tributária, tipicidade e direitos fundamentais*: uma análise paradigmática do sistema tributário rumo a um Estado Democrático de Direito. Dissertação (mestrado). Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Pós-graduação de Direito, 2007.

OLIVEIRA, Jurisdição Constitucional: poder constituinte permanente? In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite. **Hermenêutica e jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Felipe Faria de. *Hermenêutica tributária, tipicidade e direitos fundamentais*: uma análise paradigmática do sistema tributário rumo a um Estado Democrático de Direito. Dissertação (mestrado). Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Pós-graduação de Direito, 2007.

OHLWEILER, Leonel. Teoria versus prática: em busca da função social da dogmática jurídica (o exemplo privilegiado do direito administrativo). In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, 2005.

PASQUALINI, Alexandre. O público e o privado. In: SARLET, Ingo Wolfang (org.). **Direito Público em tempos de crise:** estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

PIRES, Maria Coeli Simões e NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.** Ano XXII, nº2. Belo Horizonte: Tribunal de Contas de Minas Gerais.

REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. **História da Filosofia:** do Humanismo a Kant. São Paulo: Paulus, 1990.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia:** do Humanismo a Kant. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004

REALE, Giovanni. **História da filosofia antiga**. Tradução de Marcelo Perine. V.1. São Paulo: Loyola, 1993.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e federação no Brasil***:* traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ROSA, Márcio Fernando Elias. Discricionariedade e moralidade administrativa. In: GARCIA, Émerson (org.). **Discricionariedade Administrativa.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

ROVIGHI, Sofia. **História da Filosofia Moderna: da revolução científica a Hegel**. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

SAINZ MORENO, Fernando. **Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Editorial Civitas, 1976.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de Justiça em Kant, seu fundamento na liberdade e na igualdade.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. **Estudos Avançados**, vol.2, nº.2. May/Aug. 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências.** Porto: Edições Afrontamento, 1995

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva. 1989.

SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005

SCHIRIATO, Victor. A regulação dos Serviços Públicos como Instrumento para o Desenvolvimento. **Revista Interesse Público**, Ano 6, nº 30, março/abril de 2005. Porto Alegre: Notadez.

SILVA, Antonio Henrique Corrêa. **Colisão de princípios e ponderação de interesses:** solução ruim para problema inexistente. Rio de Janeiro, 2002. (Manuscrito)

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: **o substrato clássico e os novos paradigmas como compreensão para o Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lenio Luis. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado.** 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

TABORDA, Maren Guimarães. Os elementos do conceito de ato administrativo: comparação entre distintos modelos. **Estudos Jurídicos**. Vol. 34, nº90, Jan./Abr. 2001

TÁCITO, Caio. Transformações do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, nº 242 Out./Dez 2005

THEODORO JÚNIOR, Humberto Theodoro. Prova- Princípio da verdade real- Poderes do juiz- Ônus da prova e sua eventual inversão- Provas ilícitas- Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). **Revista de Direito Privado**. nº17. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan./Mar. 2004.

THIBAU, Vinícius Lott. As presunções legais relativas e o contraditório no paradigma do Estado democrático de direito.

TORRES, Ana Paula Repolês. Uma análise epistemológica da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Revista CEJ, Brasília, n.º33, p.76, abr./jun. 2006.

VEDEL, Georges. **Droit Administratif**. 3ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1964.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução e apresentação do ensaio introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: EDUSP, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção *Os pensadores*)

WOLKMER, Antonio Carlos. Crise de representação e cidadania participativa na Constituição Brasileira de 1988. In: Sarlet, Ingo Wolfang (org.). **Direito Público em tempos de crise:** estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ZILLES, Urbano. “O Tractatus Logico- Philosophicus” de Wittgenstein. **Convivium,** Revista Bimestral de Investigação Cultural, nº3, maio de 1989.