

**UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE**

MARCOS PAULO ANDRADE BIANCHINI

**A INTERPRETAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS
INDETERMINADOS E A SINDICABILIDADE JUDICIAL SOB A
ÓTICA DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO**

Belo Horizonte
2017

MARCOS PAULO ANDRADE BIANCHINI
Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4196274767642580>

**A INTERPRETAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS
INDETERMINADOS E A SINDICABILIDADE JUDICIAL SOB A
ÓTICA DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico em Direito (*stricto sensu*) da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Instituições sociais, direito e democracia.

Linha de pesquisa: Esfera pública, legitimidade e controle.

Projeto de pesquisa: Administração pública, controle e consensualidade.

Orientadora: Prof. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias

Coorientador: Prof. Dr. André Cordeiro Leal.

Belo Horizonte
2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Bianchini, Marcos Paulo Andrade, 1978-

A interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados e a sindicabilidade judicial sob a ótica da teoria neoinstitucionalista do processo / Marcos Paulo Andrade Bianchini. – Belo Horizonte, 2017.

158 f. ; 29,7 cm

Orientadora: Maria Tereza Fonseca Dias

Co-orientador: André Cordeiro Leal

Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2017.

1. Controle jurisdicional de atos administrativos - Brasil.
2. Legitimidade (Direito) - Brasil. 3. Administração pública - Brasil. I. Título. II. Dias, Maria Tereza Fonseca. III. Leal, André Cordeiro. IV. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 35



NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof^a. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias _____ *M.F. Dias*

Prof. Dr. Thiago Lopes Decat _____ *Thiago Lopes Decat*

Prof. Dr. André Cordeiro Leal _____ *A. Cordeiro Leal*

Prof^a. Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira _____ *H. Colodetti*

MESTRANDO: MARCOS PAULO ANDRADE BIANCHINI

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

***“A INTERPRETAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E A
SINDICABILIDADE JUDICIAL SOB A ÓTICA DA TEORIA
NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO”***

NOTA: (100) *cem* _____

ASSINATURA ORIENTADORA: _____ *M.F. Dias*

DATA DA DEFESA: 07/02/2017

Dedico este trabalho ao meu lar que se chama Bianchini.
Em especial à Solzinha que depois de alguns anos está de volta à academia.
Me orgulho de você!

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço ao meu Deus que tem a habilidade de transformar sonhos em realidade. Obrigado Senhor pela disposição, pela graça, pela saúde e por todas as provisões de valores inestimáveis que foram minhas companheiras nesse projeto que se finda. Tenho certeza que continuarás me guiando pelas veredas da Justiça por amor do seu nome (Salmos 23:2).

Agradeço profundamente a todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade FUMEC, em especial, à minha orientadora Prof. Dra. Maria Tereza de Fonseca Dias que me inspira com seu exemplo e excelência no trabalho. Certamente tatuaste minha vida com o seu amor pelo Direito Administrativo e pela pesquisa jurídica. Já sinto saudades.

Fica registrado meu agradecimento e minha homenagem ao meu querido coorientador Prof. Dr. André Cordeiro Leal. Quando me perguntam sobre o senhor digo que és um homem que cumpre o que promete. Nos prometeu, no primeiro dia de aula, que no transcurso da disciplina seríamos tomados por uma angústia em decorrência do desmascaramento da dogmática do direito tão presente em nossa vivência forense e acadêmica. Pois bem, durmo e acordo com essa angústia todos os dias. Essa angústia não cessa.

Nesses dois anos pude conviver com pessoas fantásticas que se tornaram muito mais que amigas: O “inoxidável” Zandona, a doce Helena Colodetti, o sábio Gambogi, o companheiro Alderico, os grandes parceiros Túlio, Renato Horta, Tamer e Paulo Lassi, assim como todos os colegas das turmas 11, 12, 13 e 14 do nosso PPGD. A todos meu muito obrigado!

Na jornada da pós-graduação tive meu tanque abastecido pelos incentivos e exemplos dos meus amigos e sempre mestres: Abraão Soares dos Santos Gracco, Gabriela Mansur Soares, João Ricardo Ferreira, Cintia Moreira, Mônica Queiroz, Thiago Penido, Daniel Sarapu e Tueli Tavares.

Fica registrado meu agradecimento à minha Igreja, a quem irradio todo meu carinho e paixão por meio dos meus queridos pastores: Cláudio e Silvia; Arnaldo e Virginia. Vocês são fantásticos!

Obrigado Kildare, Dani e Bruninho pela cooperação maravilhosa nas revisões, na pesquisa e na formatação dos trabalhos acadêmicos. Sempre que estou com vocês me sinto

mais feliz.

Manifesto minha gratidão ao meu irmão Frederico Starling e à D. Terezinha, que constantemente consolam meu coração e me apoiam em tudo. Estamos juntos!

Agradeço aos meu pais, Beni & Mari, que são sempre mais eu. Que me ensinaram “o caminho que deve andar”. Com vocês aprendo a cada instante sobre o amor, a honestidade e o carinho. Amo vocês!

Aos meus irmãos, cunhados, sobrinhos, tios, à minha avó, que sempre torcem por mim e vibram com as minhas (nossas) conquistas. Em especial à futura jurista Débora Bianchini e Giovanni Adriani. Obrigado por todo o apoio e ajuda constante que despendem a mim.

Aos meus filhos, Nino e Juninho, agradeço com todos os meus sentimentos. Vocês compreenderam muitas vezes minha ausência em virtude da empreitada acadêmica. Tenho certeza que vocês trilharão por este caminho. Hoje me aplaudem, mas tanto hoje quanto amanhã estarei sempre pavimentando a estrada para vocês. Esta vitória nos pertence. Vos amo!

A minha esposa Solzinha (a mulher mais linda do mundo) que sempre está ao meu lado nessa grande aventura que dura 23 anos. Que venham mais 100 anos. Em você eu sei empiricamente o que quer dizer “uma só carne”. Juntos com Deus formamos um trio imbatível. Conseguimos querida!

“Não sabemos. Só podemos conjecturar”

Karl Popper (2013, p. 243).

*“Ou o homem constrói o seu mundo ou o mundo
acontecido continua massacrando o homem”*

Rosemiro Pereira Leal (2013, p. 6).

RESUMO

O estudo se propôs a pesquisar o controle judicial da interpretação administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados no Estado Democrático de Direito. Se pretendeu aprofundar e tratar de forma crítico-reflexiva o exercício da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados quando manejados pela Administração Pública por meio de uma teoria democrática apta a prestar legitimidade à atividade administrativa nesse mister. Diante disso, a pesquisa procurou responder a seguinte pergunta: o controle judicial que incide sobre a interpretação administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados permite a abertura da interpretação à comunidade jurídica legitimada (povo), e tem conferido legitimidade aos atos da Administração Pública? Partiu-se da premissa que há compatibilidade entre o princípio da separação dos poderes (art. 2º, CRFB/1988) e o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CRFB/1988), uma vez que tanto a Administração quanto o Judiciário estão vinculados à juridicidade e é garantido ao cidadão se valer do processo como espaço crítico-argumentativo para ver concretizados seus direitos fundamentais, que possuem características de certeza, liquidez e exigibilidade. A pesquisa pertence a vertente sociológica-jurídica uma vez que analisou, por meio de pesquisa jurisprudencial, como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal tem concebido a diferenciação entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados e a extensão do controle judicial dos conceitos jurídicos indeterminados. Dessa maneira, compreendeu-se a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados à luz da teoria do conhecimento objetivo de Karl Popper e a teoria Neoinstitucionalista do processo para propor uma teoria de decisão jurídica que seja democrática e dotada de legitimidade, construída pelos legitimados à interpretação. Concluiu-se que o cidadão, por meio do processo e seus princípios institutivos (contraditório, ampla defesa e isonomia) e no exercício da hermenêutica isomênica, segundo a teoria Neoinstitucionalista do processo, deve participar da interpretação das normas que possuem em seu conteúdo conceitos jurídicos indeterminados. Se esta abertura não for oportunizada pela Administração por procedimentos processualizados, o cidadão pode buscar a correção da interpretação com o controle jurisdicional.

Palavras chave: Conceitos jurídicos indeterminados. Teoria Neoinstitucionalista do processo. Controle judicial. Decisão jurídica. Legitimidade.

ABSTRACT

The study aimed to investigate the judicial control of the administrative interpretation of the indeterminate legal concepts in the Democratic State of Law. It was intended to deepen and to treat in a critically-reflexive way the exercise of the indeterminate legal concepts interpretation when managed by the Public Administration through a democratic theory apt to lend legitimacy to the administrative activity in its duty. Therefore, the research sought to answer the following question: does judicial control exercised over the administrative interpretation of indeterminate legal concepts allow the interpretation to be opened to the legitimate legal community (people), and has it conferred legitimacy on the acts of the Public Administration? It was based on the premise that there is compatibility between the principle of separation of powers (Article 2, CRFB / 1988) and the principle of inability of jurisdiction (Article 5, XXXV, CRFB / 1988), since both the Administration And the judiciary are bound to legality and it is guaranteed to the citizen to use the process as a critical-argumentative space to see their fundamental rights materialized, since these have characteristics of certainty, liquidity and enforceability. The study fits in the sociological-juridical aspect since it analyzed, through a jurisprudential research, how the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court have conceived the contrast between discretionary and undefined legal concepts and the extension of judicial control of the indeterminate juridical concepts. In this way, theory of indeterminate legal concepts was understood in the light of Karl Popper's concept of objective knowledge and the Neoinstitutionalist theory of the process to propose a theory of legal decision that is democratic and endowed with legitimacy, constructed by those legitimated to the interpretation. It was concluded that citizen must participate in the interpretation of the norms that have in their content indeterminate legal concepts, using the process and its institutional principles (contradictory, ample defense and isonomy) and the exercise of isomenic hermeneutics, according to the Neoinstitutionalist theory of the process. If this opening is not authorized by the Administration by procedural procedures, the citizen can seek the correction of the interpretation with the judicial control.

Key words: Undetermined legal concepts. Neoinstitutionalist theory of the process. Judicial control. legal decision. Legitimacy.

LISTA DE SIGLAS

§ – Parágrafo

a.C. – antes de Cristo

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Agr Reg – Agravo Regimental

art. - Artigo

c/c – combinado com

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CJM – Circunscrição Judiciária Militar

CPC/1973 – Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil.

CPC/2015 – Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

CPP – Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

MI – Mandado de Injunção

MS – Mandado de Segurança

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

PGR – Procurador Geral da República

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

REx – Recurso Extraordinário

RMS – Recurso em Mandado de Segurança

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 – INTRODUÇÃO TEÓRICO-METODOLÓGICA.....	4
1.1 Contexto de problematização da investigação	4
1.2 Hipótese	8
1.3 Objetivos.....	9
1.4 Aspectos metodológicos.....	10
1.4.1 Referenciais teóricos	10
1.4.2 Métodos e técnicas de pesquisa.....	13
CAPÍTULO 2 A INTERPRETAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	16
2.1 Breve incursão sobre as principais teorias dos conceitos.....	16
2.2 O direito e a linguagem	30
2.3 Lei, direito, termos e conceitos jurídicos: conjecturas para uma adequação no Estado Democrático de Direito.....	33
2.4 Os conceitos no direito: uma delimitação necessária	39
2.5 A teoria das molduras interpretativas de Hans Kelsen na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados	43
2.6 A Teoria da interpretação de Ronald Dworkin: discricionariedade forte, discricionariedade fraca e os conceitos jurídicos indeterminados	50
2.7 O princípio da proporcionalidade de Robert Alexy e a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados	57
2.8 A teoria Neoinstitucionalista do processo: conjecturas para uma decisão jurídica democrática na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados.....	68
2.8.1 Karl Popper e a teoria do conhecimento objetivo	68
2.8.2 A teoria Neoinstitucionalista do processo e os princípios institutivos do contraditório, da isonomia e da ampla defesa	74
2.8.3 A hermenêutica isomênica e a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados	79
CAPÍTULO 3 A RELAÇÃO ENTRE VINCULAÇÃO, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	91
3.1 Da legalidade estrita do Estado Liberal à juridicidade no Estado Democrático de Direito	91
3.2 Vinculação e discricionariedade: uma necessária releitura no Estado Democrático de Direito	98
3.3 A discricionariedade administrativa e as teoria dos conceitos jurídicos indeterminados	104
3.3.1 A recepção da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo Brasileiro.....	109

3.4 Os parâmetros adotados pelos Tribunais Superiores na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados	117
3.5 O processo nas estruturas dos procedimentos da atividade administrativa e no controle jurisdicional da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados: possibilidades e proposições.....	124
CAPÍTULO 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	131
REFERÊNCIAS	143

CAPÍTULO 1 – INTRODUÇÃO TEÓRICO-METODOLÓGICA

1.1 Contexto de problematização da investigação

O estudo se propôs a pesquisar o controle judicial da interpretação administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados no Estado Democrático de Direito.

Os conceitos jurídicos indeterminados, também chamados de fluidos, vagos ou imprecisos, têm sido utilizados na técnica legislativa e estão presentes em todos os ramos do Direito.

Quando a Administração Pública interpreta palavras presentes em textos legais, tais como “velhice”, “conduta ilibada”, “notável saber”, “urgência”, pode incorrer em abuso de poder, perseguições ou favorecimentos. Também pode alcançar o interesse público secundário e outras situações que são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, notadamente por representar afronta à juridicidade.

A questão controvertida deste trabalho é identificar se há identidade entre a discricionariedade e a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados. E, se haveria ou não sindicabilidade judicial quando da valoração dos conceitos jurídicos indeterminados.

A interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados pode ser usada como trunfo pela Administração (autoridade) sob o argumento do descabimento do controle judicial e sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes. Por outro lado, pode se tornar um canal dialógico que oportuniza a abertura da interpretação aos legitimados (povo) dotando, assim, a atividade administrativa de legitimidade.

O trabalho se propõe a enfrentar de forma crítica as teorias clássicas que versam sobre a teoria dos conceitos, iniciando a caminhada na filosofia grega antiga até o giro linguístico.

Analisar-se-á também as teorias da decisão jurídica proposta por Hans Kelsen, Ronald Dworkin e Robert Alexy, como também os julgados dos Tribunais Superiores neste tempo de enfrentamento entre o denominado neoconstitucionalismo e positivismo (STRECK, 2009, p. 1), tudo com o intuito de realizar uma revisão teórica na busca de conjecturar com a teoria Neoinstitucionalista uma teoria de decisão jurídica para a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados que seja compatível com o Estado Democrático de Direito.

O que se pretende, portanto, é aprofundar e tratar de forma crítico-reflexiva o exercício da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados quando manejados pela

Administração Pública, por meio da teoria Neoinstitucionalista do processo como proposição de teoria democrática apta para prestar legitimidade a atividade administrativa nesse mister.

Com isso, busca-se superar os resquícios de autoritarismo do administrador na atividade de interpretar os conceitos jurídicos indeterminados e, assim, exercer a discricionariedade administrativa e imunizar-se do controle jurisdicional.

A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados tem como nascedouro a controvérsia entre Bernatizik e Tezner, juristas austríacos, em meados do Século XIX (MORAES, 1999, p. 66).

Para Bernatizik a valoração dos conceitos jurídicos indeterminados não se daria por meio de puro silogismo, que só poderia se concretizar como resultado de complexo processo em cadeia, criando assim um problema aparentemente intransponível para a época. A questão foi resolvida de forma simplória ao considerar que a presença dos conceitos jurídicos indeterminados atribuem discricionariedade à autoridade administrativa e, por isso, impermeáveis e intangíveis a qualquer tipo de controle jurisdicional. Esse pensamento por algum tempo influenciou o Supremo Tribunal Austríaco (SOUSA, 1994, p. 35).

Já Tezner defendia que os conceitos jurídicos indeterminados eram inimigos do Estado de Direito, e que deveriam ser abandonados, pois, quando são postos em ligação com fatos reais, podem admitir cadeias de pensamentos altamente complexas e diversas, por isso tornava-se imprescindível o controle de legalidade operado pelo Judiciário quando a Administração Pública manejava tais conceitos (SOUSA, 1994, p. 35).

Das correntes doutrinárias formuladas por Bernatizik e Tezner surgiram duas teorias: a teoria da multivalência, com fundamento na doutrina de Bernatizik, que apregoa que na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados são possíveis várias decisões corretas (discricionariedade); e, a teoria da univocidade, com raízes em Tezner, que defende existir uma única solução correta decorrente da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados quando postos em contato com fatos reais (poder vinculado) (SOUSA, 1994, p. 36).

A questão controvertida entre a discricionariedade e a valoração dos conceitos jurídicos indeterminados, como decorrência das doutrinas formulado por Bernatizik e Tezner, se dá sobre a incidência do controle jurisdicional dos atos praticados pela Administração Pública advindos dos respectivos institutos.

Nesse sentido, trata-se de saber se haveria ou não sindicabilidade judicial quando a Administração interpreta normas que tem em seu conteúdo conceitos jurídicos indeterminados.

Em suma: para a teoria da multivalência não seria cabível o controle jurisdicional, por representar afronta ao princípio da separação dos poderes, por ter o mérito do ato administrativo e o exercício da discricionariedade como função típica do Executivo. Já para a teoria da univocidade seria cabível o controle jurisdicional, pois a interpretação e valoração dos conceitos jurídicos indeterminados resultam de uma operação mental, de intelecção e, por isso, pode-se conceber diferentes interpretações advindas dos mesmos termos ou palavras (MORAES, 2009, p. 56).

Tem-se na teoria da univocidade que o uso de conceitos jurídicos indeterminados na atividade legiferante permite que uma comunidade política opere a sua interpretação sem a necessidade de alterar o texto da lei, incidindo tais alterações sobre o conteúdo e o sentido da norma.

Então, as normas do sistema constitucional poderiam atender aos anseios sociais e seriam dotadas de legitimidade por meio de interpretação democrática que seria oportunizada pelo canal dialógico aberto no controle jurisdicional.

Para se fazer um corte epistemológico, percebe-se no contexto brasileiro o grande problema instalado pelas divergentes teorias de decisão jurídica que são utilizadas tanto pela Administração Pública quanto pelo Judiciário para interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados.

As teorias da decisão jurídica utilizadas para se interpretar os conceitos jurídicos indeterminados encontram fortes bases na relação sujeito-objeto da metafísica clássica e na filosofia da consciência decorrente do *cogito* cartesiano e possibilitam que a decisão decorra da consciência solitária do decisor, autoridade detentora da competência para declarar o que o Direito é e o que ele não é.

A teoria dos quadrantes interpretativos de Hans Kelsen, a discricionariedade fraca e forte de Ronald Dworkin, e a proporcionalidade de Robert Alexy são teorias que se esforçam para romper com as teorias solipsista e se propõem como teorias de decisão jurídica aptas a dar sustentabilidade à interpretação e aplicação do Direito.

As teorias acima citadas ainda permitem a manifestação exacerbada de arbitrariedade e decisionismo da autoridade (seja o administrador ou o juiz), ao autorizar o decisor escolher (discricionariedade) as hipóteses de subsunção exegética que estejam dentro ou fora do quadrante de interpretação; utilizar métodos que se fundam em um juiz mitológico (o Hércules de Dworkin) ou usar fórmulas como a “proporcionalidade” e a “razoabilidade”, por exemplo.

Com a adoção da juridicidade, existe a possibilidade de abertura da interpretação por princípios, que o descuido epistemológico-metodológico faz desaguar em um pan-principiologismo que os princípios “passam a dizer qualquer coisa e coisa alguma” (STRECK, 2014, p. 167).

A decisão jurídica deve ter fundamento em conhecimento objetivo, verificável e falseável, como defende Popper (1975, p. 32).

Certo que a vinculação da Administração à legalidade foi substituída pela sua vinculação e observância à Constituição, à lei e aos princípios (MEDAUAR, 2003, p. 198). Não cabe mais falar na contemporaneidade em dicotomia entre atos vinculados e discricionários, e sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à Juridicidade.

Paulo Otero afirma, nesse sentido, que a reserva vertical de lei foi substituída por uma reserva vertical de Constituição, sendo esta o fundamento de atuação da Administração, como norma direta e imediatamente habilitadora de competência e como critério imediato de decisão administrativa (OTERO, 2003, p. 733).

Assim, considerando a Juridicidade, é necessário buscar uma teoria da decisão que possibilite a abertura da interpretação a todos os afetados pela decisão decorrente, de tal forma que se essa abertura não for oportunizada nas vias administrativas e se o cidadão se sentir prejudicado, é possível buscar correção da interpretação com o controle jurisdicional.

Por isso, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, quando ocorrer ameaça ou afronta ao direito do cidadão, o Judiciário está autorizado a verificar os atos administrativos para além da forma, para além da legalidade estrita, e sindicalizar se tais atos se coadunam com a juridicidade.

Percebe-se nas últimas décadas uma crescente intensidade no controle jurisdicional da atividade administrativa, uma vez que não há um divórcio entre o Direito Administrativo e o Constitucional: compartilham um condomínio comum (KRELL, 2013, p. 107). Assim, afasta-se de forma paulatina o conceito de que os atos administrativos são insindicáveis pelo Judiciário.

A ideia de controle, fiscalização, coordenação e cooperação recíprocos torna-se o centro de gravidade do princípio da separação dos poderes no atual paradigma (MORAES, 1999, p. 100).

No entanto, um controle jurisdicional dos atos administrativo que tem o Judiciário assentado na teoria instrumentalista do processo, só faz migrar as decisões da autoridade da Administração para a autoridade do Juiz.

A teoria instrumentalista do processo concebe o processo como instrumento à serviço da jurisdição e ocupa lugar de destaque no Judiciário e na academia brasileira, tendo como seus principais teóricos Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2006).

Por outro lado, a Teoria Neoinstitucionalista tem o processo com as garantias principiológicas da reserva legal consubstanciadas nos direitos da isonomia, da ampla defesa e do contraditório que antecipadamente são assegurados na Constituição (LEAL, 2014, p. 22).

Dessa forma, a Jurisdição que seria instrumento do processo aberto à qualquer do povo, propiciando uma fiscalidade irrestrita (concreta e abstrata) do controle procedimental de constitucionalidade e contemplando uma hermenêutica adequada ao Estado de Direito no eixo da Teoria do Discurso que exige compreensão única para todos os operadores do direito e não somente para segmentos privilegiados da comunidade jurídica (LEAL, 2014, p. 270).

No sistema de jurisdição una, como é no Brasil, o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o direito fundamental ao devido processo são verdadeiros marcos civilizatórios e principais alicerces do Estado Democrático de Direito.

Por isso, se torna imperiosa a busca de uma teoria da decisão jurídica que permita aos afetados a construção da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados. Se a construção dessa interpretação não for oportunizada pela Administração, é possível a sindicabilidade judicial para se buscar a correção dada aos conceitos jurídicos indeterminados para além da consciência solitária e visão do decisor.

Por isso a pesquisa procura responder a seguinte pergunta: o controle judicial que incide sobre a interpretação administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados permite a abertura da interpretação à comunidade jurídica legitimada (povo), e tem conferido legitimidade aos atos da Administração Pública?

1.2 Hipótese

A hipótese de que parte a pesquisa é de que o cidadão por meio do processo e seus princípios institutivos (contraditório, ampla defesa e isonomia), no exercício da hermenêutica isomênica, segundo a teoria Neoinstitucionalista do processo, pode participar da interpretação das normas que possuem em seu conteúdo conceitos jurídicos indeterminados.

Se esta abertura não for oportunizada pela Administração por procedimentos processualizados, o cidadão pode buscar a correção da interpretação com o controle jurisdicional.

Assim, conjectura-se nesse momento da pesquisa que há compatibilidade entre o princípio da separação dos poderes (art. 2º, CRFB/1988) e o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CRFB/1988), uma vez que tanto a Administração quanto o Judiciário estão vinculados à Juridicidade e é garantido ao cidadão se valer do processo como espaço crítico-argumentativo para ver concretizados seus direitos fundamentais, que possuem características de certeza, liquidez e exigibilidade.

1.3 Objetivos

O objetivo geral da pesquisa é demonstrar que o controle jurisdicional da interpretação administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados possibilita a abertura da interpretação à comunidade jurídica legitimada (cidadãos) por meio do processo e do exercício da hermenêutica isomênica, isso para além da decisão que deriva da consciência solitária do decisor, o que oportunizará decisões jurídicas legítimas e democráticas, sem representar, para isso, afronta ao princípio da separação dos poderes.

Para se alcançar o objetivo geral da pesquisa foram desenvolvidos no decorrer do trabalho os seguintes objetivos específicos e com isso:

- a) analisou a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados;
- b) entendeu-se a manifestação dos “conceitos” na marcha histórica, desde a filosofia grega até o giro linguístico;
- c) compreendeu qual o tratamento que o Direito dispensa aos conceitos indeterminados;
- d) verificou se há identidade entre a discricionariedade administrativa, vinculação e os conceitos jurídicos indeterminados;
- e) compreendeu a construção e a desconstrução do princípio da legalidade no Estado Liberal e a Juridicidade no Estado Democrático de Direito;
- f) pesquisou sobre as teorias de decisão jurídicas mais utilizadas na vivência brasileira para interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, dentre elas, as teorias desenvolvidas por Hans Kelsen, Ronald Dworkin e Robert Alexy;
- g) estudou a teoria Neoinstitucionalista do processo e a teoria do conhecimento objetivo de Karl Popper de tal forma a conjecturar a viabilidade da aplicação de tais teorias na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados no controle judicial, tudo para aferir se são aptas a produzir decisões jurídicas democráticas e hábeis para conferir legitimidade à interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados;

- h) levantou e interpretou dados extraídos dos sites do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça de acórdãos que tem por objeto o controle jurisdicional da interpretação administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados.

1.4 Aspectos metodológicos

1.4.1 Referenciais teóricos

Habermas, ao lecionar sobre a interpretação das normas do ordenamento jurídico, redimensiona a proposta de Klaus Günther (2004) e concebe que na criação e aplicação (interpretação) da norma jurídica o discurso divide-se em dois momentos: o discurso de fundamentação e o discurso de aplicação¹. Por discurso de fundamentação entende-se o momento de elaboração das normas (HABERMAS, 2004, p. 255). E por discurso de aplicação entende-se como a prática interpretativa para concreção da norma posta no discurso de fundamentação (HABERMAS, 2012, p. 239).

No discurso de aplicação, quando o judiciário é chamado para a interpretação da norma, a legitimidade se aferiria por meio de uma depuração de toda norma injusta que foi produzida por meio de *lobbies* e grupos de pressão presentes no presidencialismo de coalizão, tudo isso no momento da criação da norma. Com isso é possível uma aproximação da sociedade e da legislação, de forma a ser possível extrair legitimidade da legalidade (CRUZ, 2004, p. 227).

Diante das mudanças estruturais entre as esferas públicas e privadas (HABERMAS, 2014), é impossível na atualidade conceber uma Administração Pública “fechada”, impermeável aos reclames da comunidade política, que não considere a vontade dos destinatários das normas que são também os autores das normas do sistema constitucional (co-originariedade).

¹ Tais argumentos são sustentados por Habermas nas seguintes obras: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, 354. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Volume II. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, 352 p. HABERMAS, Jürgen.

Nesse sentido, como leciona Häberle, deve-se conceber que a abertura de participantes da sociedade civil na interpretação das normas do ordenamento jurídico é imprescindível no Estado Moderno. Há muito percebeu-se a necessidade da ruptura do modelo de interpretação conferido tão somente a uma “sociedade fechada” (juízes e procedimentos formalizados) para uma “sociedade aberta” onde estejam vinculados os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os grupos presentes na sociedade e todos os cidadãos (HÄBERLE, 2002, p. 12).

O pluralismo, característico das sociedades modernas, exige que “critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”, pois quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la (HÄBERLE, 2002, p. 13).

As normas do sistema constitucional não seriam “ [...] reserva do jurista, mas um fio condutor para o uso de todos os cidadãos” (FERNANDES, 2012, p. 94).

A ampliação dos círculos de intérpretes conseqüentemente integrará a realidade no processo de interpretação, pois são estes intérpretes que compõem a realidade social pluralista, perquirindo o ordenamento jurídico da nação ser um verdadeiro “espelho da realidade” (HÄBERLE, 2002, p. 30).

A vida nas sociedades modernas pluralistas tem sido vivida pelo conflito e compromisso, que, em uma comunidade aberta de intérpretes das normas que vinculam a sociedade, há, assim, a legitimidade das decisões judiciais e administrativas, tornando essa tensão permanente salutar para a higidez social.

Em que pese os argumentos de Habermas e Häberle, para a Teoria Neoinstitucionalista a interpretação tem que ter fundamento no sistema jurídico-democrático em um espaço descritivo-crítico que viabilize a criação de uma sociedade aberta derivada de uma comunidade de legitimados ao processo (povo) aptos a exercerem uma simétrica paridade interpretativa dos direitos legislados, como visto na hermenêutica isomênica.

Com isso, não há como se apegar a uma teoria que tem a crença em uma coautoria de Direitos em discursos de fundamentação e aplicação (Habermas), que busca de uma homogeneidade social de sociedades ditas hipercomplexas (Rosenfeld e Cittadino) com base em teorias historicistas que mais parecem buscar a manutenção do sofrimento humano com a submissão humana mágica e imaginária e a consagração de um *medium* onisciente e onipotente (autocracia da autoridade no Estado Social de Direito) (LEAL, 2013, p. 9).

O que se busca como resultado na teoria Neoinstitucionalista é uma deliberação, uma decisão jurídica, para além de um agir comunicativo, como proposto por Habermas, pois

de nada adiantaria o debate, a discussão, a intersubjetividade comunicativa (filosofia da linguagem?) se não levasse a concreção de uma decisão jurídica que se propusesse a conjecturar a solução dos problemas enfrentados por aquela comunidade comunicativa.

De acordo com a teoria Neoinstitucionalista

Não há falar, como quer Habermas, em procedimentalismo na base construtiva do direito, sem que, antes, se institucionalize o devido (o sentido teórico) processo constitucional, porque a fixação dos critérios jurídico-constitucionais do modo de produção e correção de direitos é que vai definir a qualidade democrática de uma Sociedade Jurídico-Política (LEAL, 2014, p. 93).

A proposta é de uma participação da decisão jurídica em um “espaço processualizado em que o povo total da comunidade política é, por direito de ação coextenso ao procedimento, a causalidade dos princípios e regras de criação, alteração e aplicação de direitos” (LEAL, 2014, p. 90).

Por isso o esforço de Häberle ao apregoar uma interpretação que transborde a parede dos tribunais, tomando como base a experiência brasileira, só seria possível se fosse “definida pela base decisória-popular-construtiva da lei, porque seria inócuo democratizar a participação hermenêutica pelas interpretações aleatórias e idealistas” (LEAL, 2014, p. 50).

É inegável que a influência de Häberle oportunizou a criação de alguns canais dialógicos, como a figura do *amicus curiae*² no Direito brasileiro. Porém, como sabido, o amigo da corte não é parte e não detém capacidade e oportunidade de deliberar sobre a interpretação, basta para isso verificar que a decisão que inadmite o seu pedido de habilitação é irrecurável (BINENBJOM, 2011, p.21-23).

Isso demonstra que falar em interpretação “ao alcance de todos” sem que haja um procedimento instalado em um espaço crítico-deliberativo-argumentativo que considere o povo como legitimado para a interpretação, representa verdadeiro dogma que se presta a dar aparência de procedimentos legítimos que, na verdade, mascaram e confirmam a dominação da autoridade da interpretação.

Por isso, só no instituto constitucionalizado do processo, segundo a concepção da Teoria Neoinstitucionalista, é possível se falar em uma hermenêutica isomênica que

² Inicialmente a figura do *amicus curiae* ingressou no ordenamento jurídico com o art. 7º, § 2º da Lei 9.868/1999 que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade. A figura do *amicus curiae* também encontrou previsão no art. 138 do CPC/2015; e também possui previsão no art. 32 da Lei 4.726/1965 (Junta Comercial); Lei 6.385/1976 (Comissão de Valores Mobiliários – CVM); art. 6º, § 1º, da Lei 9.882/1999 (ADPF); art. 14, § 7º, da Lei 10.259/2001 (Juizados Especiais Federais); art. 3º, § 2º, da Lei 11.417/2006 (Súmula Vinculante); art. 118 da Lei 12.529/2011 (CADE); art. 896-C, § 8º, da CLT, acrescido pela Lei 13.015/2014 (Recursos de Revista repetitivos). Recentemente a figura do *amicus curiae* foi admitida no processo civil brasileiro, como disposto no art. 138 do CPC/2015.

oportunize a interpretação e o espaço de decisibilidade que incida desde a criação de direitos (lei) e perpassa por sua incidência, aplicação, extinção ou transformação.

Por isso, o argumento que não cabe o Judiciário invadir a seara do Executivo tem sido mitigado paulatinamente, haja vista que a Juridicidade impõe ao Estado a concreção dos direitos fundamentais (direitos líquidos, certos e exigíveis) insculpidos na Constituição da República.

Nesse *iter* a pesquisa verificará se há compatibilidade entre o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o princípio da separação dos poderes, e se cabe o controle jurisdicional da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados quando operada pela Administração Pública.

1.4.2 Métodos e técnicas de pesquisa

A pesquisa segue o tipo metodológico descritivo-compreensivo (GUSTIN; DIAS, 2014, p. 25), uma vez que analisa a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados à luz da teoria da linguagem de Karl Popper e a Teoria Neoinstitucionalista do processo para uma propositura da produção de uma decisão jurídica democrática dotada de legitimidade e construída pelos legitimados à interpretação, tudo por meio da testabilidade e eleição de uma interpretação que se mostre mais resistente aos testes de eliminação de erro operados pelos afetados.

A pesquisa também é do tipo jurídico propositivo (GUSTIN; DIAS, 2014, p. 29), uma vez que propõe a aplicação da teoria do conhecimento objetivo de Karl Popper e a teoria Neoinstitucionalista do processo para correção da interpretação administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados, e isso por meio do processo como instituto constitucionalizado, tanto na atividade administrativa quanto no controle jurisdicional.

A pesquisa pertence à vertente sociológica-jurídica uma vez que analisou, por meio de pesquisa jurisprudencial, como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal tem concebido a diferenciação entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados e a extensão do controle judicial dos conceitos jurídicos indeterminados.

Para alcançar seu objetivo, além da revisão bibliográfica, optou-se pela análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

No intuito de abranger o maior número possível de decisões relacionadas ao tema, o levantamento das decisões foi efetuado no endereço eletrônico daqueles Tribunais pelo termo amplo “conceitos indeterminados”.

Quanto à natureza dos dados, são primários a CRFB/1988, as leis, resoluções e demais normas, bem como a jurisprudências do STF e do STJ sobre o assunto. São dados secundários da pesquisa a opinião dos pesquisadores a respeito do Direito Constitucional, do Direito Administrativo e do Direito Processual e suas interpretações, além de literaturas específicas que abordam as teorias que serão discutidas e as legislações comentadas.

Visando alcançar as proposições e objetivos descritos nessa introdução teórico-metodológica, que forma o primeiro capítulo, além dela foi desenvolvido um trabalho argumentativo com a estrutura lógica-discursiva que se descreve a seguir.

No capítulo 2 foi efetuada uma incursão sobre a teoria dos conceitos jurídicos partindo da perspectiva ontológica da reminiscência grega, que passou pelo cogito cartesiano e desaguou no giro linguístico pragmático, onde a linguagem teve o maior foco no que se refere à compreensão de mundo e concepção dos conceitos para apreensão deste mundo.

Verificou-se também o tratamento dispensado aos conceitos pela ciência jurídica, bem como a distinção histórica dos denominados “conceitos jurídicos determinados” dos “conceitos jurídicos indeterminados”.

Ainda no capítulo 2 foram estudadas as teorias da decisão jurídica propostas por Hans Kelsen, Ronald Dworkin e Robert Alexy. Ainda neste capítulo aferiu-se a compatibilidade da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados e a decisão jurídica proposta pela teoria Neoinstitucionalista do processo, que encontra substrato no conhecimento objetivo e a falseabilidade do conhecimento científico proposto por Karl Popper.

No capítulo 3 buscou-se apreender se há relação entre conceitos jurídicos indeterminados e os institutos administrativos da discricionariedade e da vinculação. Para isso, foi realizada uma abordagem da discricionariedade administrativa desde o surgimento do Estado Liberal até a contemporaneidade e a sua relação com a vinculação administrativa, que foi analisada desde a legalidade estrita até a juridicidade.

Assim, foi verificado se há alguma identidade entre os conceitos jurídicos indeterminados com a discricionariedade e a vinculação administrativa, e como as teorias europeias foram recepcionadas pelo direito brasileiro.

No capítulo 4 foi realizada uma pesquisa jurisprudencial para verificar qual o tratamento a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem dispensado na interpretação administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados. Nesse *iter* foram identificados casos

peculiares de manifestação da interpretação administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados, cuja análise teve como parâmetros as teorias da decisão jurídica até então estudadas.

As considerações finais do trabalho, apresentadas no capítulo 5, visam confirmar ou refutar as hipóteses traçadas nesta introdução, indicar as propostas para a interpretação administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados, com o fito de permitir a abertura da interpretação à comunidade jurídica legitimada (cidadão), conferindo, assim, legitimidade aos atos da Administração Pública sem representar ofensa ao princípio da separação dos poderes. Com isso, as análises se deram por meio de uma releitura contemporânea dos institutos jurídicos que serão enfrentados.

CAPÍTULO 2 A INTERPRETAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

2.1 Breve incursão sobre as principais teorias dos conceitos

Pode-se conceber que conceito é “[...] todo processo que torne possível a descrição, a classificação e a previsão dos objetos cognoscíveis” (ABBAGNANO, 2007, p. 164).

Para que se possa apreender as atuais teorias relacionadas aos conceitos no direito, é necessário, mesmo que de forma não pretensiosa e exaustiva, percorrer os principais pensamentos e teorias desenvolvidas no espiral da história.

Faz-se necessário de início realizar um corte epistemológico na pesquisa, uma vez que as teorias dos conceitos serão analisadas sob o prisma da filosofia da linguagem.

Na história da filosofia a noção de conceitos deu origem a dois problemas fundamentais: a natureza dos conceitos e a função dos conceitos. Quanto aos problemas relacionados à natureza dos conceitos foram apresentadas duas posições, segundo as quais os conceitos por um lado representam a essência das coisas e, por outro lado, seriam apenas signos (ABBAGNANO, 2007, p. 164).

Os filósofos mais expoentes que conceberam os conceitos como a essência das coisas foram Parmênides, Heráclito, Sócrates, Platão e Aristóteles. Assim, os conceitos seriam desde a expressão da essência das coisas (ora mutável, ora imutável) até simplesmente uma representação subjetiva da realidade construída pelo convencionalismo humano. Os Estóicos, na Escolástica, conceberam os conceitos como signos dos objetos, uma vez que estão atrelados ao objeto em relação de significação com ele (ABBAGNANO, 2007, p. 167).

Já as discussões referentes à função dos conceitos foram abordadas de duas formas diferentes, isto é, a função teleológica (finalista) e a função instrumental. Quanto à função teleológica dos conceitos, foi atribuído a eles a interpretação por primazia, como sua essência, já que os conceitos não teriam outra função senão de exprimir ou revelar a essência das coisas. Já a função instrumental dos conceitos se referia aos aspectos de descrição, classificação e organização dos objetos e do conhecimento acumulado sobre eles (ABBAGNANO, 2007, p. 168).

Após essa abordagem situacional, a pesquisa terá como início da incursão filosófica das teorias dos conceitos o surgimento do sujeito na modernidade. Tanto Heidegger quanto Gadamer resgatam a origem da palavra “sujeito” dos ensinamentos de Aristóteles com a

qualidade de imutável. Daí com Protágoras (“o homem como a medida de todas as coisas”) e Descartes vê-se a mudança da relação estática do objeto-sujeito para a relação sujeito-objeto, colocando-o na base, “e que por si só se sustenta perante nós e persiste, imutável, diante de todas as formas de manifestação do ente” (STRECK, 2014, p. 199).

Ocorreu também a superação da ciência produzida por meio das tradições e dos sentidos com o estabelecimento da ciência matemática e mecanicista, racionalista. Dessa forma, o homem passou a ser o senhor da natureza, uma vez que houve uma separação do homem e da natureza, o que trouxe grande mudança da compressão tanto do sujeito cognoscente quanto do objeto cognoscível (CRUZ, 2014, p. 40).

Inaugura-se, assim, um novo paradigma³: a filosofia da consciência com o *cogito ergo sum* (penso logo existo) de René Descartes.

No paradigma da filosofia da consciência, o saber se desloca do objeto para o sujeito, com isso, “o banco de provas do novo saber, filosófico e científico, é o sujeito humano, a consciência racional” (REALE; ANTISERI, 1990, p. 369).

Na teoria proposta por Descartes é a razão base do conhecimento humano, partindo de uma premissa de ser esta uma consciência universal (como também acreditava Kant) que era adjetivada como “uma reta razão (*bona mens*) que pertence a todos os homens” (REALE; ANTISERI, 1990, p. 370) e que esta seria a coisa mais bem distribuída no mundo.

René Descartes defende que

[...] inexistente no mundo coisa mais bem distribuída que o bom senso, visto que cada indivíduo acredita ser tão bem provido dele que mesmo os mais difíceis de satisfazer em qualquer outro aspecto não costumam desejar possuí-lo mais do que já possuem. É improvável que todos se enganem a esse respeito; mas isso é antes uma prova de que o poder de julgar de forma correta e discernir entre o verdadeiro e o falso, que é justamente o que é denominado bom senso ou razão, é igual em todos os homens; e, assim sendo, de que a diversidade de nossas opiniões não se origina do fato de serem alguns mais racionais que outros, mas apenas de dirigirmos nossos pensamentos por caminhos diferentes e não considerarmos as mesmas coisas. Pois é insuficiente ter o espírito bom, o mais importante é aplicá-lo bem. As maiores almas são capazes dos maiores vícios, como também das maiores virtudes, e os que só andam muito devagar podem avançar bem mais, se continuarem sempre pelo caminho reto, do que aqueles que correm e dele se afastam. Quanto a mim, nunca supus que meu espírito fosse em nada mais perfeito do que os dos outros; com frequência desejei ter o pensamento tão rápido, ou a imaginação tão clara e diferente, ou a memória tão abrangente ou tão pronta, quanto alguns outros. E desconheço quaisquer outras qualidades, afora as que servem para o aperfeiçoamento do espírito; pois, quanto à razão ou ao senso, posto que é a única coisa que nos torna homens e nos diferencia dos animais, acredito que existe totalmente em cada um, acompanhando nisso a opinião geral dos filósofos, que afirmam não existir mais nem menos senão entre os

³ O termo paradigma aqui não deve ser tratada como um modelo ou cópia e, sim, como a ruptura das gramáticas de práticas sociais que ensejam um novo horizonte de sentido, na lição de Thomas Kuhn. Ver em KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. 262 p.

acidentes, e não entre as formas ou naturezas dos indivíduos de uma mesma espécie (DESCARTES, 2001, p. 5).

Percebe-se, assim, uma virada da filosofia da consciência: os sentidos não estão mais nas coisas, mas, na mente, na consciência do sujeito (STRECK, 2014, p. 201).

Com isso, tem-se o solipsismo, com o prestígio do eu (sujeito) e as suas sensações. Na filosofia da consciência a linguagem, leciona Manfredo Araújo de Oliveira

[...] ocorre na medida em que a razão humana se utiliza de uma matéria (no caso de um som) e a articula e transforma de tal maneira que ela possa ser veículo de sua manifestação. Linguagem, nessa perspectiva, é a exteriorização da razão, do sentido. Algo sensível se faz manifestação, exteriorização, objetivação do inteligível. Ora, o que faz, portanto, o som produzido pelo homem linguagem é que ele é a expressão do pensamento, da razão, da consciência. É a espiritualização do som que o torna linguagem humana, essencialmente distinta da linguagem animal (OLIVEIRA, 2006, p. 202).

A consciência é colocada como um pórtico do conhecimento fundando em experiências, que segundo Lenio Luiz Streck, são “[...] interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles” (STRECK, 2013, p. 61).

Dessa forma, como leciona Manfredo Araújo de Oliveira “[...] se a verdade pertence ao sujeito enquanto sujeito e apenas a ele, ou seja, se de acordo com sua própria essência a verdade reside no sujeito, então ela é necessariamente algo subjetivo” (OLIVEIRA, 2006, p. 209).

O solipsismo pode ser considerado como a “[...] tese de que só eu existo e de que todos os outros entes (homens e coisas) são apenas ideias minhas. Os termos mais antigos para indicar essa tese são egoísmo” (ABBAGNANO, 2007, p. 992).

Teve-se, assim, a consagração do conhecimento subjetivo como sustentáculo na produção da epistemologia científica, o solipsismo, a consciência do indivíduo encapsulado, egoísta e solitário.

Assim, os conceitos foram formados a partir das sensações e consciência do sujeito do conhecimento sendo que os conceitos estavam atrelados mais a um ato de vontade do intérprete, em desconsideração com os demais sujeitos e situações circundantes.

Isso, até os dias atuais, faz com que o decididor, seja ele o magistrado ou o administrador público, seja tido e visto como um ente com habilidades clarividentes, um juiz Hércules com poder discricionário em casos difíceis (*hard cases*) não previstos pelo legislador (DWORKIN, 2002, p. 127), verdadeira *autorictas* que dita a interpretação do direito no dogma de seu próprio, particular e solitário sentido normativo que presta à normatividade (LEAL, 2013, p. 20).

O poder discricionário na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, conferido àqueles responsáveis pela interpretação, tem sido incorporado na *praxis* da Administração Pública e das cortes brasileiras, aliada a manutenção de um ideário antidemocrático que tem ficado a cargo da ciência dogmática (doutrina produzida largamente, presente de forma maciça nas academias) que imprime no sistema uma dominação racional legal, segundo a teoria weberiana (WEBER, 2003, p. 129).

O que decorre do solipsismo, seja em âmbito administrativo ou judicial, são decisões que revela a encarnação da *autorictas* o que reforça seu forte protagonismo desempenhado nas relações das funções (legislativo, executivo e judiciário) do Estado, em desconsideração e divórcio da teoria democrática.

A atuação egoísta do intérprete e decididor traz insegurança nas relações intersubjetivas de uma comunidade política que não encontra fincas em uma racionalidade decisória que possa ser aferida e testada por todos os afetados.

Ainda na espiral da história tem-se na semântica moderna a busca para se formular uma teoria dos conceitos e a forma pela qual eles poderiam expressar alguma coisa/estado de coisas, de significar algum ente, tudo no esforço de superar o solipsismo cartesiano na tentativa de conferir aos conceitos o maior grau de determinação, exatidão e univocidade possíveis.

Por isso Frege⁴, ao buscar um rompimento da tendência alemã da dialética historicizante apregoada por Hegel, propõe um novo modelo de discurso científico que procurava ser responsável com fundamentos na matemática e na aritmética, de tal forma que fosse autocontrolável por meio de uma estrutura lógica (OLIVEIRA, 2006, p. 58).

Procurava, dessa forma, conferir maior determinação à linguagem a fim de exprimir com exatidão as formas linguísticas.

Para isso Frege faz uma distinção daquilo que seria lógico e psicológico. Manfredo Araújo de Oliveira afirma que

A psicologia preocupa-se com o que é subjetivo, isto é, com as representações ou ideias que surgem em nós por meio das recordações das impressões sensíveis e atividades que produzem uma imagem interna. Essa imagem é, muitas vezes, perpassada de sentimentos e é, essencialmente subjetiva, ou seja, a imagem de um

⁴ “Friedrich Ludwig Gottlob Frege nasceu no dia 8 de novembro de 1848, em Wismar, Alemanha. Estudou matemática, física, química e filosofia primeiramente na Universidade de Jena, depois em Göttingen, considerada, no tempo, o centro mundial da geometria, onde se doutorou em filosofia. Mais tarde foi professor de matemática em Jena. Embora Frege esteja hoje na origem de todo o movimento renovador da lógica, durante seu tempo ele foi praticamente desconhecido, podendo-se considerar sua atividade acadêmica propriamente como um fracasso” (OLIVEIRA, 2006, p. 57).

não é a imagem do outro. Por isso a imagem se distingue essencialmente, por exemplo, do sentido de um sinal que pode ser propriedade de muitos (objetivo). A lógica se põe na dimensão da objetividade, enquanto a psicologia se dedica ao puramente subjetivo (OLIVEIRA, 2006, p. 60).

O psicológico se ocuparia com as representações do mundo sob um prisma subjetivo, atrelado ao sujeito e suscetível a suas inúmeras percepções que estariam atreladas aos estados emocionais e condições sentimentais desse sujeito interpretante.

Já a lógica deveria alcançar a esfera do pensamento que seria objetivo, pois pertenceria a todos, iria além do sujeito solitário (CRUZ, 2011, p. 80).

Na busca de um conhecimento que fosse objetivo, e, para se dar ao discurso científico uma estrutura lógica, Frege se esforça para conferir à linguagem uma precisão matemática ao designar os objetos por nomes próprios ao pressupor a ocorrência de “conceitos” que se formam na mente humana como “estados de pensamento” (CRUZ, 2011, p. 80).

Esses “estados de pensamento” seriam expressos por meio dos nomes próprios que cumpririam duas funções semânticas ao denotar e exprimir sentido ao objeto designado, tais funções seriam a intensão e a extensão.

Assim, a expressão do sentido se daria pelo ato de intensão que é a explicitação do conteúdo de um conceito pelo relevo de suas características e descrições. Já a denotação se dá pela ligação de referência que associa o nome ao objeto, que Frege chamou de extensão (CRUZ, 2011, p. 80).

Pode-se considerar como exemplo de extensão, ao considerar a expressão “animal que mama”, poderia propor ser o animal o golfinho, o tigre, o macaco, e, o homem. Já a intensão explicita o conceito pelo relevo de suas características e intensões, assim, se falar, “animal que mama” de “duas patas e racional” certamente concluiria que se trata do homem, dentre todos os animais que mamam.

Percebe-se, então, que a extensão de uma expressão seria o objeto ou o conjunto de objetos referidos, apontados ou indicados por uma expressão, enquanto, a intensão de uma expressão seria o conteúdo informacional da expressão, que com as características e maiores informações, seria hábil para determinar o objeto (PITT, 2013, p. 10).

Frege, na construção de uma teoria da significação, sustenta que “a linguagem humana possui três dimensões: a dimensão signativa (expressão linguística, sinais linguísticos), a dimensão objetiva (objeto designado) e a dimensão significativa (a dimensão do sentido)” (OLIVEIRA, 2006, p. 62).

Na busca pela exatidão das palavras e dos conceitos, Frege percebeu que quanto maior fosse a intensão de um conceito em suas dimensões signativa, objetivas e significativas, quanto maiores as suas especificidades, quanto maior seus caracteres, mais determinado seria o conceito. Por outro lado, quando menor a sua intensão, maior seria a sua indeterminação.

Com isso, a determinação de um conceito não se daria tão somente pela relação unívoca entre signo, significado e significante, e sim, pelo grau de sua extensão e intensão (CRUZ, 2011, p. 82).

No entanto, o esforço de Frege na busca da compreensão dos conceitos restritos a análise semântica encontrou inúmeros e grandes problemas quando sua teoria esbarrava e se confrontava com a pragmática.

Primeiramente, a relação entre signo, significado e significante comportaria várias possibilidades, sendo que a intensão e a extensão também poderiam ser inúmeras a partir de um mesmo signo e significado.

Por exemplo, o signo linguístico “leão” na pragmática não estaria atrelada tão somente a um indivíduo da espécie felina, mas também, pode representar/significar o técnico de futebol, a Receita Federal do Brasil, um elemento da astrologia e horóscopo ou o animal do grupo 16 (dezesseis) do jogo de bicho (CRUZ, 2011, p. 83).

O mesmo se pode dizer do signo linguístico “manga” que pode representar/significar a fruta, a manga da camisa, a manga do eixo de um motor ou o município Manga no Estado de Minas Gerais.

A mesma dificuldade em buscar um sentido unívoco na teoria semântica de Frege se revela ao conceituar um objeto ou estado de coisas. Por exemplo, o planeta Vênus (signo linguístico) pode significar tanto “estrela da manhã” como também “estrela da tarde” (vespertina), tudo a depender da posição que o observador está no globo terrestre (PITT, 2013, p. 23).

A dificuldade ainda é potencializada quando há na construção linguística signos abertos como, por exemplo, o signo linguístico “igualdade”, que pode significar identidade, equivalência, diferença ou uniformidade (CRUZ, 2011, p. 2013).

O desafio de se conferir univocidade aos signos não se restringe somente à linguagem. Até mesmo na ciência que Frege tentou transportar para a linguagem, qual seja, a matemática, pode se conferir a dificuldade em se buscar determinação exclusiva. Por exemplo, o algarismo três (3) poderia ser denotado na matemática como segundo número ímpar; número primo; o resultado da soma de $2 + 1$; o resultado da subtração de $4 - 1$; e o resto da divisão de $8 : 5$ (CRUZ, 2011, p. 84).

Portanto, até mesmo nas ciências exatas existe a dificuldade de aferir e definir o que seria determinado ou indeterminado, pois “não existiria uma régua ou um aparelho que pudesse mensurar o grau de intensão das características de um conceito” (CRUZ, p. 85).

Pode-se identificar dois grandes problemas da teoria semântica de Frege na busca da determinação e univocidade dos conceitos, como aponta Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

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

O próprio Frege percebeu que seria impossível uma construção de conceitos para distinguir, classificar e diferenciar objetos por meio da formulação de uma língua perfeita, objetiva, construída com incursões na lógica e na matemática capaz de lidar com conceitos unívocos e determinados (CRUZ, 2011, p. 85).

Para superar os problemas encontrados pela semântica moderna surge Wittgenstein em sua segunda obra denominada *Investigações Filosóficas* (1999) que confere à linguagem uma função constitutiva de mundo, para além da função secundária e designativa da filosofia tradicional.

Wittgenstein percebeu que com a semântica seria impossível a construção e reconstrução de sentidos e significados, visto que as palavras na linguagem são questões de possibilidade expostas permanentemente a risco dialético sobre o sentido proposto ou não, sobre a compreensão e a incompreensão (CRUZ, 2011, p. 94).

Por isso, na virada pragmática “a linguagem não é um puro instrumento de comunicação de um conhecimento já realizado, é, antes, condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento enquanto tal” (OLIVEIRA, 2006, p. 128).

Em clara oposição à função secundária e designativa (instrumentalista) da linguagem, Wittgenstein leciona que as palavras e os signos designam objetos segundo a tradição de uma comunidade de falantes, de tal forma que essa designação faz a ligação de um ato espiritual a um som físico com o propósito de especificar ou conceituar um objeto no mundo. Por isso os nomes que são dados aos objetos ou estados de coisas são uma espécie de quase “batismo” do objeto/coisa/estado de coisas (WITTGENSTEIN, 1999, p. 42).

Um dos problemas de se batizar o objeto com um nome se dá quando a “significação” se liga ao nome do seu portador. Wittgenstein sustenta que a palavra “significação” é manejada de forma equivocada quando se designa com ela a coisa que

“corresponde” à palavra. Ele exemplifica tal equívoco ao citar “se o Sr. N.N. morre, diz-se que morre o portador do nome, e não que morre a significação do nome. E seria absurdo falar assim, pois se o nome deixasse de ter significação, não haveria nenhum sentido em dizer: ‘O sr. N.N. morreu’” (WITTGENSTEIN, 1999, p. 42).

Verifica-se que a tendência de aderir conceitos e significados às coisas ocorre desde sempre, uma vez que os indivíduos ao se tornarem pessoas precisam deter capacidade de interação competente em uma comunidade de falantes. Wittgenstein chama isso de ostensividade, que não é a construção de um indivíduo, mas sim um produto social imanente a qualquer linguagem (CRUZ, 2011, p. 89).

A ostensividade é definida por Wittgenstein da seguinte forma:

As crianças são educadas para executar essas atividades, para usar essas palavras ao executá-las, e para reagir assim às palavras dos outros.

Uma parte importante desse treinamento consistirá no fato de que quem ensina mostra os objetos, chama a atenção da criança para eles, pronunciando então uma palavra, por exemplo, “lajota”, exibindo essa forma. (Não quero chamar isto de “elucidação ostensiva” ou “definição”, pois na verdade a criança ainda não pode perguntar sobre a denominação. Quero chamar de “ensino ostensivo das palavras”. – Digo que formará uma parte importante do treinamento, porque isso ocorre entre os homens e não porque se poderia representar de outro modo). Esse ensino ostensivo das palavras, pode-se dizer, estabelece uma ligação associativa entre a palavra e a coisa (WITTGENSTEIN, 1999, p. 29).

No processo de aprendizagem da linguagem denominar consiste em dar nome aos objetos, seria algo análogo a pregar uma etiqueta numa coisa (WITTGENSTEIN, 1999, p. 36). Os conceitos e definições seriam verdadeiros rótulos das coisas.

Assim, nas suas Investigações Filosóficas, Wittgenstein ressalta que os significados e conceitos só podem ser compreendidos pelo outro em um contexto de uso da linguagem que ele denomina de “jogos de linguagem” (WITTGENSTEIN, 1999, p. 30), pois “tantas são as formas de vida existentes, tantos são os contextos praxeológicos, tantos são os modos de uso da linguagem, ou, como Wittgenstein se expressa, tantos são os jogos de linguagem” (OLIVEIRA, 2006, p. 138).

Em variados jogos de linguagem a palavra “lajota” no seu sentido puramente linguístico pode significar um retângulo de argila usado para construção; entre parceiros de conversa pode designar o objeto batizado com o nome de “lajota”; e em uma situação linguística (forma de vida) a palavra “lajota” pode exprimir a ordem do construtor para seu auxiliar.

Dessa forma, “lajota” no jogo de linguagem entre os mestres e os graduandos de engenharia civil seria o retângulo de argila ou concreto empregado em determinadas construções com suas especificidades; no jogo de linguagem entre o professor e os

alfabetizando designaria o objeto retangular que foi denominado de lajota e que inicia com a letra “l”; já no jogo de linguagem entre o construtor e seu auxiliar a palavra “lajota” assumiria uma função performativa e expressaria uma ordem: “me traga uma lajota” (WITTGENSTEIN, 1999, p. 32-33).

Percebe-se que em um jogo o homem não joga sozinho, ao seu próprio arbítrio. Só há sentido no jogo quando há outro indivíduo ou indivíduos com regras e normas que foram previamente estabelecidas intersubjetivamente. Como esclarece Manfredo Araújo de Oliveira

O jogo não é uma fatalidade natural, nem mesmo uma imposição de forças supra individuais, coletivas, sociais anônimas, pois a comunidade em questão só surge no próprio ato de jogar por meio do reconhecimento de regras de aceitação de papéis que dirigem a ação global. A comunidade constitui-se, enquanto comunidade, na base do reconhecimento, ou seja, por meio de atos de liberdade. O fato de as regras serem reconhecidas não significa, porém, que sua aplicação decorra de modo mecânico, uma vez que implica reflexão e decisão no assumir no caso concreto uso comum. O aprendizado de uma regra, portanto, por supor um ato livre de pessoa, de modo algum pode ser comparado a um processo de condicionamento causal [...] Só aprendemos a significação das palavras quando sabemos operar com elas, isto é, quando internalizamos as regras de seu uso nos diversos jogos de linguagem. É jogando o jogo que aprendemos, de fato, suas regras. Daí a necessidade de um adestramento: no caso da linguagem comum, trata-se de aprender um processo de comunicação normado (OLIVEIRA, 2006, p. 145).

Interpretar, dar uma ordem, comunicar-se, etc. são hábitos e costumes, verdadeiras instituições sociais temporalmente e geograficamente localizadas. Nesse sentido, Wittgenstein defende que “[...] compreender uma frase significa compreender uma linguagem. Compreender uma linguagem significa dominar uma técnica” (WITTGENSTEIN, 1999, p. 92).

O uso desse jogo de linguagem permite a criação, renovação e a diversificação para o sentido dos signos da própria linguagem. Ao ponto que cada palavra e expressão se modifique a cada situação e contexto específico até mesmo dentro de uma mesma comunidade cultural. Por isso, a significação das palavras não está estabelecida de modo pré-definido ou definitivo (WITTGENSTEIN, 1999, p. 57), pois “a possibilidade do aparecimento de casos não previstos está sempre aberta: daí o termo ‘abertura dos conceitos’. Nossos conceitos são essencialmente abertos por admitirem a possibilidade de aplicação a casos não previstos” (OLIVEIRA, 2006, p. 131).

Foi diante das quase infinitas possibilidades do emprego dos signos e das palavras nos jogos de linguagem que Wittgenstein criticou a tendência da filosofia tradicional de isolar as expressões do contexto em que elas surgem na tentativa de dissecá-las semanticamente.

Para compreender a dimensão da gramática da linguagem ele propôs a distinção de dois tipos de gramática: a gramática superficial que seria o conjunto de normas para a

construção correta das frases; já a gramática profunda seria o conjunto de regras que constituem determinado jogo de linguagem, seria os critérios para o uso correto das palavras como aceitos dentro de uma comunidade linguística (WITTGENSTEIN, 1999, p. 160).

Dessa forma, os “jogadores” (falantes) tem que saber como jogar com a linguagem dentro de um contexto cultural específico da *práxis* linguística, sob pena do “jogador” se mostrar inadequado naquela determinada situação pragmática. Por isso, que “quando não sabemos o significado de uma palavra ou expressão, cotidianamente procuramos o dicionário para ‘descobrir’ seu significado dentro do ‘jogo’ de que o falante vai participar” (CRUZ, 2011, p. 94).

Nos jogos de linguagem, nas *práxis* do uso da linguagem, um parceiro enuncia as palavras o outro age estritamente de acordo com estas, tudo como se percebe também no processo do uso das palavras naqueles jogos por meio dos quais as crianças aprendem sua língua materna. Com isso, os jogos de linguagem seriam “o conjunto da linguagem e das atividades com as quais está interligada” (WITTGENSTEIN, 1999, p. 30).

Um exemplo do uso adequado da linguagem dentro de determinados jogos de linguagem se deu no contexto do Campeonato do Mundo de Futebol de 2014, quando o apresentador do programa Caldeirão do Huck, Luciano Huck, levou o jogador de futebol Ronaldinho “Fenômeno” a uma tribo indígena chamada Zoé⁵; tribo isolada da civilização no Estado do Pará.

Ronaldinho apresentou à tribo o objeto “bola” e explicou que ao redor daquele objeto acontece uma das maiores manifestações culturais do mundo “civilizado” que é a denominada partida de futebol.

Após algumas embaixadinhas e cabeceadas a bola foi entregue aos índios, momento que o apresentador e demais visitantes acreditariam que os índios usariam e tomariam a bola como um objeto de esporte como usado nas partidas de futebol.

No entanto, para surpresa dos visitantes, os índios usaram a bola como alvo para praticar lançamento de flechas. O programa terminou com espanto dos visitantes ao ver a bola traspassada por inúmeras flechas.

Ora, quem está errado? Os visitantes ou os membros da tribo indígena Zoé? Na verdade, nenhum dos dois, pois ambos os grupos eram participantes de jogos de linguagem distintos, apesar de estarem ao redor do mesmo objeto (bola).

⁵ Os comentários do programa narrado estão disponíveis em: < <https://globoplay.globo.com/v/3684860/>>. Acesso em: 21 out. 2016.

Foi nessa perspectiva aberta por Wittgenstein, ao considerar a linguagem como uma forma de ação e de entendimento intersubjetivo, que Habermas assumiu dimensões diversas da linguagem na sua teoria da ação comunicativa, pois o ato de fala traduziria consigo muito mais do que uma pretensão, valeria como um *médium* na busca de normas e ajustes que “possam valer obrigatoriamente e que preencham legitimamente as expectativas recíprocas de comportamento aceitas por no mínimo dois interlocutores” (CRUZ, 2011, p. 107), o que Habermas chama de agir comunicativo.

A teoria do agir comunicativo de Habermas tem como bases

[...] os atos do entendimento mútuo, que vinculam os planos de ação dos diferentes participantes e reúnem as ações dirigidas para objetivos num conexão interativa, não precisam de sua parte ser reduzidos ao agir teleológico. Os processos de entendimento mútuo visam um acordo que depende do assentimento racionalmente motivado ao conteúdo de um proferimento. O acordo não pode ser imposto a outra parte, não pode ser extorquido ao adversário por meio de manipulações: o que manifestadamente advém graças a uma intervenção externa não pode ser tido na conta de um acordo. Este se assenta sempre em convicções comuns. A formação de convicções pode ser analisada segundo o modelo das tomadas de posição em face de uma oferta de ato de fala. O ato de fala de um só terá êxito se o outro aceitar a oferta nela contida, tomando posição afirmativamente, nem que seja de maneira implícita, em face de uma pretensão de validade em princípio criticável (HABERMAS, 2013, p. 165).

Segundo Habermas, ao elucidar o que seria agir comunicativo, leciona:

Falo em ações comunicativas quando os planos de ação dos atores implicados não se coordenam através de um cálculo egocêntrico de resultados, mas mediante atos de entendimento. Na ação comunicativa os participantes não se orientam primariamente ao próprio êxito; antes, perseguem seus fins individuais baixo a condições de que seus respectivos planos de ação possam harmonizar-se entre si sobre a base de uma definição compartilhada da situação (HABERMAS, 1999, p. 367).

Nessa esteira, os atos de fala trazem consigo a ação comunicativa, a ação estratégica e a ação instrumental.

O agir racional com respeito a fins consiste no agir instrumental. Segundo o autor

O modelo de ação racional com respeito a fins parte do fato de o ator orientar-se primariamente à consecução de uma meta suficientemente estabelecida em referência a fins concretos, de que ele elege meios que lhe pareçam mais adequados naquela situação dada e que considera outras consequências previsíveis da ação como condições colaterais do êxito (HABERMAS, 1999, p. 366).

Nas ações estratégicas, em razão de sua finalidade de exercer influência sobre outro interlocutor, esse caráter social é elemento determinante da própria natureza desse tipo da ação. Nelas são observadas regras de eleição racional e o seu êxito será avaliado em razão do grau de influência sobre as decisões de um oponente racional (HABERMAS, 2004, p. 123).

Importante considerar que a ação comunicativa não significa o abandono dos fins individuais perseguidos pelos atores sociais. A ação comunicativa não significa anulação da individualidade, não podendo ser vista como uma mecanização ou massificação do indivíduo.

Na verdade, conforme defende Habermas, na ação comunicativa os interesses individuais são mantidos, mas, diferentemente do que ocorre na ação estratégica, o próprio êxito não é o fator determinante para a ação do indivíduo. A ação comunicativa, ao pressupor atos de entendimento, ressalta o fato de que a harmonização das intenções individuais é a melhor forma de garantia do êxito pessoal (BOTELHO, 2010, p. 95).

Considerando os jogos de linguagem e a gramática profunda de Wittgenstein, pode-se perceber que em diversas arenas sociais, dentro de uma mesma comunidade de falantes, um raio que corta os céus e o estrondo produzido pelo trovão para um crente da mitologia diria que Zeus estaria insatisfeito com os homens; para um mineiro das Minas Gerais diria que São Pedro estaria arrastando os móveis; já para um meteorologista seria a manifestação de um fenômeno natural e científico (CRUZ, 2011, p. 98).

Confere-se também como exemplo dos jogos de linguagem, no prisma da gramática profunda, ao ouvir a expressão “a artéria está entupida” para um médico seria um paciente que necessitaria urgentemente de intervenção cirúrgica cardíaca, já para o operador de tráfego exigiria medidas que buscassem desafogar o fluxo de veículo em uma das vias mais importantes da cidade (FERRAZ, 2013, p. 162).

Nesse *iter* a linguagem é considerada um “processo de interação social. Poder usar a linguagem significa, então, ser capaz de inserir-se nesse processo de interação social simbólica de acordo com os diferentes modos de sua realização” (OLIVEIRA, 2006, p. 143).

Ainda, na teoria dos conceitos e como parte da breve incursão filosófica sobre a teoria da linguagem, é importante citar também as conjecturas da hermenêutica filosófica de Hans Georg Gadamer.

Segundo Gadamer, um dos grandes contributos da filosofia da linguagem moderna foi Humboldt (GADAMER, 1999, p. 637), que assim lecionava

A linguagem não é somente um dos dotes, de que se encontra apetrechado o homem, tal como está no mundo, mas nela se baseia e representa o fato de que os homens simplesmente tem mundo. Para o homem, o mundo está aí como mundo, numa forma sob a qual não tem existência para nenhum outro ser vivo, nele posto. Essa existência do mundo, porém, está constituída linguisticamente (GADAMER, 1999, p. 643).

Por meio da conversação obtém-se o mútuo entendimento do que seja o mundo circundante e sua existência nele (GADAMER, 1999, p. 648), ao ponto de se afirmar que aquele que tem a linguagem tem o mundo (GADAMER, 1999, p. 647).

Assim como as coisas – essas unidades de nossa experiência do mundo, constituídas de apropriação e significação – alcançam a palavra, também a tradição, que a nós chega, é trazida novamente à linguagem na nossa compreensão e interpretação dela. A linguisticidade desse vir à palavra é a mesma que a da experiência humana do mundo em geral. É isso o que levou a análise do fenômeno hermenêutico, finalmente, à explicação da relação entre linguagem e mundo (GADAMER, 1999, p. 662).

Dessa forma, percebe-se, que assim como na teoria de Wittgenstein, a realidade se tem o mundo na linguagem. A linguagem deixa de ser um instrumento, não significa apenas o ressoar do pensamento, e passa a ser condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento.

Como define Lenio Streck: “Não há essências. Não há relação entre nomes e as coisas. Não há qualquer essência comum entre as coisas no mundo” (STRECK, 2014, p. 244).

A partir do Conceito de Heidegger⁶ do homem, Gadamer leciona que a finitude e a historicidade fazem do homem o eis-aí-ser. A análise da temporalidade do homem o torna um ser hermenêutico, o único que se compreende no mundo por meio da linguagem (GADAMER, 1999, p. 402).

A história do sujeito (denominado de *Daisen*, no Alemão; em português, eis-aí-ser) o posiciona em uma “mediação entre o passado e o presente na direção do futuro que se abre” (OLIVEIRA, 2006, p. 227).

Aí, a compreensão assume um papel vital na hermenêutica gadameriana, pois a compreensão é uma expectativa de sentido que vai além da interioridade oculta e alcança uma liberdade espiritual (GADAMER, 1999, p. 394). E para se chegar a uma compreensão, onde quer que compreenda, faz-se a partir do horizonte de uma tradição de sentido (OLIVEIRA, 2006, p. 228).

Gadamer lança novo sentido a palavra “preconceito”, rechaçada no iluminismo e no paradigma da filosofia da consciência, tida por muitos como um falso juízo, ou de uma valoração negativa. O termo “preconceito” vem agora na literalidade da palavra, qual seja, conhecimento prévio. O homem como ser histórico só pode compreender a partir das

⁶ Para uma melhor compreensão sobre a pragmática existencial, a fenomenologia e a ideia de compreensão para Martin Heidegger ver: HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, parte I. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, 600 p.; HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, parte II. 13 ed. Petrópolis: Vozes, 2005, 255 p.; HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Lisboa: Edições Piaget, 1997, 226 p.; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz. *A resposta correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 119-175; OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 201-222; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 280-310.

experiências recebidas e vividas, seja pela tradição e dos costumes. Não se trata de uma repetição do passado, mas a participação de um sentido no presente (GADAMER, 1999, p. 235).

Com isso Gadamer propõe o que denominou de círculo hermenêutico. Defende que a circularidade traçada pela hermenêutica ressalta o fato de que não existe uma interpretação única ou definitiva de qualquer texto. Por conseguinte, a circularidade é aberta, de modo que a compreensão não retorna ao mesmo lugar de partida, expandindo-se. Cuida-se de um movimento de pré-compreensão e compreensão, que, por sua vez, se torna uma nova pré-compreensão e abre as portas para uma nova compreensão (PEDRON, 2011, p. 185).

Com a viragem (giro) linguístico pragmática buscou-se superar o *cogitio* cartesiano, ao sustentar que não há mais um sujeito solitário, solipsista, que constrói o seu próprio objeto de conhecimento. Agora o que há é uma comunidade que antecipa qualquer constituição do sujeito, e a linguagem é a condição de possibilidade desse relacionamento (STRECK, 2014, p. 255).

Vale destacar que na senda da teoria dos conceitos, surgiram também teorias que se esforçaram para superar a ontologia, a metafísica clássica e o paradigma da consciência como se observa no empirismo inglês, que tem como um de seus expoentes David Hume.

Hume defendia que a origem das ideias se dava por meio das impressões sensíveis captadas pelos sentidos. Daí formam-se as ideias, de tal forma que cada ideia se torna cópia de uma impressão semelhante registrada na mente (HUME, 1972, p. 16-17).

Com o que chamou de inferência causal, Hume aduz que a experiência fornece informações à consciência de que os objetos são contíguos e que o objeto denominado *causa* antecede ao designado *efeito* em decorrência clara de conexão e conjunção entre os eventos que surgem de diversos casos semelhantes. Na repetição de casos semelhantes e experiências uniformes pode-se inferir o conhecimento da verdade (HUME, 1972, p. 75).

Percebe-se, assim, que para a indução humeniana a construção de conceitos se daria a partir da inferência de enunciados universais a partir de enunciados particulares.

O problema da indução na construção de conceitos e do próprio conhecimento foi aclarado e combatido por Karl Popper, uma vez que a indução de Hume tinha como fincas a crença nas regularidades a partir das observações repetidas (POPPER, 1975, p. 15).

Para superar a justificativa indutivista de racionalizar por meio de crenças, partindo de exemplos experimentados para outros não experimentados, Popper buscou um modo de falar objetivo a encarar “todas as leis como hipotéticas e conjecturais; isto é, como suposições” (POPPER, 1975, p. 20), sendo que os conceitos e significações mais resistentes à

testes de eliminação de erros seriam consideradas até o momento de serem superados (falseado) por outros ainda mais resistentes. Popper ocupará importante espaço na pesquisa mais adiante.

Com isso, já se pode perceber que a questão que envolve a teoria dos conceitos e as teorias da significação se revelam um tanto tormentosa, para além daquilo que a dogmática procura impor ao dispor de forma estanque e classificatória sobre o que seria determinado ou indeterminado no uso da linguagem.

Cabe agora apreender a relação do direito com a linguagem a fim de propor uma teoria da decisão jurídica que seja hábil para prestar legitimidade na interpretação administrativas dos conceitos jurídicos indeterminados.

2.2 O direito e a linguagem

Com o palmilhar do espiral da filosofia, pode-se conferir com um olhar contemporâneo que a linguagem é constitutiva de mundo assim como também é constitutiva do homem como homem.

É na linguagem que o homem se distingue do animal, pois demanda e desejo não fazem parte da ordem de necessidades desses e, sim, daqueles (LEAL, 2013, p. 64).

Por isso, na ciência jurídica, não é somente a fala natural que seja instauradora de direitos, mas a articulação do sujeito de direito no falar em todas as etapas do existir jurídico, seja na criação, na atuação, modificação, aplicação ou extinção das leis editadas (LEAL, 2013, 64).

Dessa forma o sujeito de direito se apropria da linguagem como um *medium* para instauração do direito que se vê como afetado.

Por outro lado, a dogmática jurídica reveste a linguagem no Direito como um *alien* ao defender que o “Direito é uma linguagem; é uma fala que veicula prescrições. O que nele se diz é para ser compreendido pela Sociedade, de modo a que as pessoas em geral possam conhecer os próprios direitos, atuar conforme as leis e evitar as consequências de eventual transgressão” (MELLO, 2012, p. 29).

No parágrafo anterior identifica-se expressões que revelam a concepção de um Direito imposto por outro, por *autorictas*, totalmente externo ao sujeito de direito sem que este tenha oportunidade de falar. Tais expressões são identificadas por meio das palavras “compressão”, “conhecer direitos”, “atuar como a lei e evitar transgressão”.

Buscando-se a superação da relação externa e instrumental da linguagem, na teoria do agir comunicativo de Habermas há o esforço para que o “Eu” do sujeito de direito se dê como uma pessoa dotada de auto-interpretação e auto-compreensão, como indivíduo de vontade livre, que se distingue dos demais, como elemento insubstituível no tecido das relações sociais (HABERMAS, 2004, p. 222).

Assim, segundo o autor, os

[...] contextos normativos determinam a quantidade de todas as referências interpessoais tidas como legítimas num mundo da vida compartilhado intersubjetivamente. Ao iniciar uma relação interpessoal com um ouvinte, o falante, enquanto ator social, refere-se simultaneamente a uma rede de expectativas normativas [...] Assim, o que age comunicativamente é levado, pela própria estrutura da subjetividade linguística a continuar sendo ele mesmo, inclusive no comportamento que segue normas. No agir dirigido por normas ninguém pode, em princípio, tirar de ninguém a iniciativa de realizar-se simultaneamente a si mesmo – e ninguém pode abandonar essa iniciativa. (HABERMAS, 1990, p. 59).

Habermas compreende que a comunicação, pelo *medium* da linguagem, entre dois ou mais falantes tem sempre como pressupostos a pretensão de consenso e a possibilidade mínima de um acordo entre os debatedores, mesmo que qualquer um daqueles que participam do discurso tenha como finalidade manipular o outro (o que ele chama de agir estratégico), sob pena do desmoronar as estruturas gramaticais e de impossibilidade de socialização e uso da tradição (HABERMAS, 1993, p. 98).

Dessa forma, o sujeito dotado de competência comunicativa é aquele que usa reflexivamente a linguagem como *medium* para alcançar o entendimento sobre o sentido pragmático de sentenças e, numa postura racionalmente reconstrutiva, transforma sentenças em proferimento que também se socorre da linguagem para resolver problemas de entendimento ocorridos no uso na própria linguagem (BANNWART JÚNIOR; TESCARO JÚNIOR, 2012, p. 142).

Com o que denominou de co-originariedade, Habermas sustenta que “[...] os membros do direito têm que poder supor que eles mesmos, numa formação livre da opinião e da vontade política, autorizariam as regras às quais eles estão submetidos como destinatários” (HABERMAS, 2012, p. 60).

A ação comunicativa, entendida como o uso orientado da linguagem com o propósito de alcançar entendimento, segundo Habermas, “[...] passou a ser visto não como o ‘centro normatizador’ da sociedade, mas como um dos mecanismos de integração social” (DIAS, 2003, p. 101).

Para que ação comunicativa se dê de forma orientada, Habermas propõe o que chamou de “mundo da vida” que seria o contexto compartilhado simultaneamente entre os falantes dentro de um mesmo horizonte linguístico.

Falantes e ouvintes pertencentes a um mesmo sistema de referência, que constitui o mundo da vida, estabelecem um marco de interpretação dentro do qual elaboram definições (conceitos) comuns para cada situação da ação comunicativa, de forma que a validade das manifestações seriam consideradas satisfeitas por ambos atores. Nesse contexto o entendimento seria a obtenção de um acordo entre os participantes da ação comunicativa acerca da validade de uma emissão; acordo, então, seria o reconhecimento intersubjetivo da pretensão de validade que um falante e um ouvinte vinculam a ele (HABERMAS, 1992, p. 169).

Em suma, segundo Maria Tereza de Fonseca Dias, o mundo da vida

[...] é introduzido como conceito correlato dos processos de entendimento, pois os sujeitos que agem comunicativamente se entendem sempre no horizonte linguístico do mundo partilhado por eles. Este mundo forma o horizonte contextual em que os sujeitos sempre se movem seu agir. A linguagem, assim, é constitutiva do mundo da vida. Além de horizonte, o mundo da vida exerce também a função de reservatório cultural, o qual são conservados os resultados elaborações históricas realizadas pelos processos de ação, visto que o mesmo também armazena o trabalho de interpretação feito previamente pelas ações anteriores (DIAS, 2003, p. 101-102).

Assim, como decorrência do uso da linguagem no princípio do discurso dentro do mundo vida, o direito serviria como estabilizador das expectativas sociais de comportamento de forma a possibilitar meios suficientes para introduzir as categorias de direitos que geram o próprio sistema jurídico ao garantir direitos fundamentais ao sujeito de direito: a) que assegurem maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; b) conferir aos cidadãos o *status* de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito com possibilidade de postulação judicial para proteção jurídica individual; c) que confirmem participação, em igualdade de chances na formação da opinião e da vontade com autonomia política daqueles que criam o direito; d) ao garantir condições de vida social, técnica e ecologicamente para oportunizar maior igualdade de chances a todos envolvidos (HABERMAS, 2012, p. 159-160).

Para a teoria Neoinstitucionalista do processo, as conjecturas de Habermas estão enraizadas em uma “linguagem pressupostamente racionalizante e organizativa do mundo humano” (LEAL, 2013, p. 65).

Deste modo, segundo Rosemiro Pereira Leal a linguagem no direito exige uma

[...] teoria do discurso processualizado que possa despragmatizar os processos históricos de aparição espontânea e coerente dos direitos, ou seja, sair de uma *praxis* vital doadora de subjetividades que se rotulam humanas por semelhanças físico-

orgânicas sem qualquer pré-decisão (pacto sîgnico) sobre as características (modo de ser) que as distinguíssem da animalidade ou sobre os critérios de formação do entendimento a respeito das suas próprias convicções legiferativas. Com efeito, o direito à vida só seria direito à vida humana se vida humana fosse criada no plano de um sistema linguístico teoricamente constitucionalizado, de tal sorte a permitir que todos integrantes de uma comunidade jurídica pudessem dela fruir ou questioná-la juridicamente como sujeitos legitimados ao discurso de construção de uma sociedade política, segundo o exercício pleno, ininterrupto e irrestrito, de um controle processualizado dos conteúdos de constitucionalidade nas bases instituinte, constituinte e constituída de direitos (LEAL, 2013, p.64-64).

Portanto, vê-se a imanência entre linguagem e direito de forma a possibilitar ao homem “ser autor de si mesmo pela possibilidade de contrariar linguagens pré-unificantes e fundar linguisticidade habilitadas a legislar suas opiniões e vontades por critérios cujos fundamentos sejam continuamente obtidos em bases processualizadas” (LEAL, 2013, p. 73), como se verá com as conjecturas da aplicação da teoria Neoinstitucionalista do processo na interpretação dos conceitos jurídicos.

2.3 Lei, direito, termos e conceitos jurídicos: conjecturas para uma adequação no Estado Democrático de Direito

Cabe nessa altura do trabalho indicar a concepção utilizada a respeito da palavra “conceito”, uma vez que as proposições jurídicas são estruturadas linguisticamente e as palavras manejadas reclamam por uma interpretação e preenchimento de sentidos que sejam jurídicos.

São as palavras escritas, também tratadas pela semântica e pragmática como “termos” ou “signos”, que compõem as leis e as normas jurídicas que veiculam conteúdo informativo, expressivo, prescritivo ou também diretivo, com a finalidade de regular a convivência em sociedade (FERRAZ, 2013, p. 86).

Por isso, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello “[...] a palavra é um signo, e um signo supõe um significado. Se não houvesse significado algum reconhecível, não haveria palavra, haveria um ruído” (MELLO, 2012, p. 29).

Eros Grau (2008, p. 239) leciona que os conceitos são o sentido que compõe a norma jurídica, assim entendida como o preceito abstrato, genérico e inovador tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados e, tais normas, se integram no ordenamento jurídico.

Para Filgueiras Júnior (2007, p. 36) são as realidades expressas na palavra ou conjunto de palavras que compõem as normas jurídicas com todos os conceitos que formam o ordenamento jurídico.

Defende Leonardo de Araújo Ferraz (2013, p. 78) que as palavras, também concebidas como termos da lei, são meros rótulos ou etiquetas utilizadas para comunicar conteúdos (que denominou de conceitos jurídicos), sendo que as palavras (termos) constituiriam um *input* para a construção de sentidos normativos aceitos no subsistema jurídico.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 21), Marcus Vinícius Filgueiras Júnior (2007, p. 36) e Agustin Gordillo (1977, p. 22) também lecionam que as palavras são rótulos que recobrem as coisas que se deseja veicular. Chega-se a exemplificar da seguinte forma: “a garrafa conterá exatamente a mesma substância, ainda que coloquemos nela rótulo distinto, assim como a coisa seria a mesma ainda que usássemos uma palavra diferente para designá-la” (GORDILLO, 1977, p. 22).

Nessa esteira de raciocínio, se realmente as palavras são rótulos e etiquetas, existe um objeto a ser rotulado. Seria muito difícil tanger e até mesmo imaginar determinados “objetos” jurídicos cujas palavras rotulam, como por exemplo, a “justiça”, a “equidade”, a “honestidade”, o “interesse público” ou a “boa fé”.

Em clara distinção do que seria e quais as funções da lei e dos termos jurídicos, o conceito jurídico teria a função de ligar a palavra ao objeto referenciado rotulado, estando os conceitos jurídicos entre a palavra e o objeto (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 37).

Leonardo de Araújo Ferraz (2013, p. 79) também defende que os conceitos se situariam entre a palavra e o objeto referente, que no caso das proposições jurídicas, o objeto seria a própria norma.

Faz-se uma divisão que pretende ser estanque: as palavras (termos/signos) estariam no plano concreto e fático, enquanto os conceitos estariam no plano abstrato intelectual, que seria o mundo das normas. “Os termos estão exteriorizados no mundo. Estão presentes fisicamente no mundo para formarem entes que repousam no espírito humano, que são os conceitos” (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 38).

Nessa concepção os conceitos auxiliariam a compreensão de forma mais adequada, racional e inteligível a realidade circundante.

Dessa forma, “deter um conceito de alguma coisa é estar apto a distingui de outras coisas, ou estar apto, de algum modo, a pensar ou raciocinar sobre ela” (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 34).

Nas conjecturas até aqui alinhavadas existe uma distinção do que seriam as leis (escrita e positivada) e a norma jurídica abstrata veiculada pelas palavras/signos/termos jurídicos⁷.

É perceptível que as teorias até aqui expostas nesse tópico fazem os conceitos percorrer um caminho que parte do essencialismo metafísico aristotélico, ao tentar perquirir a essência (substância) das coisas, até a ontológica busca de uma significação nos estados de pensamento humano que se funda no pseudo reconhecimento da interpretação no grupo social que se presta ao cumprimento e aplicação das normas jurídicas, sendo que esta significação é atribuída a uma coisa, estado ou situação e não a coisa, estado ou situação (GROTTI, 1999, p. 66).

Além da polissemia existente do que seria lei/norma/direito/conceito, há, também, divergência nas opiniões e conjecturas que diz respeito à manifestação da determinação e da indeterminação dos conceitos jurídicos.

Para Garcia de Enterría e Tomás Ramon Fernández a diferença entre o conceito determinado e o indeterminado se daria no nível da compreensão e afirmam que existe um núcleo fixo ou "zona de certeza", configurado por dados prévios e seguros em que não haveria dúvida do cabimento da aplicação do conceito (estes seriam os conceitos determinados). Os conceitos indeterminados se situariam em uma zona de incerteza (cinzenta) ou "halo", mais ou menos impreciso, que depois, em uma "zona de certeza negativa", chegaria à exclusão das situações não abrigadas e abarcadas pela compreensão (GARCIA ENTERRÍA; FERNANDÉZ, 1991, p. 395).

Eros Grau defende que a indeterminação não seria dos conceitos jurídicos, e sim das palavras (termos), pois as sumas de ideias que formam os conceitos são, no mínimo, determinadas. Por isso, a indeterminação decorreria das palavras que expressam os conceitos por suas características de ambiguidade e imprecisão quando se esbarram com a realidade, pois não seria concebível se pensar alguma coisa que seja indeterminada (GRAU, 1988, p. 65-66).

⁷ Somente para fins ilustrativos, nos estudos de direito penal também existe a tentativa de fazer estanques as palavras e institutos jurídicos denominados de "lei" e "norma". A lei seria uma fonte da norma, sendo que a norma é conteúdo da lei penal ao proibir ou impor concretamente a respectiva conduta que descreve, servindo a norma como fundamento da lei (GRECO, 2015, p. 60). Assim, a lei penal que tipifica o crime de homicídio descrita no *caput* do artigo 121 do Código Penal (BRASIL, 1940) que prescreve "matar alguém" estaria contida a norma proibitiva "não matará".

Já Celso Antônio Bandeira de Melo se apoia em ponto oposto ao registrar que a indeterminação reside no conceito e não nas palavras, uma vez que recobririam com “absoluta” precisão objetos mentalizados que seriam imprecisos. Afirma que “se a palavra fosse imprecisa -e não o conceito - bastaria substituí-la por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que se quis comunicar” (MELLO, 2012, p. 21).

Entre aqueles que acreditam que a indeterminação está na palavra que rotula, no conceito rotulado ou na compreensão do pensante, surge no Direito Administrativo várias denominações para denominar os conceitos jurídicos indeterminados, que são chamados também de plásticos, fluidos, imprecisos, elásticos, de contornos indeterminados, cláusulas gerais, dentre outros (GROTTI, 1999, p. 68).

Todas essas conjecturas indicam que as teorias propostas (sobre que o seria lei, direito, termos e conceitos jurídicos) revelam ainda vigorar para alguns pensadores administrativistas a relação sujeito-objeto (o sujeito seria aquele que pretende conhecer; o objeto seria aquilo que pode ser conhecido) com a figura de um sujeito assujeitado às essências e ao solipsismo assujeitador que funda objetos no mundo (STRECK, 2014, p. 256).

Percebe-se que a distinção de determinado e indeterminado está aprisionada na lógica semântica de intensão e da extensão conceitual. Um conceito seria determinado porque seria capaz de denotar com clareza a essência de um objeto ou estado de coisa. Seria indeterminado porque lhe faltaria elementos intencionais suficientes para que a consciência do homem fosse capaz de denotar o objeto, a situação ou o estado do objeto referido (CRUZ, 2011, p. 113).

Para Álvaro Ricardo de Souza Cruz é um equívoco acreditar que existe aquele conceito que seja determinado e outro que seja indeterminado. Assim registra que

[...] um conceito não é determinado nem é indeterminado porque a sua determinação ou indeterminação não se dá a priori na consciência do indivíduo que é capaz de vislumbrar a essência do mundo: sua constituição é sempre fruto de uma prática social, de um jogo de linguagem que se forja a partir e dentro de um horizonte de tradição, histórica, datado, em um dado mundo da vida. Tanto a determinação quanto a indeterminação devem ser entendidas como uma tensão dialética e permanente, um risco inerente ao jogo de linguagem. Um risco de que compreensão e incompreensão estão sempre de mãos dadas. Por mais claro que alguém se expresse, o “perigo”, a “beleza” de que tal proposição não seja entendida por aquele que ouve ou que lê está sempre presente. Falar em conceito determinado soa claramente como um elemento de desdiferenciação do sistema da linguagem tal qual é concebido pela reviravolta pragmática trazida pela filosofia da linguagem (CRUZ, 2001, p. 113-114).

O esforço em se distinguir o que seja determinado ou indeterminado em decorrência dos termos (palavras) legais, utilizando para isso uma abordagem tradicionalmente sintática ou semântica, faz com que haja a falsa crença de que a alteração

das palavras da lei impõe uma transformação das práticas sociais e dos sentidos normativos (febre legislativa).

Luis Alberto Warat sustenta que, apesar de se alterarem as palavras da lei, oculta-se o fato de que “a ideologia dos intérpretes das normas continua inalterada, a transformação legislativa é uma ilusão e, rapidamente, os novos significantes voltarão a adquirir as velhas significações” ainda aduz que a “[...] univocidade significativa pressupõe sempre uma prévia coincidência ideológica. A crença na univocidade normativa é fruto da ignorância ou da ingenuidade” (WARAT, 1995, p. 68).

Antes da interpretação do intérprete, Ferdinand Lassale retroage ao momento da criação legiferante e leciona que todas as leis e instituições jurídicas vigentes tem como força ativa e eficaz o que denominou de fatores reais de poder (LASSALE, 2001, p. 17).

Defende o autor que a essência das leis e da Constituição é a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação, de modo que

[...] juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei e por conseguinte é punido. Ninguém desconhece o processo que se segue para transformar esses escritos em fatores reais do poder, transformando-os dessa maneira em fatores jurídicos (LASSALE, 2001, p. 18).

Dessa forma, Lassale reconhece os fatores reais do poder de uma sociedade (monarquia, banqueiros, aristocracia, burguesia) como constituintes do Direito, com o propósito de garantir a manutenção do poder dos privilegiados ao dispor as normas vinculantes em uma folha de papel gravadas em linguagem escrita.

Para estabilizar os desconfortos e angústia perpetradas por Lassale, ao conceber a Constituição e as leis como meras folhas de papel fazendo valer que a verdadeira essência são os fatores reais de poder, Konrad Hesse se opõe ao sustentar que o que faz uma constituição ter força ativa não é só a vontade do poder, mas a vontade de Constituição que deveria se fazer presente na consciência geral. Essa vontade de constituição, segundo Hesse

[...] origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento. Não abarcaríamos

a totalidade desse fenômeno e sua integral e singular natureza. Essa natureza apresenta-se não apenas como problema decorrente dessas circunstâncias inelutáveis, mas também com problema de determinado ordenamento, isto é, como um problema normativo (HESSE, 1991, p. 19-20).

Em que pese ter sustentado que a força ativa das leis não se repousaria tão somente em forças que chamou de inelutáveis (fatores reais do poder), mas sim na vontade de constituição, Konrad Hesse se aproxima de Lassale ao reconhecer que “[...] a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo” (HESSE, 1991, p. 18).

As expressões usadas por Hesse, tais como, “forças espontâneas” e “tendências dominantes do tempo”, se assemelham muito com os fatores reais do poder, que demonstra a manutenção de poder de uma autoridade que visa estabilizar a compreensão de uma comunidade política por meio de enunciados normativos ideologizados de forma a dar manutenção na dominação.

Em uma perspectiva reclamada pelo Estado Democrático de Direito tem-se que a lei é criadora do texto normativo, que por sua vez, é o direito. A lei deve ter origem em nível instituinte por meio de uma teoria linguístico-jurídico-normativa pré-definida de forma a “[...] co-institucionalizar, em nível constituinte, direitos, deveres faculdades, vedações, permissões e suas estruturas lógico-fundantes e respectivas instrumentalidades operacionais e organizacionais a que se explicitam em nível constituído com o provimento legislativo (LEI)” (LEAL, 2010, p. 167).

Assim, extingiria a confusão polissêmica do que seria lei, direito, norma e conceitos cujos sentidos normativos são sequestrados pela mente iluminada do intérprete-aplicador, sejam por fórmulas de molduras, seja na manifestação de um juiz Hércules, ou por meio de palavras que hodiernamente se mostram como “mágicas”, tais como, razoabilidade e proporcionalidade.

No mar das teorias até aqui abordadas, o processo seria o meio para se construir, modificar, aplicar e extinguir a lei, ao usar critérios argumentativos fixados de forma prévia e processual como marco instituinte da lei. Esse ato demonstra que o processo seria suscetível e aberto à fiscalidade ampla e irrestrita ao observar o devido processo, que é a condição inicial e indispensável de vida jurídica nos democracias co-institucionalizadas (entendidas como constitucionalizadas), como registra Rosemiro Pereira Leal (2010 p. 168).

O que a pós-modernidade reclama é uma relação sujeito-sujeito que, por meio de uma teoria do discurso processualizado, seja possível despragmatizar os processos históricos de aparição espontânea e coerente dos direitos, tudo para romper com a “doutrina” e os

“dogmas” que se mostram doadores de subjetividades sem que haja um pacto sgnico sobre as características e interpretações que estejam fundadas em suas próprias convicções legiferativas (LEAL, 2013, p. 65).

Assim, segundo Rosemiro Pereira Leal, a relação sujeito-sujeito teria a linguagem como um

[...] sistema lingüístico teoricamente constitucionalizado, de tal sorte a permitir que todos integrantes de uma comunidade jurídica pudessem dela fruir ou questioná-la juridicamente como sujeitos legitimados ao discurso de construção de uma Sociedade Política, segundo o exercício pleno, ininterrupto e irrestrito, de um controle processualizado dos conteúdos de constitucionalidade nas bases instituinte, constituinte e constituída dos direitos (LEAL, 2013, p. 66).

Em suma: a lei cria o texto normativo que é o direito, que, por sua vez, tem no processo a teoria para criação, modificação, aplicação e extinção da lei, de forma que todos os membros de uma comunidade política sejam interlocutores legitimados para atuarem no devido processo nos momentos instituinte (criação), constituinte (interpretação) e constituída (aplicação) da lei.

Faz-se necessário uma delimitação da teoria dos conceitos no direito, para que assim, sejam alcançados os objetivos propostos no trabalho.

2.4 Os conceitos no direito: uma delimitação necessária

Tendo em vista o escopo da pesquisa,  necessário fazer um corte no termo “conceitos”, uma vez que podem assumir várias significações e significados na extensa área do saber humano.

Vê-se uma tentativa desse corte na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann⁸, que busca superar o amálgama normativo característico da idade média ao decompor o sistema social em diversos subsistemas sociais que sejam autnomos, fechados operacionalmente, porém, abertos cognitivamente (LUHMANN, 2010, p. 59).

⁸ Para um aprofundamento sobre a teoria dos sistemas de Luhmann ver em: LUHMANN Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 11. ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, 417 p.; LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010, 369 p.; LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, 210 p.; LUHMANN, Niklas. *Sistemi social: fondamenti di una teoria generali*. Bolonha: Il Mulino, 2001, 772 p.; NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, 263 p.

Decorre do sistema social diversos subsistemas com seus códigos binários tais como o direito (lícito/ilícito), a política (poder/não poder), a religião (credo/não credo), a ética (bom/ruim), dentre outros (CARVALHO NETTO, 2004, p. 29).

O direito então funcionaria com uma linguagem que lhe seria própria e fechada em relação ao ambiente gerando expectativas a aceitação de comunicação, operando o que foi chamado por Luhmann de *autopoiese* do sistema (DIAS, 2003, p. 87).

No entanto, esse fechamento do sistema em face do ambiente não significa a falta do ambiente, antes, o fechamento operacional do sistema é a condição de possibilidade para sua abertura (LUHMANN, 2011, p. 606). Segundo Marcelo Neves

A combinação de fechamento e abertura pode ser tratada sob duas perspectivas: 1) embora um sistema construtor e construído de sentido exerça o controle das próprias possibilidades de negação por ocasião dos próprios elementos (fechamento) esse controle depende das condições de escolha entre o sim e o não do respectivo código sistêmico (abertura); 2) o controle das possibilidades de negação (fechamento) proporciona uma relação seletiva contínua e estável (ou, no mínimo, menos instável) do sistema com o seu ambiente (abertura adequada) (NEVES, 2013 p. 130).

A *autopoiese*, então, seria a possibilidade do próprio sistema ser construído pelos seus próprios componentes que o constrói em uma “rede de processos de produção, transformação e destruição de componentes que, através de suas interações e transformações, regeneram e realizam continuamente essa mesma rede de processos” (NEVES, 2013, p. 127).

Para Luhmann o direito assume uma posição na sociedade moderna do controle do código-diferença lícito/ilícito, sendo operado exclusivamente pelo sistema jurídico. No entanto, esse sistema normativo fechado (que impede a confusão do sistema jurídico com o seu ambiente) seria também cognitivamente aberto, pois pode assimilar, de acordo com seus próprios critérios, os fatores do ambiente sendo influenciados por estes (economia, ética, ciência, política, etc.) de tal forma a ser capaz de adaptar-se ao ambiente complexo e em veloz mutação (NEVES, 2013 p. 141).

Portanto, os conceitos devem ser interpretados de acordo com contexto do subsistema que se encontra. Por exemplo, os termos “mulher honesta”, “conduta ilibada”, “boa fé”, “notável saber” estão presentes em outros subsistemas (moral, religião, economia, política, etc.) com significados muito distintos dos que assumidos e trabalhados no subsistema direito.

Por isso Leonardo de Araújo Ferraz (2013, p. 78) defende que os denominados “conceitos jurídicos” deveriam ser concebidos como “conceitos no direito”, sendo que qualquer conceito pode ser trabalhado como jurídico desde que manejado nos contornos deste subsistema social.

As palavras estruturadas linguisticamente comunicam conteúdo jurídico (norma) e formam um *input* ao exprimir conteúdo normativo, mas, também, se torna um *output* diante da possibilidade de recriação e auto-organização decorrente da irritação sofrida pelos outros subsistemas ou pelo ambiente externo, o que opera no direito a seleção de conteúdo que se organiza pela *autopoiese* (LUHMANN; DE GIORGI, 2003, p. 22).

A grande crítica à teoria dos sistemas de Luhmann se dá pela possibilidade de se criar, por meio da configuração sistêmica, uma força de dominação que impõe ao cidadão um poder de dirigência de tal forma que o falante, ao invés de falar, é falado, e por ser colocado alienado é capturado por uma linguagem cultural⁹ que o aprisiona com as correntes dos dogmas da doutrina, dos mitos, das tradições e dos carismas (LEAL, 2013, p. 72).

Para romper com essa realidade angustiante o conhecimento objetivo e o falibilismo de Karl Popper (1975, p. 215) tem sido aplicado na contemporaneidade com o intuito de se afastar condições usurpadoras da sociedade nas construções de sentido dos significados a fim de depor qualquer condição impositiva de um pai estatal com reprodução e manutenção de uma servidão dogmatizada e ideologizada dos falantes.

Por isso, como leciona Rosemiro Pereira Leal, quando se concebe a linguagem aplicada ao direito na construção de conceitos e significados é necessário manejar

[...] uma linguisticidade constitucionalizada por critérios que propiciem argüir os fundamentos de caracterização dos elementos teóricos (conjecturas, asserções) institutivos dos enunciados normativos (devido processo). Ao se assegurar a ampla defesa como direito fundamental, assegura-se o direito de argumentação das minorias no mesmo espaço-tempo procedimental processualizado das maiorias e vice versa. Esse direito é que impede o fechamento dos sistemas (a criação das sociedades fechadas no sentido de Popper). Por isso é que um direito caracterizador da democracia, no sentido pós-moderno de não se valer de juízos dispositivos, rompe com o dogma da fala paranóica, se a cada um se reconhecer constitucionalmente a possibilidade de apontar aporias (direito ao contraditório) nos discursos juridicamente normatizados. Em sendo o homem o ser da linguagem (advindo de línguas que originariamente não criou), há de ser posto um direito que lhe permita ser autor de si mesmo pela possibilidade de contrariar linguagens pré-unificantes e fundar linguisticidades habilitadas a legislar suas opiniões e vontades por critérios cujos fundamentos sejam continuamente obtidos em bases processualizadas (LEAL, 2013, p. 73).

Diante da necessidade de romper com qualquer resquício de autoritarismo se faz necessária a busca de uma teoria da decisão jurídica e de interpretação que oportunize aos

⁹ Rosemiro Pereira Leal (2013, p. 68) discorre sobre cultura como “um anônimo consenso ou laços sociais adquiridos nas cenarizações dos significantes (fantasias lúdicas, guerreiras e sobrenaturais, destinadas a se converterem em mundos da realidade ideologizada), a função estabilizadora do pacto de silêncio historicamente celebrado e denominado ‘cultura’”.

afetados (falantes e ouvintes) condições de produzir significados oriundos de suas opiniões e vontades por meio de um processo democrático, como se buscará verificar na teoria Neoinstitucionalista do processo aplicada na interpretação e produção de significados dos conceitos jurídicos indeterminados.

O que se percebe com o construto filosófico até aqui erguido é demonstrar que existe ávida busca na manutenção de uma crença ideológica apaziguadora das angústias do homem, que visa a manutenção de um autoritarismo velado e sustentado pela chamada “segurança jurídica”.

Nesse *iter*, identifica-se nas teorias clássicas dos conceitos até aqui expostas que há uma excessiva preocupação com certezas fixas, duradouras, perenes, eternas a fim de dar às palavras ou termos uma forma unívoca e cirurgicamente precisa (FERRAZ, 2013, p. 96).

No entanto, a contemporaneidade reclama que no Estado Democrático de Direito todos os afetados (povo) são também legitimados para o manejo de uma hermenêutica constitucional apta de impingir uma fiscalidade por meio de procedimentos processualizados que possibilitem testabilidades incessantes das teorias e conjecturas propostas, a fim de legitimar o direito produzido, com o propósito de submetê-lo sempre ao controle do devido processo constitucional.

Logo, a proposta de uma nova abordagem na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados traz importantes repercussões em diversas áreas da ciência jurídica, mas o trabalho se aterá a identificar as influências dessa visão no Direito Administrativo.

Assim, a partir dos próximos tópicos deste capítulo serão analisadas as teorias de decisão jurídica propostas por Hans Kelsen, Ronald Dworkin e Robert Alexy e os julgados dos Tribunais Superiores que versem sobre o tema abordado, e se perquirirá como essas teorias refletem na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados neste tempo de enfrentamento entre o neoconstitucionalismo e positivismo jurídico (STRECK, 2009, p.1).

No último tópico do capítulo será apreendida a teoria Neoinstitucionalista do processo e as suas conjecturas para uma interpretação legítima como propositura de superação do positivismo de Hans Kelsen, da teoria da única resposta correta de Ronald Dworkin e a proporcionalidade de Robert Alexy.

2.5 A teoria das molduras interpretativas de Hans Kelsen na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados

Hans Kelsen propôs a teoria pura do direito num contexto vivido pela prática administrativa e judiciária em que se adotava inúmeros critérios para se definir e descrever o que seria o Direito diante da insuficiência do positivismo.

A teoria formulada por Kelsen buscou superar as teorias do Direito Natural, que defendia ser o Direito um conjunto de valores naturais, inerentes ao homem e imutáveis, e a teoria do Direito Livre, que defendia que ao lado do direito estatal o operador do direito deveria considerar também as relações jurídicas surgidas do seio dos movimentos sociais, que por natureza seriam mutáveis¹⁰.

Com isso, a Teoria Pura do Direito rejeitou todas as justificações metafísicas de validade do Direito e se esforçou para delimitar o objeto da ciência jurídica, que fosse axiologicamente neutro, contribuindo, dessa forma, para o surgimento da ciência jurídica.

Ao falar da “pureza” do Direito assim se posicionou o autor,

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 1998, 12).

A ciência do Direito ao ser depurada de qualquer ideologia, de qualquer valor moral, ético, econômico ou político, se firmaria em certezas objetivas, quase matemáticas (KELSEN, 2011, p. 355).

Nesse sentido, percebe-se que Kelsen procura conferir e definir o objeto para que o Direito alcançasse *status* e lugar junto aos demais ramos da ciência.

Com intuito de se delimitar o objeto da ciência do Direito, Kelsen propôs como cerne de suas investigações o princípio da imputação (se é A, deve ser B), paralelamente ao princípio da causalidade (se é A, será B), própria da ciência natural (KELSEN, 1998, p. 53).

¹⁰ Para um maior aprofundamento das teorias do Direito Natural e do Direito Livre ver: KANTOROWICZ, Germán. *La lucha por la ciencia del Derecho. In: La ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949, p. 325-373; BETIOLI, Antônio Bento. *Introdução ao Direito: lições de propedêutica jurídica*. São Paulo: Hermes Editora, 1989, 624 p.; ERLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999, 388 p.; FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Coimbra: Armênio Amado, 1963, 196 p.; HERKENHOFF, João Baptista. *Aplicar o Direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica*. 9. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 90 p.; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, 356 p.

Vê-se que no princípio da imputação há verdadeira subsunção, uma vez que a proposição jurídica fundada sob determinados pressupostos deve produzir determinadas consequências, “quando a ligação, produzida por uma norma jurídica, dos fatos estabelecidos como pressuposto e consequência e expressa na proposição jurídica pela cópula ‘deve (-ser)’ (*Sollen*)” (KELSEN, 1998, p. 55).

Ele exemplifica essas proposições jurídicas ao enumerar alguns exemplos: “Se alguém comete um crime, deve ser-lhe aplicada uma pena; se alguém não paga a sua dívida, deve proceder-se a uma execução forçada do seu patrimônio; se alguém é atacado de doença contagiosa, deve ser internado num estabelecimento adequado” (KELSEN, 1998, p. 55).

Assim, o princípio da causalidade é revelado quando há manifestação de determinados pressupostos (fixados previamente pelo Direito), que produzem atos de coerção que também foram previamente estabelecidos, na manifestação de fatos concretos no mundo empírico.

A obra de Kelsen propôs a releitura do princípio da separação dos poderes como idealizado por Montesquieu. Com isso, houve desvalorização do Legislativo dentro da estrutura clássica da separação dos poderes, principalmente em favor do Executivo (CRUZ, 2004, 113).

Ao prever um sistema dinâmico do Direito, admitindo correntes de atos estatais criadores de Direito, a legislação deixou de ser, para Kelsen, um monopólio e prática exclusiva do Legislativo (KELSEN, 1998, p. 135).

Kelsen chegou até mesmo a ignorar a necessidade do Legislativo, em especial nas sociedades primitivas em que os costumes serviam como fundamentos das regras jurídicas, uma vez que nessas sociedades sempre se apresentavam a figura de um chefe (administrador) e um corpo de sábios (juristas) que fixavam as regras jurídicas para convivência dos grupos nas vivências diárias (KELSEN, 2001, p. 248).

Nessa perspectiva a ordem jurídica poderia ser concebida em uma dimensão estática e dinâmica criadora de direitos.

Sua concepção estática o ordenamento jurídico foi metaforizado pela estrutura piramidal das normas jurídicas. Segundo descreve o autor,

A ordem jurídica de um Estado é, assim, uma mistura hierárquica de normas legais. Em forma bastante simplificada, apresentar o seguinte retrato: o nível mais baixo é composto de normas individuais e criadas pelos órgãos aplicadores do direito, especialmente os tribunais. Essas normas individuais são dependentes dos estatutos, que são as normas gerais criadas pelo legislador, e das regras do Direito consuetudinário, que fornecem o nível superior seguinte da ordem jurídica. Esses estatutos e regras de direito consuetudinário, por sua vez, dependem da Constituição,

que forma o nível mais elevado da ordem jurídica considerada como sistema de normas positivas (KELSEN, 2001, p. 216).

Dessa forma, a Constituição estaria no ápice da pirâmide normativa onde as normas e atos normativos inferiores devem buscar seus fundamentos de validade. Sendo que a norma que regula a produção é a norma superior e, por conseguinte, a norma produzida segundo as determinações da norma superior é a norma inferior. Nessa visão, a ordem jurídica não seria um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas e postas de forma horizontal. Seria, assim, uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A unidade da ordem jurídica “[...] é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra” (KELSEN, 1998, p. 155).

Acima da Constituição estaria a norma fundamental (*Grundnorm*), que seria uma norma hipotética fundamental. Nessa esteira o pressuposto fundante da validade objetiva da norma seria a norma fundamental (*Grundnorm*). Na verdade é “[...] apenas de uma norma de dever-ser que deflui a validade – sem sentido objetivo - da norma segundo a qual esse outrem se deve conduzir em harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade (KELSEN, 1998, p. 6-7).

A norma fundamental (*Grundnorm*), que decorreria da racionalidade humana, está atrelada e é descrita por um critério de eficácia que se uniria à validade para a formação da Constituição e do sistema normativo proposto por Kelsen.

Com certeza, essa norma fundamental não é criada por algum órgão da comunidade jurídica em conformidade com as cláusulas de uma norma superior. É uma pressuposição feita ao pensamento jurídico, mas de forma superior. É uma pressuposição feita ao pensamento jurídico, mas de forma alguma arbitrária. Uma análise do pensamento jurídico demonstra que os juristas consideram válida uma Constituição apenas quando a ordem jurídica nela fundamentada é eficaz. Esse é o princípio da eficácia. Que uma ordem jurídica seja “eficaz” significa que os órgãos e sujeitos dessa ordem de um modo geral, conduzem-se de acordo com as normas da ordem (KELSEN, 2001, p. 218).

Já em sua concepção dinâmica do ordenamento jurídico Kelsen buscou superar a dualidade entre o Estado e o Direito (KELSEN, 1998, p. 222-223), e, considerou a dinâmica do Direito como o conjunto de autorizações e procedimento aptos a conferir competências a pessoas investidas em cargos e mandatos públicos que estariam ligados à aplicação e criação da norma jurídica (KELSEN, 1998, p. 138).

Dentro desse contexto dinâmico do Direito, criticou a hermenêutica que alegava que o intérprete necessitaria somente de sua razão (cognição) e não de sua vontade (volição)

para captar qual seria a intenção do legislador e, assim, chegar à resposta correta para o caso/fato analisado (KELSEN, 1998, p. 247-248).

Assim, Kelsen defendia que as normas constitucionais não teriam a completude necessária para possibilitar o surgimento das demais normas inferiores (sejam elas normas gerais ou individuais).

O ato legislativo deveria ter seu conteúdo fixado na constituição (a norma no modelo estático), mas, assim como o conteúdo das leis dependiam da vontade do legislador, o mesmo ocorreria com o Magistrado e com o Administrador Público na prática dos atos jurisdicionais e administrativos, respectivamente.

Em decorrência desse raciocínio poderia se afirmar que todos atos jurídicos passam sequencialmente por um ato de interpretação/aplicação de uma norma superior (cognição) para a produção de uma norma inferior (volição). Segundo Kelsen,

A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas. De certo que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. Mas também este último é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária (KELSEN, 1998, p. 249).

Nessa proposta de criação do direito por meio de uma interpretação, o autor propôs que haveria uma interpretação que seria autêntica e outra interpretação não autêntica.

A interpretação autêntica seria fruto das autoridades do Estado que receberam do ordenamento jurídico competências especiais e específicas para desenvolverem tal tarefa. Essa interpretação seria simultaneamente cognitiva e volitiva. Já a interpretação não autêntica era produzida por professores, doutrinadores e juristas. Essa interpretação seria somente cognitiva (KELSEN, 1998, p. 245).

Para Kelsen somente a interpretação autêntica seria criadora do Direito. Dessa forma, segundo o autor

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem (KELSEN, 1998, p. 247).

Com isso, Kelsen rompe com a sistemática imposta que defendia haver somente uma resposta correta para cada caso concreto. Caberia, nessa ideia, ao juiz ou administrador buscar a vontade do legislador ao efetuar uma tarefa de subsunção, sem nenhum papel criativo, o que conduziria a uma conclusão inequívoca, única, correta e matemática (CRUZ, 2004, p. 118).

Ao contrário das concepções que ignoravam as lacunas no Direito, a Teoria Pura via nessas lacunas (indeterminação/plasticidade/vagueza) a liberdade concedida pelo legislador ao juiz ou administrador (em especial) para que no exercício de discricionariedade/subjetividade criasse Direito dentro da moldura das possíveis interpretações/soluções.

Logo, a solução para o caso não seria a única correta, mas seria uma das opções constantes na moldura interpretativa. Defende o autor que

É pura e simplesmente impossível decidir de modo racional-científico entre os dois juízos de valores em que se fundamentam essas concepções contraditórias. Em última síntese, é nosso sentimento, nossa vontade e não nossa razão, é o elemento emocional e não o racional de nossa atividade consciente que soluciona o conflito (KELSEN, 2001, p. 5).

Salienta-se que a Teoria Pura do Direito teve a sua primeira edição escrita em 1934, e nessa edição Kelsen ateu o intérprete às opções constantes no interior da moldura das interpretações possíveis. Desse modo,

Se por "interpretação" entende-se a revelação, através da cognoscibilidade, do espírito da norma a ser implementada, seu resultado pode ser apenas a descoberta da moldura que a norma a ser interpretada representa e, dentro dessa moldura, o conhecimento das várias possibilidades de sua implementação. Assim, interpretar uma lei não conduz necessariamente a uma solução como sendo a única correta, mas, possivelmente, leva a várias soluções, aferidas somente em confronto com a norma a ser aplicada, mesmo se considerando que apenas uma única delas se torna, no ato da decisão judicial, Direito positivo. Dizer que uma decisão judicial é baseada numa lei apenas significa, na verdade, que a decisão é uma das normas individuais possíveis dentro da moldura da norma geral, e não que aquela seja a única norma individual possível (CARVALHO NETTO, 1997, p. 35).

No entanto, na segunda edição publicada em 1960, Kelsen supervaloriza o subjetivismo daqueles que detém a interpretação autêntica ao ponto desses legitimados optarem (ato de volição) por possíveis interpretações que estariam até mesmo fora da moldura das interpretações possíveis. Leciona o autor que

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de

um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. E fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo - especialmente pelos tribunais de última instância (KELSEN, 1998, p. 90).

Em que pese todas as críticas acadêmicas da modernidade ao modelo kelsiano¹¹, Marcus Vinícius Filgueiras Júnior (2007) propõe em sua obra denominada “conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa” uma abordagem dinâmica e uma abordagem estática das normas dos conceitos jurídicos indeterminados e conclui que o legislador ao utilizar tais conceitos possibilita ao administrador uma interpretação e discricionariedade que sejam insindicáveis pelo judiciário. O autor dá claras mostras que adere por completo à teoria Pura do Direito nos moldes propostos por Hans Kelsen.

Já na jurisprudência pátria as propostas da Teoria Pura do Direito no que diz respeito à interpretação autêntica, a interpretação não-autêntica e a discricionariedade interpretativa concretizadora, (cognição/volição – criadora de direitos) dispostas na moldura da interpretação possível, estão presentes de forma sistemática.

Seguindo a interpretação autêntica há a figura do princípio do livre convencimento motivado, ou “da livre convicção motivada” ou, também chamado, de princípio da “persuasão racional” que confere um julgamento *secundum conscientiam*, que propicia tanto ao juiz como ao administrador (que tem o dever de fundamentar suas escolhas) a desvinculação das amarras de critérios racionais legais postos *a priori*.

A ele, o solitário magistrado, considerado destinatário das provas, é dado o poder de avaliar e valorar as provas segundo seus critérios pessoais e críticos, como autorizado, por exemplo, pelos artigos 131 e 436 do CPC/1973 e artigos 157 e 182 do CPP (CINTRA, GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 74).

Esse poder discricionário conferido aos juízes tem sido incorporado na *práxis* das cortes brasileiras, e a manutenção desse ideário antidemocrático tem ficado à cargo da ciência dogmática (doutrina produzida largamente, presente de forma maciça nas academias) que imprime no sistema uma dominação racional legal, segundo a teoria weberiana (WEBER, 2003, p. 129).

¹¹ Para uma melhor compreensão da Teoria Pura do Direito e das propostas teóricas de Hans Kelsen ver: KELSEN, Hans. *A ilusão da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, 654 p.; KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 149 p.; KELSEN, Hans. *O que é a justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001, 404 p.; KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986, 509 p.; KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 267 p.; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 267 p.; KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 159 p.; COELHO, Fábio Ulhoa. Para entender Kelsen. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001, 74 p.

O que decorre do solipsismo judicial e/ou administrativo, justificado com a teoria kelsiana da interpretação autêntica que cria direitos, são decisões que revelam a encarnação da *autorictas*, o que lança bases para o forte protagonismo que o judiciário e a administração tem desempenhado nas relações das funções (legislativo, executivo e judiciário) do Estado.

O que se vê nos julgados são ministros, como o Ministro Humberto Gomes de Barros do Superior Tribunal de Justiça, consignando no fundamento dos acórdãos que “não importa o que pensam os doutrinadores [...] Decido, porém, conforme minha consciência. [...] Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se molde a ele. [...] Ninguém nos dá lições” (BRASIL, 2001a, p. 121)¹².

As palavras transcritas acima demonstram a cisão existente no Brasil no que diz respeito a interpretação autêntica (autoridades do Estado) e a interpretação não autêntica (professores, juristas e acadêmicos) o que inviabiliza quaisquer tentativas de formação de um discurso.

O subjetivismo exacerbado tomado como fundamento de decisões jurídicas (judiciais e administrativas), como defendido na Teoria Pura do Direito, não encontram compatibilidade com o Estado Democrático de Direito, uma vez que afrontaram a principiologia característica do constitucionalismo pós-guerra, com o desprezo de inúmeros afetados (cidadãos) em face de uma decisão (deliberação criadora de direitos) solipsista (solitárias e egoístas), em desconsideração total da opinião daqueles que vivenciam diuturnamente a norma (destinatários) posta.

Para superar a ideologia positivista a Teoria Neoinstitucionalista do processo inaugura uma concepção de devido processo fundado em uma linguisticidade jurídica que é marco interpretante de criação (instituinte da norma) e atuação de um sistema normativo que permita a fusão biunívoca de vida-contraditório, liberdade-ampla defesa, isonomia-dignidade

¹² O Ministro Humberto Gomes de Barros, em seu voto no AgReg em REsp n. 279.889/AL assim consignou: “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja” (BRASIL, 2001a, p. 121).

(igualdade), como direitos fundantes (fundamentais), direitos esses líquidos, certos e exigíveis (LEAL, 2010, p. 112).

A Constituição não é mera folha de papel, como falou Ferdinand Lassale (2001), mas um discurso cujo texto se faz também por uma teoria do processo que considera o interpretante como ente construtivo e operacional do sistema a possibilitar no processo (seja ele administrativo ou judicial) um igual direito de interpretação para produtores e destinatários normativos, rompendo-se, assim, com a ideia positivista clássica de “uma resposta correta” ou de várias respostas que podem ser encontradas dentro ou fora de um quadrante hermenêutico pela autoridade, sem limites e controles objetivos, como apregoado por Kelsen (LEAL, 2010, p. 113).

Para responder ao problema da pesquisa se faz necessário agora estudar o conceito de discricionariedade forte e fraca anunciada por Ronald Dworkin e como os Tribunais e os teóricos brasileiros se valem dessa teoria na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados.

2.6 A Teoria da interpretação de Ronald Dworkin: discricionariedade forte, discricionariedade fraca e os conceitos jurídicos indeterminados

Dworkin percebeu a insuficiência do positivismo ao se deparar com certas decisões em casos difíceis, bem como em não dar conta de explicar a divergência existente no direito. Assim, propõe a noção de direito como integridade de forma a não ser submetido às contingências específicas que se manifestam em determinados períodos da história humana, ou, servisse como instrumento político em busca de objetivos que poderiam ser momentâneos e passageiros.

Dworkin propõe uma noção de direito como integridade no sentido de tornar o sistema jurídico como um todo coerente, sem surpresas que poderiam se dar com interpretações teratológicas para comunidade política no seu todo, e que se atrelasse a uma linha contínua histórica da interpretação.

Para isso, a história serviria como base da compreensão do que o Direito é e o que tem feito por meio dos atos históricos. Dessa forma, o autor leciona que

A história é importante no direito como integridade: muito, mas apenas em certo sentido. A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. Insiste em que o direito - os direitos e deveres que

decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção - contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa. A história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o *status* quanto o conteúdo dessas decisões anteriores. [...] O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado (DWORKIN, 1999, p. 274).

Para que o direito não servisse tão somente às ideologias contingentes do presente (como foi no nazismo, por exemplo), Dworkin se valeu do processo histórico da hermenêutica e da atividade legiferante para rechaçar quaisquer intenções interpretativas que se afastassem de um ideário de moral e justiça. Dessa forma, pondera o autor que:

Precisamos de uma teoria do Direito, uma resposta às nossas questões que não nos leve à surpreendente conclusão de que o desacordo que parece tão genuíno e tão absorvente seria, na verdade, ilusório. Eis o motivo pelo qual tentei defender um tipo de resposta distinta da positivista. Essa outra resposta encontra o cerne do Direito não apenas nas decisões oficiais do passado, mas também no processo de interpretação das decisões tomadas no passado (DWORKIN, 1997, p. 50).

Assim, Dworkin propôs uma analogia que chamou de “romance em cadeia” como forma de exemplificar o desenvolvimento da interpretação do Direito. Cada capítulo seria escrito por autores (advogados, juízes, e demais membros de uma comunidade jurídica) diferentes que desenvolveriam o romance da melhor maneira possível¹³.

¹³ A analogia do “Romance em Cadeia” proposto por Ronald Dworkin, foi esposada de forma descontraída e lúcida em uma palestra que ministrou na Universidade de Oxford, que torna interessante a transcrição: “Às vezes é bastante proveitoso introduzir uma idéia complicada através de uma analogia. Por isso, vou imaginar um jogo feito para tardes chuvosas, quando não se tem nada para fazer. Imaginem dez pessoas, romancistas, que passam uma tarde desse tipo juntos, organizando o seguinte jogo. Eles tiram a sorte com pedaços de papel que têm números diferentes em cada um deles. O escritor que tirar o número 1 escreve o primeiro capítulo de um romance, um romance original e inédito. Depois, ele dá o capítulo que escreveu para o romancista que tirou o número 2. Assim, o romancista número 2 lê o primeiro capítulo e escreve um segundo capítulo que continue a estória, tentando fazer com que o romance se desenvolva da melhor maneira possível. E, então, os dois primeiros capítulos são entregues ao romancista que tirou o número 3, e ele escreve outro capítulo, continuando assim a estória, tentando fazer dela a melhor possível. Esse processo continua até que o romancista que tirou o número 10 termine o seu capítulo. Esse último romancista teve de ler toda a estória, até aquele ponto, e escrever um novo capítulo com novos acontecimentos, mas sempre cuidando para que o novo capítulo fosse, ainda assim, uma continuação da mesma estória. Gostaria agora de comparar o desenvolvimento do Direito à elaboração desse, digamos, romance em cadeia. Minha idéia colocada de uma maneira bem simples (mais tarde tentarei explicar melhor) é que quando um advogado ou um juiz depara com um novo problema [...] ele deveria ler todo o Direito até aquele ponto, como se ele fosse capítulos precedentes de um romance, e deveria entender que a decisão a que deve chegar no novo caso deve ser uma decisão que continue a estória da forma mais adequada possível” (DWORKIN, 1997, p. 50).

Nesse sentido, a interpretação da norma deveria tomar consideração o direito desenvolvido até aquele momento, enquanto que a invenção seria “fazer um Direito ‘novo em folha’, sem responsabilidade para com o passado” (DWORKIN, 1997, P. 51), tarefa esta que pertence ao legislador na atividade legiferante e não ao intérprete.

Ainda tomando a ideia do direito como integridade, Dworkin defende que os princípios ultrapassam o ideário de instrumentos hermenêuticos para preenchimento das lacunas do Direito, e passam a ser considerados normas com força vinculativa e aglutinadora de toda uma comunidade, que chamou de comunidade de princípios.

O reconhecimento dos princípios no ordenamento jurídico tem como sustentáculo o fato de que os membros de uma comunidade se reconhecem e compartilham seus destinos; que estão ligados fortemente, e, por isso, aceitam as normas e convenções que criam e se subordinam ao governo de princípios comuns, e não apenas às regras criadas por acordos políticos (DWORKIN, 1999, p. 254-255).

O manejo de princípios pelo povo consideraria a complexidade presentes nas civilizações modernas e oportunizaria canais para que se tornasse possível a legitimidade democrática das normas.

Uma comunidade regida por princípios, e não somente por regras postas outrora, formaria um sistema jurídico capaz de “expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas [...] sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito” (DWORKIN, 1999, 229).

Já os direitos fundamentais, na visão de Dworkin, são considerados direitos morais, reconhecidos pela comunidade política (comunidade de princípios) cujos integrantes são tratados com igual respeito e consideração (*equal protection*). A característica fundamental do Estado de direito, segundo o autor, é o ideal de igualdade, que fundamenta a crença no valor intrínseco idêntico de todos os seres humanos (BINENBJOM, 2008, p. 54).

Leciona Gisele Cittadino que

o direito como integridade encontra sua legitimidade na ideia de reciprocidade. Afinal, ainda que separados por projetos, interesses ou convicções – e a despeito de que nem mesmo os princípios de justiça e imparcialidade possuem um sentido unívoco -, os indivíduos que integram as democracias contemporâneas partilham, segundo Dworkin, uma compreensão de justiça segundo a qual todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito. Com efeito, o direito como integridade assegura a cada cidadão o seu lugar (*princípio da participação*), o seu interesse na vida coletiva (*princípio da implicação*), tanto quanto a sua autonomia em relação à comunidade (*princípio da autonomia*) (CITTADINO, 2009, p. 153-154)

Nesse caminho, a interpretação jurídica deve ser construída observando um procedimento que seja possível “[...] no presente, mas voltando o olhar para o passado e para o futuro. Em tal dinâmica, o passado deve ser apreendido de forma reflexiva e não como um dado. A análise do futuro deve ser vista como uma abertura e como um exercício de respeito às gerações futuras” (COLOMBAROLLI, 2010).

Considerando o direito como integridade e levando-se em conta a ideia de interpretação segundo um romance de cadeias, Dworkin defendia a existência de uma única resposta correta para cada caso, pois cada caso seria irrepetível. Caberia ao magistrado, com a interação discursiva das partes em um procedimento (com observância às garantias e princípios processuais) avaliar quais argumentos das partes seriam mais sustentáveis frente ao caso (DWORKIN, 1999, p. 300).

Tendo o direito como integridade, no que se refere à interpretação do direito, Dworkin propõe um método que denominou de Juiz Hércules¹⁴, que tenta expor a complexa estrutura da interpretação jurídica ao utilizar um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade (DWORKIN, 1999, p. 287).

O Juiz Hércules de Dworkin foi idealizado para se contrapor ao conceito de discricionariedade interpretativa construída e defendida pelos positivistas, sendo os seus principais representantes Kelsen e Hart.

Para Dworkin a discricionariedade se manifesta “[...] quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade” (DWORKIN, 2002, p. 50).

A discricionariedade não é licenciosidade, pois ela se manifesta dentro de determinados limites e contornos que devem levar em conta as características do contexto e o pano de fundo das informações em que o termo é compreendido e utilizado. Assim explicita o autor que

tal como o espaço vazio no centro de uma rosca, o poder discricionário não existe a não ser como espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições. Trata-se, portanto, de um conceito relativo. Sempre faz sentido perguntar: “poder discricionário de acordo com que padrões?” ou “poder discricionário com relação a qual autoridade?” Em geral a resposta será dada pelo contexto, mas em alguns casos uma autoridade pode ter poder discricionário de um ponto de vista, mas não de outro (DWORKIN, 2002, p. 50).

O conceito de discricionariedade formulado por Dworkin admite uma discricionariedade em um sentido forte e em um sentido fraco.

¹⁴ O método do Juiz Hércules é esposado de forma pormenorizada por Ronald Dworkin em sua obra: *Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 287-308.

A discricionariedade em sentido fraco se manifesta quando uma autoridade pública não pode aplicar padrões mecanicamente, mas exige a capacidade de julgar, pois os pressupostos não incluem muitos fragmentos de informação, o que confere vagueza ou dificuldade para eleição dentre as opções existentes (DWORKIN, 2002, p. 51).

Na escolha aquele que tem poder discricionário tem que fazer as escolhas dentro de padrões razoáveis, considerando o homem médio e o conjunto de regras sociais (DWORKIN, 2002, p. 109).

Dworkin exemplifica a discricionariedade em sentido fraco com a ordem emanada de um tenente para um sargento determinando a formação de uma patrulha e a escolha elege-se os cinco homens *mais* experientes (DWORKIN, 2002, p. 51).

Outra ocasião que se manifesta a discricionariedade em sentido fraco se dá quando “[...] algum funcionário público em autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário” e cita o exemplo de um árbitro em uma partida que decide se um jogador está impedido ou não (DWORKIN, 2002, p. 51).

Já a discricionariedade em sentido forte se manifesta quando as opções existentes não estão limitadas e condicionadas pela ordem da autoridade. Dworkin cita como exemplo a ordem dada ao sargento para escolher cinco homens experientes (sentido forte) e não os *mais* experientes (sentido fraco) como foi no exemplo de outrora. Assim, Dworkin identifica a discricionariedade em seu sentido fraco com os conceitos jurídicos indeterminados, pois exige um esforço do intérprete para se preencher o sentido dos termos usados pela autoridade, considerando sempre as opções existentes dentro de um limite (DWORKIN, 2002, p. 52).

A segunda ordem é mais específica, assim, baliza e dirige a decisão do intérprete (homens experientes). Já no segundo caso não existe tanta margem de liberdade (discricionariedade) como no primeiro, pois o sargento tem maiores limitações ao escolher apenas entre os homens *mais* experientes (DWORKIN, 2006, p. 52).

Por fim, Dworkin defende que as interpretações e escolhas discricionárias tem que ser pautadas em certos padrões de racionalidade, equidade, bom senso e eficácia (DWORKIN, 2006, p. 52).

Parece que os esforços de Dworkin para afastar as críticas de que o subjetivismo impregna o método do juiz Hércules (DWORKIN, 1999, p. 14) não se sustenta, uma vez que os critérios para interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados tem que levar em conta as opiniões médias da comunidade de princípios manejada de acordos com critérios “racionalidade”, “equidade”, “bom senso” e “eficácia”.

Para estabelecer critérios que possibilitassem a compreensão do direito como um sistema íntegro e que refletisse a justiça nas decisões jurídicas, Dworkin propôs que a complexidade do sistema jurídico fosse integrada por normas que comportassem na sua estrutura regras e princípios.

A concepção de Dworkin de uma interpretação que leva a única decisão correta para o caso considera a unicidade e irrepetibilidade peculiar de cada caso analisado, tendo em vista a complexidade de um ordenamento de princípios e regras, que se apresenta “por inteiro e de forma concorrente no que se refere aos seus princípios, para regê-lo, vez que o mesmo deve ser reconstruído de todas as perspectivas possíveis no sentido de se alcançar a norma adequada, a única capaz de produzir justiça naquele caso específico” (CARVALHO NETTO, 1997, p. 29).

A diferença entre as regras e princípios seria a forma como seriam encaradas no momento da decisão. As regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), de forma que se a hipótese da regra é preenchida ou a regra será válida e aceita, ou não é válida e não será aceita. No caso de colisão entre duas regras apenas uma delas será considerada inválida. Discorre Dworkin que

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (DWORKIN, 2002, p. 39).

Já os princípios não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos que devem ser conjugados com fundamentos contidos em outros princípios. Em caso de conflito entre princípios prevalecerá aquele que tiver maior peso ou importância. Defende o autor que

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito e um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é (DWORKIN, 2002, p. 42-43).

Com isso a interpretação de normas que contém princípios teria como suporte definidor uma ponderação que levaria sempre em conta o peso dos princípios contidos nas normas que deveriam ser promovidos.

Quanto a forma de interpretação e decisão jurídica proposta por Dworkin, segundo Humberto Ávila (2005, p. 70), se pode concluir que

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada a finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Isso demonstra que apesar de tentar romper com a filosofia da consciência, como opina Lênio Luiz Streck (2009, p. 573), a teoria da interpretação proposta por Ronald Dworkin tem fincas em conhecimento subjetivo que atribui sentidos aos conceitos jurídicos indeterminados (discricionariedade forte) e, principalmente, nos casos de colisão de princípios.

Esse subjetivismo que fundamenta a teoria da interpretação de Dworkin pode ser identificada em algumas de suas explanações, como, por exemplo:

Espero, agora, que esteja claro, a partir do meu jogo imaginário, que dois escritores diferentes escreveriam o mesmo capítulo da estória de maneiras diferentes. Portanto, também advogados ou juízes diferentes terão opiniões diferentes sobre a melhor maneira de se continuar a estória. Eles terão opiniões diferentes em parte, não completamente, porque o que faz uma continuação da estória jurídica melhor que outra vai depender das convicções morais e políticas de cada um (DWORKIN, 1997, p. 51).

Se a “melhor” interpretação jurídica depende “das convicções morais e políticas” dos intérpretes, tem-se manifestado o conhecimento subjetivo como aporte do arcabouço teórico-filosófico da decisão da autoridade.

É inegável a contribuição de Dworkin¹⁵ no constitucionalismo pós-guerra, principalmente no que se refere a admissão dos princípios na ordem constitucional.

No entanto, há um ceticismo em relação a única resposta correta na teoria como proposta por Dworkin. O *iter* da interpretação superaria a cognição, seguida da volição do

¹⁵ Para um aprofundamento maior nas teorias propostas por Ronald Dworkin ver: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005, 138 p.; CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça distributiva – Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 246 p.; DWORKIN, Ronald. *Direito, filosofia e interpretação*. In: CARVALHO NETTO, Menelick de. *A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin*. Caderno Escola do Legislativo, Belo Horizonte, N. 05, 1997, p. 44-71.; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, 568 p.; DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, 59 p.; DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p.; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 593 p.

intérprete que elegeria uma resposta dentre outras possíveis, e, só depois, se daria a fundamentação racional (legitimação) da escolha eleita.

Andreas Krell sintetiza esse ceticismo da seguinte forma:

É, contudo, mais acertado o entendimento de que uma fixação da pretensão “única decisão justa”, a partir de certo ponto, deixa de ser um problema de cognição (*Erkenntnis*), tornando-se uma decisão (*Entscheidung*), a qual deverá ser fundamentada racionalmente somente em seguida. Em muitos casos, os intérpretes envolvidos sabem que, no fundo, também poderiam ter tomado outra decisão, com base em outras razões, as quais não seriam menos convincentes do que as efetivamente utilizadas. Especialmente no âmbito da aplicação do Direito Ambiental, caracterizado por conceitos legais abertos e pouco densos, inúmeras delegações normativas e referências a normas técnicas, são abertas diversas vias para a interpretação, fazendo com que mais de uma resposta “justa” e “correta” pode ser alcançada (KRELL, 2013, p. 63).

Uma decisão jurídica que obedeça à coerência e à integridade do direito será aquela que seja adequada à Constituição e confirmada por ela mesma. E para essa busca Dworkin não defende qualquer forma de solipsismo (porém, defende algum), mas de um subjetivismo que encontre suporte na intersubjetividade que se afirme somente em uma relação sujeito-sujeito (e não mais sujeito-objeto) (STRECK, 2009, p. 573-574).

Vê-se que o subjetivismo, mesmo que de forma mitigada, está presente na teoria de decisão jurídica proposta por Dworkin.

Esse conhecimento subjetivo é superado pelo conhecimento objetivo proposto por Karl Popper que é o aporte da teoria de decisão jurídica conjecturada na Teoria Neoinstitucionalista, que será enfrentada adiante.

Cabe agora apreender a teoria discursiva do direito e a proporcionalidade de Robert Alexy na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados.

2.7 O princípio da proporcionalidade de Robert Alexy e a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados

O princípio da proporcionalidade, como proposto por Alexy, é considerado por grande parte dos administrativistas brasileiros como um postulado interpretativo utilizado para se produzir decisões racionais e justas na atividade da Administração Pública¹⁶.

¹⁶ Um rol exemplificativo de autores que consideram a proporcionalidade como postulado interpretativo para Administração Pública: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, 1.136 p.; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, 110 p.; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, 1616 p.; MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São

Uma vez violado o princípio da proporcionalidade pode o administrado buscar os meios de controle, seja administrativo ou jurisdicional, para a correção da decisão eivada de vício.

Robert Alexy parte das lições de Dworkin, e, ao discorrer sobre o conceito dos direitos fundamentais, analisa a estrutura das normas e implementa também uma divisão entre as regras e os princípios.

O autor reconhece que os direitos fundamentais, que formam o núcleo fundante das Constituições da atualidade, podem colidir com os outros direitos em relação à terceiros (horizontal) e até mesmo com o Estado (vertical). Assim, a distinção de regras e princípios é uma resposta para racionalidade da interpretação no caso de conflitos de normas (ALEXY, 2011, p. 85).

Dworkin considerada a diferença entre regras e princípios por meio de uma tese de separação rigorosa, sendo que a distinção entre ambos não seria em graus, mas por possuírem estruturas lógicas completamente diversas. Em caso de colisão de princípios o que possuía maior peso relativo seria tomado, sem que fosse invalidado o princípio de menor peso (ALEXY, 2014, p. 154).

Já para Robert Alexy (2011, p. 117) os “princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas”, com função de atingir de forma mais ampla possível os fins desejados.

Esses mandamentos de otimização consideram as possibilidades normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; consideram também as possibilidades fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos (ÁVILA, 2005, p. 58).

A divisão das normas entre regras e princípios, segundo Luís Roberto Barroso, se daria da seguinte forma:

as regras veiculam mandados de definição, ao passo que os princípios são mandados de otimização. Por essas expressões se quer significar que as regras (mandados de definição) têm natureza biunívoca, isto é, só admitem duas espécies de situação, dado seu substrato fático típico: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. A exceção da regra ou é outra regra, que invalida a primeira, ou é a sua violação. Os princípios se comportam de maneira diversa. Como mandados de otimização, pretendem eles ser realizados da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade (BARROSO, 2013, p. 15).

Em caso de colisão de princípios, Alexy propõe que a solução se dê por um sopesamento, haja vista que “o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios (ALEXY, 2011, p. 117). Esse sopesamento, segundo o autor, só é possível com a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Humberto Ávila critica a forma como os autores e os tribunais brasileiros utilizam de forma equivocada o termo “princípio” quando utilizados na técnica do sopesamento. O termo “princípio” pode ser tomado como axioma ou como postulado (ÁVILA, 2001, p. 4).

Os princípios como axiomas denotam uma proposição “cuja veracidade é aceita por todos, dado que não é nem possível nem necessário prová-la” (ÁVILA, 2001, p. 7). Dessa forma, os princípios são verdades universalmente aceitas por todos, frente as quais não necessita sequer debate, por serem auto-evidentes, auto-demonstráveis ou óbvios. Começa descortinar a grande e persistente confusão entre princípios e valores, como será verificado um pouco mais adiante.

Já os postulados no sentido kantiano “[...] significa uma condição de possibilidade do conhecimento de determinado objeto, de tal sorte que ele não pode ser apreendido sem que essas condições sejam preenchidas no próprio processo de conhecimento” (ÁVILA, 2001, p. 5).

Os postulados seriam necessários para a interpretação e aplicação dos princípios frente as possibilidades fáticas e jurídicas do caso, partindo da premissa que o sistema jurídico é um conjunto harmônico.

Por isso, os postulados são entendidos como a possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico. Apesar de não oferecerem argumentos substanciais para fundamentar uma decisão, explicam como pode ser obtido o conhecimento para a interpretação e aplicação do Direito (ÁVILA, 2001, p. 6).

Dessa forma, segundo a opinião de Humberto Ávila, o fato da proporcionalidade ser considerada como um supra-princípio pelos autores e tribunais brasileiros se dá justamente porque a proporcionalidade, como concebida por Alexy na técnica do sopesamento, seria um postulado hermenêutico no sentido kantiano¹⁷.

O princípio (máxima) da proporcionalidade é formado por três subprincípios (máximas parciais) que são “são a adequação, a necessidade (mandamento do meio menos

¹⁷ Os postulados na filosofia Kantiana podem ser apreendidos em: KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 212-219.

gravoso) e a proporcionalidade no sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito)” (ALEXY, 2011, p. 116-117).

Quando ocorre um conflito de princípios, este “deve ser resolvido por meio de um sopesamento de interesses conflitantes. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto” (ALEXY, 2011, p. 95).

O princípio da proporcionalidade é utilizado no Brasil quando as funções do Estado, os órgãos, as instituições ou qualquer outro partícipe da vida constitucional ou dos processos constitucionais se veem em situações de colisão de princípios. Busca-se com esse instrumento aferir a legitimidade das decisões e deliberações jurídicas do legislador (na atividade legiferante), do administrador e do magistrado e as restrições que lhes resultam, servindo como promotor da liberdade e garantia dos cidadãos para a consecução e concretização dos fundamentos da República (MENDES, 2010, p. 403).

Nesse sentido, tem o Tribunal Alemão se posicionado que “uma lei será inconstitucional, por infringente ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso [...] se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas” (MENDES, 2010, p. 410).

Entende-se que o princípio da proporcionalidade vincula todas as funções do Estado. Segundo Humberto Ávila,

sendo o Direito o meio mediante o qual são estabelecidas *proporções* entre bens jurídicos exteriores e divisíveis, deve ser estabelecida uma *medida* limitada e orientada pela sua máxima realização. Daí dizer-se — como o faz ALEXY — que a proporcionalidade não consiste em uma norma-princípio, mas consubstancia uma *condição* mesma da realização do Direito, já que não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência. A instituição simultânea de direitos e garantias individuais e de normas de competência *implica* (logicamente) o dever de ponderação, cuja exata medida só é obtida mediante a obediência à proporcionalidade. Em face disso, resulta claro que eles não podem coexistir no mesmo sistema jurídico, pelo menos com o conteúdo normativo que lhes têm atribuído a doutrina e a jurisprudência até o momento: de um lado, o debatido “princípio” que direciona a interpretação para supremacia na relação entre os interesses; de outro, os referidos postulados que direcionam a interpretação, não para uma principal prevalência, mas para a máxima realização dos interesses envolvidos (ÁVILA, 2001, p. 14).

Alexy define os subprincípios da proporcionalidade nos seguintes termos: a adequação está relacionada com a efetividade da realização de um dos princípios colidentes; a necessidade elege o mandamento menos gravoso, e; a proporcionalidade em sentido estrito relaciona-se com o mandamento que seja possível dar maior realização sem representar anulação do outro (ALEXY, 2011, p. 117).

De forma a esclarecer como se dá a aplicação do princípio da proporcionalidade e dos seus subprincípios, Gilmar Mendes explica que

O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos [...] o subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. [...] A proporcionalidade no sentido estrito assumiria, assim, o papel de um controle de sintonia fina (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão (MENDES, 2010, p. 411-412).

Em uma pesquisa jurisprudencial no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal, utilizando o termo “proporcionalidade administração pública”, resultou na seleção de três acórdãos, num universo de 112 (cento e doze) acórdãos encontrados, em que foi possível selecionar algumas frases de efeitos que ilustram como o STF concebe os subprincípios da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade no sentido estrito).

O subprincípio da adequação impõe que uma medida é adequada se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado desejado. O Ministro Antônio Nader, relator da Rep nº 930/DF, no julgamento perante o Tribunal do Pleno afirmou que “É inadequado tentar tapar o sol com uma peneira” (BRASIL, 1979, p. 29).

Já o subprincípio da necessidade tem que a medida é necessária se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos dos sujeitos envolvidos.

No julgamento da ADI nº 855, que impugnou a Lei do Estado do Paraná 10.248/1993, que obrigava os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, o Ministro Gilmar Mendes, ao aplicar no caso o subprincípio da necessidade, alegou que: “É desnecessário amputar a perna para solucionar o rompimento de menisco” (BRASIL, 2009, p. 108).

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, orienta que a medida a ser tomada será proporcional se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos. O Ministro Moreira Alves, relator da Representação n. 1.077/RJ, citou que “É desproporcional matar um pardal com um tiro de canhão” (BRASIL, 1984, p. 34).

Como visto, mesmo no exercício da atividade discricionária bem como na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, o princípio da proporcionalidade é

admitido por grande parte da comunidade jurídica como foco permanente na busca da máxima efetivação e concretização dos direitos fundamentais entabulados na Constituição.

Os atos que violam o princípio da proporcionalidade são considerados ilegais ou até mesmo inconstitucionais. Tal princípio serve como instrumento aferidor e delimitador da atividade estatal para a tutela e efetivação dos direitos fundamentais, de maneira a tê-lo como baliza para que os atos emanados não sigam além, restringindo demasiadamente direitos fundamentais, nem tampouco fique aquém, deixando de tutelar, se omitindo, e assim também (de forma negativa) incorrendo em a violação direitos fundamentais.

Em que pese todo o refinamento teórico proposto por Alexy, a grande crítica da teoria da proporcionalidade repousa justamente no solipsismo (subjetivismo) do intérprete (autoridade) que aplica os subprincípios de forma gradativa e excludente para se buscar um determinado fim com a interpretação (regresso à escola hermenêutica teleológica?).

Ressalta-se aqui alguns problemas que podem ser detectados na aplicação e vivência do princípio da proporcionalidade no Brasil.

O primeiro problema é a grande confusão que existe em distinguir o que são princípios e o que são valores (preferência morais de vida boa para mim/para nós).

Enquanto os princípios são normas com força vinculante no ordenamento jurídico, os valores possuem uma carga teleológica de mandamentos morais baseados em éticas substantivas distintas. “Esses, por sua vez, exprimem bens/interesses ambicionados/preferidos por pessoas, individualmente ou por coletividades” (CRUZ, 2006, p. 146).

Habermas julga impossível a interpretação legítima e democrática pautada somente em valores consistentes em mandamentos morais que ainda não foram generalizados de forma a atingir toda comunidade política. Conforme o autor

Nós devemos seguir mandamentos morais porque os temos como certos e não porque esperamos obter, através deles, a realização de certos fins – mesmo que esses fins visem à felicidade pessoal suprema ou o bem estar coletivo. [...] Essas normas, por sua vez, têm que passar por um teste de generalização que examina o que é igualmente bom para todos. Assim como verdadeiro é um predicado para a validade de proposições assertóricas, justo é um predicado para a validade das proposições normativas gerais que expressam mandamentos morais. [...] As normas morais também incorporam valores ou interesses, porém somente os que são generalizáveis, levando em conta a respectiva matéria. Essa pretensão à universalidade exclui a interpretação teleológica de mandamentos morais, ou seja, a interpretação que leva em conta a vantagem relativa de certos valores ou interesses (HABERMAS, 2012, p. 193).

Ingeborg Maus expõe que a introdução de concepções puramente morais e valores, pertencentes ao indivíduo ou ao grupo que ele pertence, geram dois efeitos que são indesejáveis no Estado Democrático de Direito. O primeiro efeito é que opera a imunização

das decisões da autoridade contra qualquer crítica. O segundo efeito é o desprendimento e a desvinculação das decisões da autoridade do ordenamento jurídico que foi construído, em tese, pela vontade popular. Essa desvinculação do sistema jurídico inevitavelmente produz decisões jurídicas que podem ser até mesmo consideradas bizarras (MAUS, 2010, p. 37).

Essa confusão conceitual epistemológica do que seja princípio e valores traz insegurança e instabilidade no sistema jurídico.

“A conversão da Constituição em um ‘ordenamento de valores’ confere a cada uma das disposições constitucionais (além da ‘abertura’ das formulações) uma imprecisão que permite complementar os princípios constitucionais ao bel-prazer com outros aspectos” (MAUS, 2010, p. 38).

A pergunta que se faz nesse contexto é a seguinte: como se pode aferir objetivamente e submeter a testes de eliminação de erros uma interpretação que leva em conta os valores e interesses que são peculiares e pertencentes somente ao intérprete ou ao grupo que ele faz parte?

O que se vê é a extremada utilização do princípio da proporcionalidade, sem que a comunidade jurídica se dê conta de seus significados e a importante distinção do que seja princípio e valores.

O resultado é a manifestação de um ativismo judicial e de um autoritarismo do administrador que usa a proporcionalidade como pretexto, como um verdadeiro “cheque em branco” preenchido com suas preferências (valores) e visão solitária de mundo, desrespeitando, dessa forma, a racionalidade que reclama decisões fundamentadas e que sejam defensáveis (falseáveis) no Estado Democrático de Direito (KRELL, 2013, p. 109).

Maria Tereza Fonseca Dias também enfatiza a necessidade de se distinguir o que sejam normas (decompostas em regras ou princípios) e os valores, como concebidos por Habermas. Leciona a autora que as normas são enunciados deontológicos (que prescrevem deveres), enquanto os valores têm caráter teleológico (que esboçam preferências de vida boa) (DIAS, 2008, p.83).

Se houver confusão (tratamento igualitário) entre normas e valores no momento da aplicação da interpretação haverá o enfraquecimento do papel de integração social do Direito e, conseqüentemente, a mitigação (quase aniquilamento) do seu processo democrático de formação e seu caráter procedimental, o que conferirá poder extraordinário ao intérprete, seja ele o magistrado ou o administrador (DIAS, 2008, p. 84).

Assim, um Direito Administrativo com bases em uma visão axiológica, nos termos propostos por Alexy, opera a ruína da estrutura democrática de formação e aplicação do Direito e de sua estrutura procedimental (DIAS, 2008, p. 86).

Luigi Ferrajoli (2010, p. 34-44) também enfatiza que a criação acelerada de princípios, que tem fundamentos nos valores e na moral, conduz à fragilização do Direito e serve como condutor de legitimação e institucionalização de uma discricionariedade interpretativa da autoridade, seja este intérprete o magistrado ou o administrador.

Lênio Luiz Streck (2014, p. 162) denuncia a tendência brasileira que denomina de pan-principiologismo¹⁸, que seria a utilização de princípios (uns confundidos com valores e outros criados por juristas) em que a autoridade busca legitimação de interpretações e decisões jurídicas de acordo com suas preferências, interesses e valores pessoais.

A positivação de valores (que são tidos como princípios) possibilita que a razão seja substituída pela vontade do intérprete e faz com que se instale uma verdadeira fábrica de princípios como se o “Estado de Direito fosse a ‘pedra filosofal da legitimidade principiológica’, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solver os casos difíceis ou ‘corrigir’ as incertezas da linguagem” (STRECK, 2014, p. 171).

A discricionariedade do intérprete é tão grande que o mesmo “princípio” serve para fundamentar decisões que tanto deferem como indeferem uma pretensão; decisões que condenam ou absolvem o réu.

Alguns exemplos do pan-principiologismo podem ser extraídos dos julgados dos tribunais pátrios, como se demonstra pela jurisprudência colhida por Lenio Luiz Streck em sua obra *Verdade e Consenso* (2009, p. 477-487).

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 477.554/MG¹⁹, que teve como Relator o Ministro Celso de Melo, observa-se a massificação crescente do chamado “princípio da busca da felicidade” que tem aparecido nos fundamentos das decisões do STF, que chega

¹⁸ Luiz Streck traz um rol de princípios “desvirtuados” em sua obra *Verdade e Consenso* (STRECK, 2009, p. 475-488).

¹⁹ **O princípio constitucional da busca da felicidade**, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. [...] **Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional)**, desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina” (BRASIL, 2011, p. 572, grifo nosso).

ser equiparado a um postulado constitucional implícito. Essa positivação de valores é defendida pela autoridade que, ao afastar qualquer tipo de discussão e controle, aduz ser guarda da Constituição o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional.

Há o “princípio da secularização”²⁰ que aparece no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no julgamento de uma apelação criminal onde a discussão se deu sobre a possibilidade do agravamento da pena em razão do acusado ser irmão da vítima.

Extraí-se também o “princípio da ação continuada”²¹ como fundamento de decisões que julgaram recuperação de consumo pretérito de energia elétrica em medidores com registro irregulares; o “princípio da rotatividade”²² em julgamentos que tem como objeto a possibilidade de renovação anual de mesa diretora das câmaras municipais, dentre outros.

O que se busca no Estado Democrático de Direito são decisões legítimas, e não a legitimação das decisões da autoridade.

Decisões legítimas somente são produzidas em um processo (tomado aqui como uma instituição linguístico-jurídica) que possibilita aos legitimados (povo) a autoinclusão em

²⁰ PENAL. ROUBO MAJORADO. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. CRIME COMETIDO CONTRA IRMÃ. CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE. AGRESSÃO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, SECULARIZAÇÃO E RACIONALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO DO ARTIGO 61, INC. II, “E”, DO CÓDIGO PENAL.

- O patrimônio e a integridade da irmã do denunciado, enquanto bens jurídicos, merecem a mesma proteção que é alcançada a qualquer do povo, sob pena de violação ao princípio constitucional da igualdade.

- Se a condição parental não facilitou a consumação do crime, tampouco revestiu descumprimento de dever jurídico assistencial ou causou dano psicológico à vítima, não há razão alguma para o acréscimo de pena, pois a valoração de circunstância que em nada altera o juízo de reprovação agride o princípio da racionalidade.

- A exasperação da pena, calcada tão-somente no descumprimento de um dever moral de fidelidade de um irmão para com o outro, agride o **princípio constitucional da secularização** (RIO GRANDE DO SUL, 2002, grifo nosso).

²¹ ENERGIA ELÉTRICA. AVARIA NO MEDIDOR. RECUPERAÇÃO DE CONSUMO. PERÍODO. RESOLUÇÃO 457/1997 DO DNAEE. ARBITRAMENTO. PRESCRIÇÃO. PARCELAMENTO. 1. A prescrição da pretensão de cobrança da recuperação de consumo pretérito em razão de desvio parcial de energia antes do medidor (a) regula-se pelas normas previstas no Código Civil e (b) flui a contar da constatação da irregularidade por força do **princípio da *actio nata***. 2. Na vigência da Resolução 466/1997 do DNAEE, a recuperação estava limitada aos 24 meses anteriores à constatação da irregularidade. Aplicação do artigo 52, § 1º, da Resolução 466/97 do DNAEE por ter se iniciado a irregularidade na sua vigência. (...).Recurso provido em parte (RIO GRANDE DO SUL, 2010, grifo nosso).

²² ADIn. PRAZO DO MANDATO DA MESA DIRETORA DA CÂMARA MUNICIPAL. ART. 30, § 5º, DA LEI ORGÂNICA DE SEDE NOVA E ARTIGO 14 DO REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA DE VEREADORES. DIVERGÊNCIA COM O PRAZO FIXADO NOS ARTIGOS 57, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 49, § 4º DACARTA ESTADUAL. IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA.

Questão que não reveste violação de preceito constitucional, constituindo norma atinente ao regimento interno e lei orgânica, não oferece ofensa ao princípio da simetria. **Princípio da rotatividade** presente e de forma mais efetiva com a possibilidade de renovação da Mesa Diretora de forma anual. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. UNÂNIME (RIO GRANDE DO SUL, 2009, grifo nosso).

uma comunidade jurídica para fruir e praticar direitos instituídos na Constituição (LEAL, 2013, p. 84).

Humberto Ávila (2001, p. 4) critica também a tendência da jurisprudência e dos juristas em banalizar e encerrar sob o manto da palavra “princípio” palavras que rotulam conceitos ambíguos, até mesmo carregados por fenômenos totalmente diversos. Assim, a palavra “princípio” passaria a significar tudo e nada ao mesmo tempo.

Além da confusão entre normas e valores, como já demonstrada, no Brasil também há a confusão entre o princípio da proporcionalidade (de origem germânica) e o princípio da razoabilidade (de origem anglo saxã)²³.

São considerados como conceitos fungíveis: “na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da proporcionalidade, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade” (BARROSO, 1998, p. 69).

No entanto, há grande diferença entre os dois institutos, diferença esta que não decorre apenas da origem, mas também de estrutura, o que em tese não se admitiria qualquer tipo de fungibilidade.

Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 29) explica que “[...] a regra da proporcionalidade diferencia-se da razoabilidade não só pela origem, mas também pela sua estrutura”, e a grande diferença se dá porque “[...] o teste sobre a (ir) razoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige, destinando-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis”.

José Adércio Sampaio (2003, p. 64), em estudo aprofundado sobre o tema, concluiu que a razoabilidade estaria para o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito como proposto por Alexy, com alcance menor em relação ao princípio da proporcionalidade²⁴.

23 Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade encontram-se no rol de princípios que regem o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, disposto na Lei n. 9.784/1999 em seu artigo 2º: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade**, **proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência” (BRASIL, 1999, grifo nosso).

24 Para uma melhor compreensão da distinção entre proporcionalidade e razoabilidade recomenda-se: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 594 p.; BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar,

Mais uma vez constata-se a tendência de no Brasil adotar teorias jurídicas alienígenas que, ao chegarem em solo pátrio, tomam feições distintas e até mesmo diversas daquelas concebidas em seus nascimentos.

Já foi ventilado que apesar de Alexy ser o autor jurídico mais citado no Brasil é o menos lido, e menos ainda compreendido (STRECK, 2011).

Leonardo Ferraz chama atenção que a

[...] obra do jusfilósofo Robert Alexy, difundiu-se pelas Cortes Constitucionais de todo o mundo na conformação do espectro desses direitos, terminando por incorporar, de um lado, características próprias que o desmembram de qualquer sentido material, e, de outro, que o afastam - por completo - da razoabilidade fundada no Direito anglo-saxão. Entretanto, mesmo nesse contexto cognitivo, é necessário lançar voz dissidente dos pensamentos existentes, com o objetivo de alertar os que militam nesse domínio jusfilosófico para os perigos da aplicação do princípio da proporcionalidade, desvelando o paradoxo - e porque não dizer o retrocesso - que sua estrutura busca esconder: em verdade esse princípio desserve à contemporânea demanda por racionalidade das decisões judiciais, à medida que traz embutido nos seus subprincípios ou máximas parciais um método iluminista tributário da filosofia da consciência, travestido sob a roupagem de princípio. Essa constatação deixa claro, *ultima ratio*, que o princípio perpetua e pressupõe condenável postura valorativo- discricionária do juiz - como denuncia Habermas (FERRAZ, 2007).

A teoria da interpretação jurídica e o princípio da proporcionalidade²⁵ (mesmo considerado como postulado normativo-hermenêutico) estão fundadas em um conhecimento subjetivo que está em descompasso²⁶ com a legitimidade das decisões que devem vigorar no Estado Democrático de Direito.

Uma vez que foram enfrentadas as teorias da decisão jurídicas a pesquisa, a partir de então buscará apreender a Teoria Neoinstitucionalista do processo e verificar a

2003.; SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 45-101.; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Malheiros, 2003, p. 607 - 630.; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v.798, p. 23-50, 2002.

²⁵ Para um aprofundamento maior sobre o princípio da proporcionalidade ver em: ALEXY, Robert. *A dignidade humana e a análise da proporcionalidade*. In: Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 13-38.; ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, 326 p.; ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011, 607 p.; ÁVILA, Humberto. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 07 Set. 2012.; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005, 138 p.; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 576 p.; BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003.

²⁶ Manuel de Atienza apresenta um rol de críticas à pretensão de correção proposta por Alexy em: ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003, p. 196-200.

possibilidade da produção de interpretação legítima para uma concepção adequada dos conceitos jurídicos indeterminados.

2.8 A teoria Neoinstitucionalista do processo: conjecturas para uma decisão jurídica democrática na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados

A Teoria Neoinstitucionalista do processo tem a gênese de suas conjecturas na teoria do conhecimento objetivo de Karl Popper, e defende que somente o conhecimento objetivo pode justificar um enunciado científico.

Por isso, a pesquisa iniciará o estudo da Teoria Neoinstitucionalista com a teoria do conhecimento objetivo de Popper.

2.8.1 Karl Popper e a teoria do conhecimento objetivo

Popper inicia suas conjecturas implementando uma distinção entre o que denominou de conhecimento objetivo e conhecimento subjetivo.

Em sua obra “Conhecimento objetivo” Popper propõe uma epistemologia racionalista ao tecer críticas à indução como formulada por David Hume, amplamente divulgada na obra “Investigação acerca do entendimento humano” (HUME, 1972), ao sustentar sinteticamente que: a) a origem do conhecimento é a crença de que o futuro será como o passado; b) essas crenças e expectativas decorrem das regularidades como as coisas acontecem (fenômenos da natureza, teorias, etc.); c) o homem é habituado raciocinar a partir de exemplos que tem experiência para outros exemplos que não tem experiência (POPPER, 1975, p. 15-16).

Ao iniciar a construção da forma objetiva de ciência, contrapondo o conhecimento subjetivo/psicológico de Hume, que tem como fundamento uma fé irracional, Popper defende que todas as experiências e sensações (os sentidos como meio de aquisição do conhecimento) devem ser encaradas como teorias hipotéticas ou conjecturais, em suma, como suposições (POPPER, 1975, p. 20).

A teoria do conhecimento de Hume tem que a descoberta de eventos futuros (desconhecidos) advém da experiência vivida com os eventos do passado (conhecidos), estabelecendo a relação de causa e efeito que são descobertos pela experiência sensitiva, e não pela razão (HUME, 1972, p. 32).

Hume utilizou três asserções para ilustrar sua teoria: que o sol nascerá pelos menos uma vez em 24 (vinte e quatro) horas (HUME, 1972, p. 30); que todos os homens são mortais (HUME, 1972, p. 38); e que o pão alimenta (HUME, 1972, p. 58).

Entretanto, Popper refutou todas as asserções de Hume e revelou a fragilidade das crenças ao demonstrar que: há o “sol da meia noite”, nas regiões polares o sol é visível 24 (vinte e quatro) horas por dia; que a expressão “mortal” é uma má tradução do grego, sendo a melhor interpretação “tendente a morrer” e faz referência à teoria de Aristóteles de que todos os seres vivos morrem. Porém, foi constatado que há bactérias, que são seres vivos, que não morrem. Por fim; o pão pode envenenar e matar por ergotismo, a exemplo de uma aldeia francesa que foi envenenada ao ingerir pães preparados com grãos contaminados com um fungo comum ao centeio e outros cereais (POPPER, 1975, p. 21-22).

Portanto, apenas pela experiência empírica é possível decidir sobre a falsidade ou verdade das asserções propostas.

Somente um método de experiências e eliminação de erros, na medida em que seja possível propor teorias e submetê-las aos mais severos testes, que se pode projetar o conhecimento científico. Não que o conhecimento científico avance em direção a teorias melhores, mas a teorias mais resistentes aos testes de eliminação de erro (POPPER, 1975, p. 27).

A regularidade e a crença dogmática de expectativas imutáveis trazem conforto para o homem, porém, quando ocorre a ruína dessas crenças e regularidades os homens tornam-se infelizes e são impelidos ao desespero na busca de novas teorias que lhe deem suporte temporário. São nesses momentos que se manifesta a lógica do descobrimento (POPPER, 1975, p. 34).

O conhecimento pautado na observação e crença nas regularidades conduz a uma atitude dogmática da ciência, que é traduzida na possibilidade da existência de um conhecimento certo e seguro. Essa crença produz dogmas e faz com que o conhecimento posto e o mundo acontecido sejam inquestionáveis. Por isso, para Popper o caráter crítico da ciência é o que oportuniza a sua racionalidade (SIECZOKOWKI, 2006, p. 49).

A busca pelo descobrimento, que Popper também admite ser um instinto inato do homem, só é racional por meio do conhecimento objetivo, como ilustrada na seguinte passagem que vale a transcrição:

[...] a principal diferença entre Einstein e uma ameba [...] é que Einstein busca conscientemente a eliminação do erro. Ele procura matar suas teorias: é conscientemente crítico de suas teorias, as quais, por isto, procura formular nitidamente e não vagamente. Mas a ameba não pode ser crítica *vis-à-vis* de suas expectativas ou hipóteses; estas fazem parte dela. **(Só o conhecimento objetivo é**

criticável: o conhecimento subjetivo só se torna criticável quando se torna objetivo. E torna-se objetivo quando dizemos o que pensamos; e mais ainda quando o escrevemos, ou imprimimos) (POPPER, 1975, p. 35, grifo nosso).

Por outro lado, o conhecimento subjetivo é aquele formado pelos sentimentos de convicção e por crenças que originadas das experiências dedutivas que advêm das repetições do passado e das manutenções históricas de determinadas ideias que formam o senso comum - que Popper apelidou de “teoria do balde mental” (POPPER, 1975, p. 14-15).

O conhecimento subjetivo é aquele que só existe em um lugar: no estado psicológico e mental do sujeito, que não pode ser testado, apreciado e muito menos visto pelos demais sujeitos (comunidade científica).

Já o conhecimento objetivo é aquele que se mostre falseável, suscetível de ser submetido à prova.

Consequentemente “[...] a objetividade dos enunciados científicos reside na circunstância de eles poderem ser intersubjetivamente submetidos a teste” independentemente dos caprichos pessoais e valores de quem quer que seja (POPPER, 2013, p. 41).

Com isso “[...] uma experiência subjetiva, ou um sentimento de convicção, jamais pode justificar um enunciado científico e de que, dentro dos quadros da ciência, ele não desempenha papel algum” (POPPER, 1975, p. 43).

Qualquer enunciado que não seja suscetível a testes intersubjetivos de eliminação de erros não pode ser considerado conhecimento científico.

Conclui Popper que “Por mais intenso que seja um sentimento de convicção, ele jamais pode justificar um enunciado, estar certo da evidência de minhas percepções; tomado pela intensidade de minha experiência, toda dúvida pode parecer-me absurda” (POPPER, 2013, p. 43).

Para ilustrar o conhecimento objetivo Popper propõe a existência de três mundos. O mundo 1 é o mundo dos corpos físicos e dos seus estados físicos e fisiológicos; O mundo 2 o mundo dos estados e processos mentais; O mundo 3 é o mundo das produções da mente humana, podendo ser constituído por coisas físicas (corpóreas) como pinturas, desenhos e construções e por coisas incorpóreas como, por exemplo, as composições sinfônicas. Para o autor, a mais importante criação do mundo 3 é a ciência e o conhecimento (POPPER, 2004, p. 18-20).

Em resumo:

Não é possível compreender o mundo 2, isto é, o mundo povoado pelos nossos próprios estados mentais, sem que se entenda que a sua principal função é produzir os objectos do mundo 3 e ser influenciado pelos objectos deste último. Com efeito, o mundo 2 interage não só com o mundo 1, como Descartes pensava, mas também

com o mundo 3; e os objectos deste exercem influência sobre o mundo 1 apenas através do mundo 2, que actua como intermediário (POPPER, 2004, p. 20).

Popper, com a proposta dos três mundos, conjectura uma superação da filosofia da consciência, que tinha como fonte do conhecimento apenas a consciência do sujeito, em que o mundo seria “[...] apenas o resultado das representações que realizamos a partir de nosso ‘feixe de sensações’” (STRECK, 2013, p. 61).

O autor busca a superação do então reinante conhecimento subjetivo, que se origina do sujeito conhecedor, do “ser subjetivo que conhece” (POPPER, 1975, p. 77).

Popper identifica um problema existente entre o mundo 1 (dos estados e processos físicos) e o mundo 2 (dos estados e processos mentais), que seria um problema de interação, que Descartes chamaria de problema corpo-alma, mas que Popper chamou de interação estados físicos-estados mentais (POPPER, 2004, p. 18).

Assim, para solucionar o problema corpo-mente, que é o relacionamento do mundo 1 e 2, Popper descortina a realidade do mundo 3, que tem o mundo 2 como intermediário entre os mundos 1 e 3 (POPPER, 2004, p. 22).

Dessa forma, o conhecimento objetivo consistiria em

[...] suposições, hipóteses ou teorias, habitualmente publicadas sob a forma de livros, revistas ou palestras. Consiste também em problemas não resolvidos e em argumentos pró ou contra diversas teorias rivais. Por consequência, é obvio que o conhecimento objectivo forma parte do mundo 3 dos produtos da mente. Deste modo, o progresso do conhecimento objectivo representará parte do crescimento do mundo 3 (POPPER, 2004, p. 25).

A evolução do conhecimento para Popper se dá por meio de um método de ensaio e de eliminação de erros representado no seguinte esquema $P_1 \rightarrow TE \rightarrow EE \rightarrow P_2$, como se explica:

[...] em que P_1 representa o problema de partida – que pode ser prático ou teórico; TE é a teoria experimental proposta e destinada a resolver o problema; EE significa o processo de eliminação de erros por meio de ensaios ou discussões críticas; P_2 representa problemas finais – os que emergem das discussões e dos ensaios. O esquema global indica que partimos de um problema, quer de natureza prática quer teórica; tentamos resolvê-lo elaborando uma teoria possível na qualidade de solução possível – é esse o nosso ensaio; em seguida, ensaiamos a teoria, procurando fazê-la abortar – é o método crítico de eliminação de erros; em resultado deste processo, surge um novo problema, P_2 (ou, quem sabe, vários outros problemas). Em geral, o progresso alcançando ou o aumento de conhecimento conseguido calcula-se pela distância que medeia entre P_1 e P_2 , sabendo-se assim que progredimos. Resumindo, o esquema diz-nos que o conhecimento parte de problemas e desemboca em problemas (até onde for possível ir) (POPPER, 2004, p. 26).

Há casos que se manifesta uma concorrência de teorias, cada qual dando origem a novas experiências – a tentativa de fazer fracassar as teorias – e a novos problemas tem-se o Debate Crítico Apreciativo (DCA), com o qual se procura decidir quais das teorias rivais são

fortes para sobreviver e quais devem ser eliminadas por completo. Como aduz Popper: “a evolução do conhecimento pode ser encarada como uma luta pela sobrevivência entre teorias em competição”. (POPPER, 2004, p. 27).

Popper contava a história de uma comunidade na Índia que acreditava que a vida dos tigres era sagrada. O resultado foi que a comunidade desapareceu e com ela a teoria de que a vida dos tigres é sagrada. Diferente é o conhecimento objetivo “[...] em vez de nós, podemos deixar morrer as nossas teorias objectivas. Na verdade, fazemos o possível por matá-las, experimentando-as com rigor antes de as pormos em prática” (POPPER, 2004, p. 28).

O progresso do conhecimento para Popper se dá com a submissão do conhecimento e suas teorias ao teste de falibilismo/falseamento em que só sobreviverão as teorias mais resistentes a tais testes.

A teoria de Popper parte sempre da ideia de que todo conhecimento é falseável, uma vez que ao longo do progresso científico podem surgir ou serem propostas teorias que se mostrem mais “imunes” ou “rígidas” aos testes de eliminação de erro.

Com isso, o

[...] falibilismo opera com a ideia de um conhecimento que, se é minimamente capaz de fundamento, é maximamente capaz de progresso. A inexistência de critério ou garantia de verdade não torna menos atraente ou inútil sua busca, nem reduz as chances de alcançá-la; a postura crítica, o método falsificacionista, tende a potencializar as oportunidades de acesso a teorias eventualmente mais próximas da verdade. O falibilismo incita-nos a desconfiar de construções que parecem evidentes e seguras; solapa em nós a crença de termos alcançado a verdade. Ensina-nos que é preciso desconfiar sempre para evitar sucumbirmos à ilusão de termos acessado uma verdade imperfectível. Longe de desencorajar sua busca, o falibilismo contém um alerta contra o perigo da estagnação e da intronização de dogmas, o que estimula a procura por um conhecimento menos eivado de erros (CARVALHO, 1995, p. 65).

Isso faz com que “[...] certas teorias, em certos momentos do tempo, sejam preferidas a outras, à luz de nossa discussão crítica, que consiste de refutações tentadas, inclusive testes empíricos” (POPPER, 1975, p. 75).

As teorias formuladas pertencem ao mundo 3, e as teorias são importantes e indispensáveis, uma vez que “sem elas, não nos poderíamos orientar no mundo – não conseguiríamos viver. Até mesmo as nossas observações são interpretadas com a sua ajuda” (POPPER, 1996, p. 77).

Vale destacar na pesquisa que há uma diferença da concepção do desenvolvimento do conhecimento científico proposto por Thomas Kuhn e Karl Popper.

Kuhn (2003), em sua obra intitulada “Revolução das estruturas científicas”, defende que as ciências maduras (a física, por exemplo) edificam paradigmas que conduzem a

pesquisa científica até que sejam substituídos por outros paradigmas incompatíveis com os anteriores.

Explica o autor que “[...] um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma” (KUHN, 2013, p. 221).

Desse modo o progresso do conhecimento científico se daria por saltos, rupturas, por verdadeiras alterações (substituições) de paradigmas.

Essa substituição de paradigmas se dá por meio de uma ruptura que é denominada de revolução de tal forma que “as revoluções terminam com a vitória total de um dos dois campos rivais [...] isso equivaleria a admitir que o grupo vencedor estava certo e seus oponentes errados” (KUHN, 2013, p. 210-211).

Por isso “[...] quando uma comunidade científica repudia um antigo paradigma, renuncia simultaneamente à maioria dos livros e artigos que o corporificam, deixando de considerá-los como objeto adequado ao escrutínio científico” (KUHN, 2013, p. 211).

A comunidade jurídica, segundo as lições de Kuhn, também toma o paradigma, não como uma noção de modelo, mas representando a forma como uma comunidade enxerga as gramáticas de práticas sociais que se moldam a forma de olhar certos aspectos da condição humana. O progresso do conhecimento científico, nessa concepção, se daria com a troca (substituição) de paradigmas que seria a ruptura das gramáticas de práticas sociais que ensejam um novo horizonte de sentidos (GRACCO, 2016, p. 10).

Esse novo paradigma, segundo Menelick de Carvalho Netto “[...] vai ser um filtro, óculos que filtram o nosso olhar, que moldam a forma como vemos a chamada realidade; as normas performáticas decorrentes de nossas vivências sociais concretas condicionam tudo o que vemos e a forma como vemos”. (CARVALHO NETTO, 2002, p. 74).

Para Popper o grande problema da proposta de Kuhn é que a substituição de um paradigma por outro paradigma aconteceria sem refutação e escrutínio, e a aceitação desse novo paradigma pela comunidade científica dependeria de um ato de fé (BARROS, 1995, p. 12).

O progresso do conhecimento científico, segundo a teoria de Popper, só é possível após uma discussão e deliberação crítica de alternativas entre teorias concorrentes, a fim de eleger objetivamente aquela teoria que seja mais resistente à testes de eliminação de erro e que apresentem mais soluções para os problemas enfrentados.

Explica o ator que

[...] não só nossas teorias nos controlam, como podemos controlar nossas teorias (e mesmo nossos padrões); existe aqui uma espécie de retrocarga. E se nos sujeitarmos a nossas teorias, fa-lo-emos então livremente, após deliberação; isto é, depois da discussão crítica de alternativas e depois de escolher livremente entre as teorias concorrentes, à luz daquela discussão crítica (POPPER, 1975, p. 220-221)..

Logo, para Popper, o progresso do conhecimento científico só é possível pela refutação das teorias, que após os testes críticos deliberativos, sobreviverá a teoria que se mostrar mais fecunda e mais resistente do que a teoria ou teorias concorrentes.

Com isso, percebe-se uma superação da filosofia da consciência que perpetrou por séculos uma ciência fundada em um conhecimento subjetivo pertencente ao sujeito conhecedor (egoísta) em detrimento de toda uma comunidade de sujeitos.

Uma decisão jurídica que considera e tem como fundamento o conhecimento objetivo se mostra mais plausível e mais adequada no Estado Democrático de Direito. O conhecimento subjetivo, a crença cega nas regularidades e a manutenção histórica de dogmas inquestionáveis só fazem o homem viver enclausurado e dominado pela manutenção do poder.

Apreendido os rudimentos da teoria do conhecimento objetivo de Karl Popper, o trabalho passará a analisar quais os reflexos na teoria Neoinstitucionalista do processo na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados.

2.8.2 A teoria Neoinstitucionalista do processo e os princípios institutivos do contraditório, da isonomia e da ampla defesa

Rosemiro Pereira Leal migrou as conjecturas de Popper para a ciência do Direito, considerando a sociedade na pós-modernidade “uma sociedade aberta” com o rompimento do que denominou “miséria do historicismo” e a superação de um Estado dogmático, com a proposta de criação, transformação e reconstrução do Estado e demais instituições através de um “método de encaminhar o conhecimento científico: o falseacionismo (falseabilidade)” (LEAL, 2013, p. 1).

O processo na pós-modernidade se revela como uma conquista histórica-teórica das garantias e direitos fundamentais constitucionalizados que busca a superação do indesejado desequilíbrio jurídico e econômico das camadas da sociedade (LEAL, 2014, p. 21).

Por isso, o processo não é mais tido como instrumento ou método de atuação da jurisdição, como defendem os teóricos da escola instrumentalista ao conceber o processo como uma Relação Jurídica.

Para a escola instrumentalista, que tem o processo como relação jurídica entre o juiz e às partes como defende Bülow (1964, p.1-4), não existe uma relação jurídica (autor-juiz-réu), e sim uma relação subjetiva (que tem como objeto direitos subjetivos) e voluntarista (autor exige do réu direito que sustenta ser seu) com um processo instrumental e teleológico.

No Estado Democrático de Direito o processo não é mais mero instrumento da jurisdição, e também não se confunde com a figura do procedimento, seja no âmbito administrativo ou judicial.

Nos casos em que se produz uma decisão jurídica observando apenas um procedimento ou tendo o processo como um meio, pode até haver jurisdição ou atividade administrativa, mas não há processo.

Frisa-se que a teoria instrumentalista do processo ocupa lugar de destaque e é grande influenciadora da academia brasileira, tendo como seus principais teóricos Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2006).

A teoria instrumentalista, como denuncia Rosemiro Pereira Leal, se firma na crença de que decididores/intérpretes (administrador, juiz ou legislador) detém varas de condão, fórmulas e palavras mágicas que fazem crer que sejam capazes de concorrer para a paz social, a felicidade paradisíaca do homem e a efetivação do interesse público, isso tudo pode meio de uma autoridade que se coloque como um pai ou um salvador “ético, irrepreensível, sábio, puro, vestal, ou prodigamente justo e talentoso” (LEAL, 2014, p. 95).

Por outro lado, o processo, segundo a teoria Neoinstitucionalista, é definido atualmente com as garantias principiológicas da reserva legal consubstanciadas nos direitos da isonomia, da ampla defesa e do contraditório que antecipadamente são assegurados na Constituição (LEAL, 2014, p. 22).

As constituições, nesse sentido, deixam de ser um estatuto totalizante e exclusivo da atividade estatal, e passa ser um texto articulador e legitimante de instituições jurídicas, em que o Estado se apresenta como uma delas, não mais como uma entidade superior, soberana e absoluta (LEAL, 2014, 29).

Na pós modernidade, o que se tem é um pós mundo posto pelo homem sem fincas em pressupostos históricos condicionadores. E nesse contexto, o processo se apresenta como “[...] instituição jurídica que ao lado do Estado, do povo, da cidadania, da soberania popular,

contém princípios definidos pelo contraditório, da ampla defesa, da isonomia, reunidos pelo instituto do devido processo” (LEAL, 2014, p. 30).

Só é possível uma decisão jurídica legítima que seja fruto do processo considerado como instituição instrumentadora e legitimadora, seja da atividade jurisdicional como a administrativa.

Os provimentos das funções do Estado devem ser construídos processualmente pela submissão aos princípios jurisdicionais e constitucionais da cidadania que, a rigor, somente pela observação de tais princípios esta se forma e se afirma. Para a afirmação da cidadania são necessárias múltiplas incursões sobre o conceito de garantia e dos princípios constitucionais do processo, cujo exercício produz legitimidade irrestrita para a fiscalidade processual dos direitos constitucionalizados (LEAL, 2014, p. 31).

Portanto, o processo constitucionalizado, concebido de uma forma jurídico-discursiva, na estruturação de procedimentos (judiciais, administrativos ou legiferantes) faz com que os provimentos decorrentes (decisões, sentenças e leis) advenham de um compartilhamento dialógico-processual operado por uma comunidade jurídica constitucionalizada que disponha e delibere ao longo da criação, alteração, reconhecimento e aplicação de direitos, e não de estruturas de poderes do autoritarismo sistêmico de órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes que representam uma minoria inexpressiva (porém, poderosa) de um Estado ou de uma comunidade política (LEAL, 2014, p. 90).

Isto é, os verdadeiros legitimados do processo constitucionalizado (povo/cidadão), atuam de forma autônoma e livre por meio de um discurso democrático em um espaço processualizado.

Nessa conjectura, a garantia de direitos pela instituição do processo constitucionalizado não decorre mais de uma autoridade, seja legislativa ou judiciária, que esteja comprometida com a Administração Pública de uma realidade “econômica-social extraordinamental, mas de um nível teórico-jurídico de uma comunidade política que não mais permitiria retrocessos em seus fundamentos constitucionais de processualização” dos direitos e garantias de seus direitos fundamentais que são certos, líquidos e exigíveis (LEAL, 2014, p. 91).

O processo, nessa concepção, não é espaço restrito aos especialistas e aos detentores de uma linguagem discursiva exclusiva para acessar os espaços públicos de deliberação.

O fato de grande parte do povo, por exclusão social ou cognitiva, não ter acesso à compreensão das garantias e direitos processuais que foram instituídos pela Comunidade

Política, faz com que seja necessário “erigir a Constituição como *médium* institucional que, na contrafactualidade, há de tornar apto o povo, por direitos fundamentais implementados, a conjecturar, concretizar ou recriar o discurso da Lei Constitucional Democrática” (LEAL, 2014, p. 91).

O devido processo, como instituição constitucionalizada, define-se como

[...] uma **conjunção de princípios-institutos (contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado e à gratuidade procedimental)**, o que é referente jurídico-discursivo da procedimentalidade ainda que esta, em seus modelos legais específicos, não se realize expressa e necessariamente em contraditório. O processo, por concretização constitucional, é aqui concebido como **instituição regente e pressuposto de legitimidade de toda a criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos procedimentos legiferantes, judiciais e administrativos** (LEAL, 2014, p. 92).

A garantia principiológica constitucional do devido processo converte-se numa garantia que não pode ser afastada ou esquecida, pois decorre das conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular de resistência à tirania e dominação. Assim, o devido processo irradia interferência expansiva e fecunda (influência direta e operante) nas estruturas procedimentais da Administração, do Legislativo e do Judiciário, alcançando todas as funções do Estado (LEAL, 2014, p. 88).

Ao propor a Teoria Neoinstitucionalista, Rosemiro Pereira Leal diferencia as figuras do processo e do procedimento.

Com as contribuições de Enzo Fazzalari tem-se que o processo como um procedimento em contraditório. Nesse sentido se faltar o contraditório há procedimento, porém não há processo (LEAL, 2014, p. 94).

Já o procedimento é tido como construção espaço-temporal previamente estabelecida em lei que “[...] impõe o encadeamento de atos, no qual o ato anterior há de ser pressuposto lógico jurídico do posterior e este precondição do ato sequente que, por sua vez, é extensão do antecedente, até o provimento final (sentença, decisão, ato)” (LEAL, 2014, p. 96).

O que diferencia o processo do procedimento é justamente a presença dos princípios institutivos e informadores que são característicos do processo constitucionalizado, como serão abordados a seguir.

Os princípios autocríticos do contraditório, da ampla defesa e da isonomia definem a teoria Neoinstitucionalista do processo que conjectura um pacto de significância como teoria de constitucionalidade para gerenciar e balizar a construção, aplicação e extinção dos direitos aos legitimados do processo (LEAL, 2013, p. 44).

Por contraditório tem-se “[...] a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo direito-garantia de se manifestarem” (LEAL, 2014, p. 99).

André Cordeiro Leal leciona que "o contraditório deixa de ser mero atributo do processo e passa à condição de princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estruturação de todos os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais" (LEAL, 2002a, p. 88).

Vê-se que há superação da ideia instrumentalista de contraditório que vai além de “igualdade de oportunidade”, sendo esta a isonomia que é o direito assegurado de igualdade de realização construtiva do procedimento (LEAL, 2014, p. 99).

Alerta Rosemiro Pereira Leal que é “oportuno distinguir isonomia e simétrica paridade”, sendo a simétrica paridade uma “condição já constitucionalmente assegurada dos direitos fundamentais dos legitimados ao processo quanto à vida digna, liberdade e igualdade (direitos líquidos e certos) no plano constituinte do Estado Democrático de Direito” (LEAL, 2014, p. 99).

A isonomia, como princípio institutivo da teoria Neoinstitucionalista, diz respeito à qualidade de que são investidos os legitimados do processo (povo) para criação e definição do direito, na atividade legiferante, judicial e administrativa, respectivamente.

Os conteúdos processuais dialógicos da isonomia – que são a isotopia, isomenia e isocrítica – é consequência lógica de um povo concretizador e criador de sua própria igualdade jurídica pelo devido processo constitucional.

Assim, a isonomia em sua base decisória representa “ igualdade de todos perante a lei (isotopia), igualdade de todos para interpretar a lei (isomenia) e a igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei (isocrítica)” (LEAL, 2014, p. 49).

O princípio da ampla defesa diz respeito aos limites temporais que oportuniza às partes o contraditório, com isso traduz-se na “garantia da plenitude da defesa em tempo e modo suficiente para sustentá-la” (LEAL, 2014, p. 100).

A adoção dos princípios autocríticos do contraditório, da ampla defesa e da isonomia propicia a derrocada os “‘eus’ solipsistas, inatos e pressupostamente contextualizados em seus absolutos e estratégicos saberes deontológicos e corretivos de justificação e aplicação do Direito” (LEAL, 2014, p. 104).

Conclui o autor que

[...] a principiologia do Processo na teoria neo-institucionalista exige o pressuposto jurídico-discursivo- autocrítico de exercício continuado de auto-ilustração e de fiscalidade incessante pelos sujeitos de direito (legitimados ao processo-POVO) sobre os fundamentos do sistema jurídico adotado como destinatários, autores e co-autores, da construção (efetivação) de uma sociedade política a partir do recinto (âmbito teórico-conjectural) de uma linguisticidade (texto) processualmente constitucionalizada. Caracteriza-se assim um paradigma teórico-linguístico de compartilhamento na produção do sentido democratizante a normatividade expressa em possibilidades juridificantes de uma existência jurídica não posta por realidades sociais autopoieticas nas bases instituinte, constituinte e constituída (LEAL, 2006, p. 14).

Percebe-se que os princípios institutivos da teoria Neoinstitucionalista do processo abre a possibilidade da efetivação de um espaço linguístico autocrítico para compartilhamento intersubjetivo de sentido da normatividade nas bases instituinte (criação), constituinte (interpretação) e constituída (aplicação) dos direitos.

2.8.3 A hermenêutica isomênica e a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados

A igualdade (isonomia) formal é um dos dogmas herdados pelo Estado Democrático de Direito, que foi tido como conquista no Estado Liberal, e está presente no *caput* do art. 5º da CRFB/1988, onde prescreve que “todos são iguais perante a lei”.

No entanto, vê-se que se trata de uma igualdade assimétrica, pois vige a ideia de que o Estado, seja ele Juiz ou Administração, está em uma ordem hierárquica superior e sobreposta em relação aos cidadãos (povo).

Somado a isso, existem inúmeras situações do cotidiano que suscitam conflitos humanos que não estão lastreadas e prevista em normas escritas. Tais situações conferem liberdade ao Estado, que com o poder de império, realiza construções hermenêuticas e decide de forma desvinculada aos afetados “o que torna a argumentação das partes inócua, porque, nessa hipótese, as partes não participam isomênicamente da construção do provimento” (LEAL, 2010, p. 271).

A isonomia que reclama o Estado Democrático de Direito não se restringe na igualdade perante a lei para o exercício do contraditório e da ampla defesa. A isonomia tem que estar fundada em um ordenamento jurídico que expresse uma teoria processual que viabilize um sistema normativo que possibilite aos intérpretes atuação segundo um discurso

lógico-jurídico para criação (instituinte), interpretação (constituente) e aplicação (constituído) de direitos (LEAL, 2010, p. 271).

Ao invés da isonomia aplicada à interpretação, tomada em seu sentido clássico-dogmático, Rosemiro Pereira Leal propõe uma hermenêutica isomênica que seria

[...] instituto operacional do princípio da legalidade, define-se pela oportunidade de colocar todos os destinatários normativos (intérpretes) em simétrica posição ante idêntico referente lógico-jurídico construtivo, aplicativo, modificativo ou extintivo do sistema jurídico (LEIS). É o devido processo, no sentido da teoria neoinstitucionalista, que é o referente lógico-jurídico (interpretante) a balizar os limites hermenêuticos de um sistema jurídico de "Estado Democrático de Direito" em concepções de uma sociedade aberta (LEAL, 2010, p. 272).

Para a operacionalização da hermenêutica isomênica a Teoria Neoinstitucionalista rompe com a ideia generalizada do que seja o “discurso”, que adquiriu sentido polissêmico no direito e foi embrenhado no senso comum da ciência dogmática do direito, a fim de eternizar o obscurantismo e a permanência da autoridade decisora hercúlea (LEAL, 2010, p. 272).

Rosemiro Pereira Leal leciona que

Não é curiosidade para nenhum estudante de direito na atualidade que a palavra (expressão) “discurso” tem sido utilizada por filósofos e juristas de várias origens intelectivas sem qualquer esclarecimento sobre seus significados. Fala-se aleatoriamente de “discurso” ao se tratar de língua, léxico, linguagem, obra, texto, produção literária em prosa ou verso, escolas de arte, técnica ou ciência, pensamentos, idéias, enfim, tudo que é falado, escrito, pensado, recebe nome de “discurso”. Essa é a polissemia que tanto é útil aos positivistas em suas engenhosas interpretações jurídicas em que palavras são manejadas ao sabor do senso comum e do senso comum da ciência dogmática do direito a serviço da eternização do obscurantismo e das autocracias do decisor hercúleo (LEAL, 2010, p. 272).

Para reconstrução do sentido do discurso no Estado Democrático de Direito a teoria Neoinstitucionalista se vale da teoria do interpretante presente na obra “Discurso, texto e significação” do linguista Edward Lopes (1978).

A teoria do interpretante aponta que as teorias semânticas admitem ao menos três postulados, são eles: **a sensatez da mensagem, o caráter oculto do significado e a inteligibilidade do sentido** (LOPES, 1978, p. 3).

Nessa ordem, em primeiro **a sensatez da mensagem** afirma que o discurso tem um sentido, mas esse sentido não é imanente, porque se assim fosse não seria necessário interpretá-lo. Isso significa que o "sentido do discurso está fora dele, situando-se, por assim dizer, em um espaço que o transcende e ao qual chamamos texto” (LOPES, 1978, p. 3).

Em segundo, **o caráter oculto do significado** diz respeito ao sentido procurado no texto. Logo, há sempre sentido no discurso por vários textos que assumem e possuem uma plurissignificação, visto que o discurso tem como objeto (texto) um conhecimento aberto a

uma pluralidade de leituras. Essa multisignificação do discurso desemboca a um “não saber” que é extremamente perturbador (LOPES, 1978, p. 3).

Esclarece o autor que o discurso perturba porque pertence ao “outro”, que se manifesta como um oponente. Como o “outro”, o discurso também é enigmático se tornando um problema a resolver, pois é tomado de inúmeros sentidos e isso escapa ao domínio do homem. “Só posso dominar o que conheço; procurar o sentido do discurso é uma das maneiras pelas quais as pessoas manifestam um envergonhado desejo de dominação” (LOPES, 1978, p. 4).

Isso revela uma das grandes potencialidades do discurso: ser instrumento de dominação do homem.

A manipulação dos sentidos se revela como um modo eficaz de dominação do homem pelo homem, sendo este um dos instrumentos com esse fim mais utilizados na história.

Explica Edward Lopes (1978, p. 4) sobre o discurso como instrumento de dominação:

[...] supomos que uma teoria semântica que se dedicasse a observar, atentamente, o que é que as pessoas fazem com as palavras quando se comunicam com outras pessoas, desembocaria, fatalmente, em uma teoria da ideologia, em cujo âmbito se esclareceria o que é que as pessoas fazem com outras pessoas quando se utilizam de palavras. Analisados, uma a um, todos os modos de dominação que o homem inventou ao longo dos séculos para relacionar-se com o seu próximo, nenhum é mais eficiente do que o da manipulação dos sentidos. Aquele que manipula os sentidos do discurso transforma-se no árbitro todo-poderoso da comunidade para a qual define o que venha a ser valor e antivalor; é ele quem assinala os objetivos a serem perseguidos pelo grupo, dita as regras de comportamento que hão de dirigir a ação singular dos indivíduos na tentativa de realização de seus valores, pune e recompensa. Pois, como os mitos de sempre demonstraram, só o que sabe quer, só o que sabe pode, só o que se sabe faz.

Percebe-se que há no discurso uma ideologia de dominação que se vale da manipulação de sentidos advinda do arbítrio de um ente todo poderoso que determina os rumos de uma comunidade e opera, também, a resolução dos conflitos insurgentes.

Em terceiro e último tem a **inteligibilidade do sentido**, que reconhece no autor do discurso a única autoridade (o autor aqui é tido como titular da autoridade) para dizer o que o discurso significa.

Só o produtor da mensagem era reconhecido com a competência necessária para definir o que seu discurso queria dizer, o que ele podia dizer, e, o que ele efetivamente dizia.

Se um destinatário da mensagem propusesse interpretações indesejáveis, a autoridade do discurso (o autor) atribuiria inépcia do ouvinte, e desse modo, desqualificaria o subentendido para requalificá-lo de mal-entendido.

Dessa forma percebe-se que a “[...] multisignificação do discurso estava, então – e ainda está, para aqueles que nisso acreditam - a serviço de um privilégio da significação que é a camuflagem do privilégio do mando de uma *autorictas* única e indiscutível” (LOPES, 1978, p. 5).

Assim, a única autoridade apta para conferir sentido ao discurso seria o seu autor do texto, e nunca os leitores que seriam os destinatários interpretantes.

Rosemiro Pereira Leal utilizou desta lição e leciona que, nesse sentido, o legislador seria o autor autoritário do discurso legal (seu genuíno locador a inocular a *mens legislatoris*), o Juiz e o Administrador (decisores) seriam os sublocadores a engendrar um texto (juízos de aplicação como *mens legis*), sendo que o "justo" legal implicaria no ajuste que o autor do texto (intérprete-decisor) realizasse da *mens legislatoris* segundo sua inteligência de sublocador do sentido da lei (*mens legis*) para prestar a jurisdição ou para o exercício da atividade administrativa (LEAL, 2010, p. 275).

Para superar o problema do autoritarismo da interpretação do autor (única autoridade da interpretação) que é veiculado pela semântica, Edward Lopes encontra na linguística o meio para modificar essa situação. Esclarece o autor que:

Um dos maiores serviços prestados pela linguística à ciência moderna foi, certamente, o de ter contribuído tão poderosamente para modificar essa situação, ao insistir no fato de que a semântica deve se preocupar com o sentido do discurso tal como ele se deixa decodificar no interior do código que serviu para sua codificação. O desenvolvimento do conceito de função metalingüística permitiu compreender o sentido como uma propriedade do código, não de uma pessoa, e possibilitou, em consequência, na medida em que os códigos são bens coletivos, possuídos, igualmente, pelo destinador e pelo destinatário da mensagem, denunciar o monopólio do sentido que era exercido pelo sujeito da enunciação. Sabe-se, hoje, que se um discurso admite *n* sentidos, eles podem ser reduzidos, todos, em um nível superior, a um meta-sentido que os reabsorva conjuntamente, estando eles, portanto, hierarquizados por relações de dominação intradiscursiva (LOPES, 1978, p. 5).

Deste modo, a linguística promoveu uma autovirada ao propor a decodificação do sentido do discurso a partir de um código que se presta à própria definição do discurso e não mais a partir das "multissignificações" de sentidos que se extraem dos textos, que por sua vez, estão conectados às impressões oriundas da mente do locador e sublocador do discurso. A decodificação do discurso, nessa auto-reviravolta linguística, migra do âmbito privado e enigmático do texto dos decisores para o recinto intradiscursivo que é viabilizado pelo "código" (interpretante) instituinte e constituinte do discurso Constitucional (co-institucional) constituído, que é o **devido processo** segundo a teoria Neoinstitucionalista (LEAL, 2010, p. 274).

Rosemiro Pereira Leal esclarece que

Ao trazermos a lúcida e criativa contribuição do professor Edward Lopes com sua teoria do interpretante que substituiu a “variável” da declaração do sentido de discurso engastada no “sujeito da enunciação” (locador-locadotário do discurso) pela “variável” dos “códigos sociais” de sentido como “bens coletivos” a dessujeitizarem a linguagem, percebe-se que a intenção do linguista foi eliminar a plurissignificação de textos originária do mentalismo do locador-intérprete do discurso, a fim de estabelecer um “nível heterodiscursivo” como fonte de sentidos coletivamente construída (LEAL, 2010, p. 274-275).

O autor leciona que “[...] o decisor não pode ser portador prodigioso de melhores argumentos e de melhor razão ao interpretar a lei ante a comunidade jurídica de legitimados ao processo (povo)” (LEAL, 2013, p. 18).

O devido processo, segundo a Teoria Neoinstitucionalista, assim entendido

[...] assume atributos de um neoparadigma com "função metalinguística" a demarcar um "meta-sentido" como fundamento do sistema jurídico-democrático para a criação de uma sociedade aberta derivada de uma comunidade de legitimados ao processo (povo) aptos a exercerem uma simétrica paridade interpretativa dos direitos legislados (hermenêutica isomênica) (LEAL, 2010, p. 274).

Essa metalinguagem seria empreendida no movimento entre texto e discurso com vínculo ao código (interpretante como regulador do sentido intradiscursivo), impedindo que o texto (sempre de origem precompreensiva ao discurso) possa desgarrar-se do interpretante (referente-código) intradiscursivo que dá suporte a uma prática de simétrica paridade interpretativa para todos (LEAL, 2010, p. 275).

Dessa forma, o devido processo, segundo a teoria Neoinstitucionalista, é o espaço crítico que forma base instituinte e constituinte de direitos, tendo estes a natureza de liquidez, certeza e exigibilidade.

O direito fundamental do devido processo não pode ser postergado em nome de qualquer outro direito, sendo que, tais direitos se definem em normas teórico-principiológicas de denotação biunívoca: vida-contraditório, liberdade-ampla defesa e isonomia-igualdade (dignidade) (LEAL, 2013, p. 10).

Sobre a natureza biunívoca dos princípios e direitos fundamentais explica Rosemiro Pereira Leal:

[...] a oferta retórica do contraditório não gera direito fundamental, se o próprio contraditório não é acolhido para realizar o direito à "vida humana" (digna), assim como seria inócua a oferta de liberdade de ir e vir, de livre manifestação de ideias, com negativa do exercício processual da ampla defesa como coextensiva ao contraditório ordinariamente procedimentalizado com os recursos a ela pertinentes no sentido de sempre "ampliar" (testificar) o julgamento monocrático [...] O mesmo se diga da isonomia que não significa somente simétrica paridade de tempo (prazo) de fala entre partes, mas se decompõe pelos direitos à isotopia (postulações e decisões em língua compreensível, ainda que por tradução, para todos os "sujeitos" do procedimento), à isomenia (igual direito de interpretação para todos: deriva-se daqui a dignidade (cidadania) que é o direito fundamental de autoilustração sobre os fundamentos do sistema jurídico praticado) e à isocrítica (que é o direito de propugnar a modificação ou extinção de normas) (LEAL, 2013, p. 11).

Assim, como dito anteriormente, é a hermenêutica isomênica que possibilita a compreensão de um direito democrático que tenha na sua base decisória a garantia de igualdade de todos perante a lei (isotopia), igualdade de todos para interpretar a lei (isomenia) e a igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei (isocrítica).

Há também as contribuições da linguagem em Popper para a hermenêutica isomênica segundo a Teoria Neoinstitucionalista do Processo.

Para Popper a linguagem comporta quatro funções, são elas as funções: expressiva, sinalizadora, descritiva e argumentativa. As funções expressiva e sinalizadora, que também chamou de funções inferiores, pertencem ao mundo animal. Já a função descritiva e a função argumentativa (funções superiores) estão presentes na linguagem humana e delas decorrem a evolução do raciocínio e da racionalidade (POPPER, 1975, p. 216).

A função descritiva opera a descrição de conjecturados estados de coisas, esboçados em forma de teorias e hipóteses.

É na função argumentativa que se encontra disciplinada a discussão crítica que seria “um meio de controle: são um meio de eliminar erros, um meio de seleção. Resolvemos nossos problemas propondo experimentalmente várias teorias e hipóteses concorrentes [...] submetendo-as a discussões críticas e a testes empíricos de eliminação de erros” (POPPER, 1975, p. 220).

Leciona Popper que com a função argumentativa é possível falar que

[...] não só nossas teorias nos controlam, como podemos controlar nossas teorias (e mesmo nossos padrões; existe aqui uma espécie de retrocarga). E se nos sujeitamos a nossas teorias, fá-lo-emos então livremente, após deliberação; isto é, depois da discussão crítica de alternativas e depois de escolher livremente entre as teorias concorrentes, à luz daquela discussão crítica. (POPPER, 1975, p. 220-221).

Por isso que no Direito democrático é tão imperiosa a adoção dessa visão argumentativa da linguagem no processo hermenêutico, uma vez que as interpretações e teorias podem ser trocadas, substituídas e até eliminadas.

Porém, entre interpretações possíveis e concorrentes “há de se buscar o melhor padrão teórico-regulador para não abolir emocionalmente o sistema que se sustenta por uma testificação teórica continuada à realização de propósitos e objetivos” (LEAL, 2013, p. 81).

A busca por soluções, e em especial, a busca por interpretações adequadas e compatíveis com o Estado Democrático de Direito, surge diante do incômodo, do desconforto, da apreensão e do mal-estar quando se está diante de um problema. Daí inicia-se o movimento de antecipação dos meios possíveis de reagir com a conjectura de teorias e interpretações que

sejam submetidas a testes de experiência de erro e seus possíveis resultados (POPPER, 1975, p. 226-227).

Rosemiro Pereira Leal leciona que

Daí, uma sociedade (que é uma teoria), que se queira aberta, construir-se-á ante teorias rivais, mas, para isso, é necessário problematizá-las, o que, em direito, para uma sociedade aberta, no discurso de testificação, impõe escolher uma entre as teorias processuais do discurso como a melhor (mais resistente) a tornar constitucionalmente disponíveis, para todos, conjecturas falseabilizantes (argumentações) continuadas com o fim de instituir e constituir juridicamente (estabilizar) uma forma linguística de compartilhamento de sentidos de vida, liberdade e dignidade. Com efeito, uma Teoria da Constituição democrática, na concepção pós-moderna da falibilidade dos sistemas, há de passar pela compreensão curricular da teoria do processo como enunciativa (descritivo-argumentativa) dos direitos fundamentais (fundantes) da correlação humana contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e isonomia-dignidade (LEAL, 2013, p. 83).

Desse modo, a hermenêutica isomênica, com as suas características extrínsecas e intrínsecas, permite e torna possível a falseabilidade das teorias e interpretações concorrentes. Ademais, se mostra mais adequada para a interpretação, não apenas dos conceitos jurídicos indeterminados, mas de todo o Direito em seus níveis instituinte, instituído e constituído.

A teoria Neoinstitucionalista do processo, frente a outras teorias hermenêuticas, reputa inadequado o historicismo proposto pela hermenêutica filosófica de Gadamer, que tem o homem como um ser finito e histórico (historicidade da compreensão), que propõe uma reabilitação do termo “preconceito” dos “pré-juízos” da “pré-sença” (GADAMER, 1999, p. 399) por considerar necessária a historicidade e as vinculações concretas com o costume e a tradição como ponto inicial da compreensão, que pela “fusão de horizontes” e alteridade se torna possível uma hermenêutica que enseja a apreensão do conhecimento pelo intérprete (GADAMER, 2002, p. 73-75).

A história já demonstrou a falência dos ideais de sufrágio universal, como determinante democrático guia do destino da nação a disposição de todos, e a paz e cooperação universal que é inata a todos (como concebia Kant). Pois, “boas intenções e virtudes naturais já estão reprovadas pela continuada e sangrenta história da humanidade. Ou o homem constrói o seu mundo ou o mundo acontecido continua massacrando o homem” (LEAL, 2013, p. 6).

Somente teorias rigorosas e criticamente testificadas em todos os graus de pesquisas podem propor uma construção de mundo (LEAL, 2013, p. 7).

Habermas, ao lecionar sobre a interpretação das normas do ordenamento jurídico, redimensiona a proposta de Klaus Günther (2004) e concebe que na criação e aplicação (interpretação) da norma jurídica o discurso divide-se em dois momentos: o discurso de

fundamentação e o discurso de aplicação²⁷. Por discurso de aplicação entende-se o momento de elaboração das normas (HABERMAS, 2004, p. 255). E por discurso de aplicação entende-se como a prática interpretativa para concreção da norma posta no discurso de fundamentação (HABERMAS, 2012, p. 239).

No discurso de aplicação, quando o judiciário é chamado para a interpretação da norma, a legitimidade se aferiria por meio de uma depuração de toda norma injusta que foi produzida por meio de *lobbies* e grupos de pressão presentes no presidencialismo de coalizão, tudo isso no momento da criação da norma. Com isso é possível uma aproximação da sociedade e da legislação, de forma a ser possível extrair legitimidade da legalidade (CRUZ, 2004, p. 227).

Diante das mudanças estruturais entre as esferas públicas e privadas (HABERMAS, 2014), é impossível na atualidade conceber uma Administração Pública “fechada”, impermeável aos reclames da comunidade política, que não considere a vontade dos destinatários das normas que são também os autores das normas do sistema constitucional (co-originariedade).

Nesse sentido, como leciona Häberle, deve-se conceber que a abertura de participantes da sociedade civil na interpretação das normas do ordenamento jurídico é imprescindível no Estado Moderno. Há muito percebeu-se a necessidade da ruptura do modelo de interpretação conferido tão somente a uma “sociedade fechada” (juízes e procedimentos formalizados) para uma “sociedade aberta” onde estejam vinculados os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os grupos presentes na sociedade e todos os cidadãos (HÄBERLE, 2002, p. 12).

O pluralismo, característico das sociedades modernas, exige que “critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”, pois quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la (HÄBERLE, 2002, p. 13).

²⁷ Tais argumentos são sustentados por Habermas nas seguintes obras: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, 354. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Volume II. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, 352 p. HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013, 236 p. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, In: racionalidade de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, 1999, 517 p.

As normas do sistema constitucional não seriam “ reserva do jurista, mas um fio condutor para o uso de todos os cidadãos” (FERNANDES, 2012, p. 94).

A ampliação dos círculos de intérpretes consequentemente integrará a realidade no processo de interpretação, pois são estes intérpretes que compõem a realidade social pluralista, perquirindo o ordenamento jurídico da nação ser um verdadeiro “espelho da realidade” (HÄBERLE, 2002, p. 30).

A vida nas sociedades modernas pluralistas tem sido vivida pelo conflito e compromisso, que, em uma comunidade aberta de intérpretes das normas que vinculam a sociedade, há, assim, a legitimidade das decisões judiciais e administrativas, tornando essa tensão permanente salutar para a higidez social.

Em que pese os argumentos de Habermas e Häberle, para a Teoria Neoinstitucionalista a interpretação tem que ter fundamento no sistema jurídico-democrático em um espaço descritivo-crítico que viabilize a criação de uma sociedade aberta derivada de uma comunidade de legitimados ao processo (povo) aptos a exercerem uma simétrica paridade interpretativa dos direitos legislados, como visto na hermenêutica isomênica.

Com isso, não há como se apegar a uma teoria que tem a crença em uma coautoria de Direitos em discursos de fundamentação e aplicação (Habermas), que busca de uma homogeneidade social de sociedades ditas hipercomplexas (Rosenfeld e Cittadino) com base em teorias historicistas que mais parecem buscar a manutenção do sofrimento humano com a submissão humana mágica e imaginária e a consagração de um *medium* onisciente e onipotente (autocracia da autoridade no Estado Social de Direito) (LEAL, 2013, p. 9).

O que se busca na teoria Neoinstitucionalista é uma deliberação, uma decisão jurídica, para além de um agir comunicativo, como proposto por Habermas, pois de nada adiantaria o debate, a discussão, a intersubjetividade comunicativa (filosofia da linguagem?) se não levasse à concreção de uma decisão jurídica que se propusesse a conjecturar a solução dos problemas enfrentados por aquela comunidade comunicativa.

Com isso, de acordo com a teoria Neoinstitucionalista, como expõe Rosemiro Pereira Leal:

Não há falar, como quer Habermas, em procedimentalismo na base construtiva do direito, sem que, antes, se institucionalize o devido (o sentido teórico) processo constitucional, porque a fixação dos critérios jurídico-constitucionais do modo de produção e correição de direitos é que vai definir a qualidade democrática de uma Sociedade Jurídico-Política (LEAL, 2014, p. 93).

A proposta é de uma participação da decisão jurídica em um “espaço processualizado em que o povo total da Comunidade Política é, por direito de ação coextenso

ao procedimento, a causalidade dos princípios e regras de criação, alteração e aplicação de direitos” (LEAL, 2014, p. 90).

Por isso o esforço de Häberle ao apregoar a interpretação que transborde a parede dos tribunais, tomando como base a experiência brasileira, só seria possível se fosse “definida pela base decisória-popular-constitutiva da lei, porque seria inócuo democratizar a participação hermenêutica pelas interpretações aleatórias e idealistas” (LEAL, 2014, p. 50).

É inegável que a influência de Häberle oportunizou a criação de alguns canais dialógicos, como a figura do *amicus curiae*²⁸ no Direito brasileiro. Porém, como sabido, o amigo da corte não é parte e não detém capacidade e oportunidade de deliberar sobre a interpretação, basta para isso verificar que a decisão que inadmite o seu pedido de habilitação é irrecorrível (BINENBJOM, 2011, p. 21-23).

Isso demonstra que falar em interpretação “ao alcance de todos” sem que haja um espaço crítico-deliberativo-argumentativo que considere o povo como legitimado para a interpretação, representa verdadeiro dogma que se presta a dar aparência de procedimentos legítimos que, na verdade, mascaram e confirmam a dominação da autoridade na interpretação.

Por isso, só no instituto constitucionalizado do processo, segundo a concepção da Teoria Neoinstitucionalista, é possível se falar em hermenêutica isomênica que oportunize a interpretação e o espaço de decidibilidade que incida desde a criação de direitos (lei) e perpassa por sua incidência, aplicação, extinção ou transformação.

Desse modo, leciona Rosemiro Pereira Leal que

[...] a teoria Neoinstitucionalista do processo, ao contrário do pensamento de Häberle, não trabalha em concepções de constituição aberta a intérpretes não juridicamente legitimados à procedimentação, sequer se oferece como instrumento de uma jurisdição constitucional jurisprudencializada por tribunais justiceros. A instituição constitucionalizada do processo, por sua eidética principiológica, há de ser referência de decidibilidade desde a criação da lei até sua incidência, aplicação, extinção ou transformação (LEAL, 2014, p. 42).

Como visto, a superação do solipsismo e do monopólio da interpretação pela autoridade se dá por meio do processo como instituição jurídica constitucionalizada no plano instituinte e constituinte do Direito, que tem como primado os princípios do contraditório, da

²⁸ Inicialmente a figura do *amicus curiae* ingressou no ordenamento jurídico com o art. 7º, § 2º da Lei 9.868/1999 que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade. A figura do *amicus curiae* também encontrou previsão no art. 138 do CPC/2015; e também possui previsão no art. 32 da Lei 4.726/1965 (Junta Comercial); Lei 6.385/1976 (Comissão de Valores Mobiliários – CVM); art. 6º, § 1º, da Lei 9.882/1999 (ADPF); art. 14, § 7º, da Lei 10.259/2001 (Juizados Especiais Federais); art. 3º, § 2º, da Lei 11.417/2006 (Súmula Vinculante); art. 118 da Lei 12.529/2011 (CADE); art. 896-C, § 8º, da CLT, acrescido pela Lei 13.015/2014 (recursos de revista repetitivos).

ampla defesa e da isonomia e que tem na linguagem uma acepção “lingüístico-autocrítico coparticipativo de produção, aplicação e extinção da normatividade” (LEAL, 2014, p. 101).

Na linguagem como pressuposto racionalizante e organizativa do mundo humano, como expõe o autor, tem-se o processo como

[...] instituição (lingüístico-autocrítico-jurídica) constitucionalizante e coinstitucionalizada (constitucional) que se enuncia proposicionalmente pelos institutos (princípios normados) do contraditório-vida, ampla defesa-liberdade, isonomia-dignidade (igualdade). Essa biunivocidade se apresenta como direitos fundamentais fundantes do sistema, líquidos, certos e exigíveis, consoante posto, em caráter pré-cógnito, no bojo do sistema jurídico (LEAL, 2013, p. 40).

Dessa forma, não há cabimento de se conceber ainda um sujeito conhecedor divinizado que produza uma decisão jurídica a despeito de toda uma comunidade aberta, com base em sua consciência egoísta e solitária.

Percebe-se, também dentro deste contexto teórico, que o método Hércules proposto por Dworkin a fim de dar integridade ao Direito, também se mostra inadequado para o Estado Democrático de Direito, uma vez que

[...] o que falta na concepção de direito de Ronald Dworkin como integridade [...] é diálogo. Hércules, o juiz mitológico de Dworkin, evita outros debatedores. Ele é também grandemente heróico. Sua construção interpretativa vem de monólogos. Ele não conversa com ninguém, exceto através de livros. Ele não tem encontros. Ele não se reúne com ninguém. Nada o estremece. Nenhum interlocutor viola o isolamento inevitável de sua experiência e perspectiva. Mas, depois de tudo, Hércules é só um homem. Ele não é toda a comunidade. Nenhum homem ou mulher pode ser toda a comunidade (MICHELMAN, 1986, p. 76, tradução nossa).

Por isso, é necessário perquirir uma teoria da decisão jurídica que seja hábil de interpretar o discurso, para além dos sentidos dos textos confinados em palavras como “vício”, “erário”, “interesse público”, “boa fé”, “notável saber”, dentre outras.

A interpretação deverá superar o que a dogmática encerra hermeticamente sobre o manto do que seria um conceito determinado ou indeterminado. Seria possível conceber o que é determinado (perene, eterno, inalterável) e o que seria indeterminado?

Provavelmente não.

Somente uma interpretação/teoria que possa ser submetida à crítica e a testes de eliminação de erro, de forma objetiva (e não subjetiva), possibilitando que as conjecturas sejam testadas pelas hipóteses existentes, com possibilidade de exercício da hermenêutica isomênica de todos os legitimados, é capaz de fazer com que a cada momento histórico situado prevaleça uma interpretação/teoria mais resistente a fim de criar, recriar, modificar e extinguir direitos.

No próximo capítulo o trabalho enfrentará as discussões sobre discricionariedade administrativa, vinculação e os conceitos jurídicos indeterminados e como tais figuras são concebidas atualmente pelos teóricos administrativistas.

Com isso, poderá compreender o tratamento dispensado aos conceitos jurídicos indeterminados e verificar se há alguma identidade entre estes e as figuras da vinculação e da discricionariedade administrativa, o que tornará possível propor uma teoria da decisão jurídica que seja apta a prestar legitimidade aos atos administrativos e que seja compatível com o Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO 3 A RELAÇÃO ENTRE VINCULAÇÃO, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Os conceitos jurídicos indeterminados são também denominados de plásticos, elásticos, cláusulas gerais, e estão presentes em todas as áreas da ciência jurídica (GROTTI, 1999, p. 67).

No entanto, suas manifestações ganham especial relevo no Direito Administrativo, pois é na interpretação de tais conceitos que “constantemente continuam a ser cometidos graves atropelos aos direitos e interesses garantidos pela Constituição e pela lei em geral ao cidadão” (SOUSA, 1994, p. 16).

Por isso, é importante verificar a relação dos conceitos jurídicos indeterminados com a discricionariedade e a vinculação administrativa com o propósito de se verificar se há alguma identidade entre essas teorias no Direito Administrativo, e como a comunidade jurídica e os tribunais brasileiros têm admitido e trabalhado com os referidos temas.

Mas, antes é necessário apreender as releituras sofridas pela legalidade em sentido estrito, no paradigma do Estado Liberal, e como a juridicidade vincula a Administração Pública no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Tal compreensão é importante para o trabalho pois os paradigmas formam verdadeiro pano de fundo, construído pelas pré-compreensões e visões de mundo, “assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo torna possível a linguagem, a comunicação, e limita ou condiciona o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 29).

Assim, se há ruptura das gramáticas de práticas sociais que ensejam um novo horizonte de sentidos numa comunidade política que compartilha as mesmas pré-compreensões e visões de mundo, logicamente, ocorrerá releituras ou inovação nas teorias da interpretação e da decisão jurídica que passarão a propor soluções para as novas exigências e demandas daquela sociedade.

3.1 Da legalidade estrita do Estado Liberal à juridicidade no Estado Democrático de Direito

O Estado de Direito surge na modernidade submetido a um regime de Direito, que no pano de fundo (*background*) das revoluções burguesas, o exercício do poder se manifestaria somente quando autorizado pela ordem jurídica em vigor, e aos indivíduos foram conferidos meios jurisdicionais para corrigir qualquer abuso cometido (CHEVALIER, 2013, p. 14).

Foi no Estado Liberal que houve a superação da visão patrimonialista feudal (homem sujeito-meio) ao considerar o homem como um fim em si mesmo (Kant), destinatário de direitos e centro de todas as instituições e organizações políticas (ROCHA, 2004, p. 72).

O legislativo, enquanto representação da nação, foi destacado na estrutura do Estado, tendo em vista o deslumbramento dos homens ao possibilitar a positivação (leis escritas) de condutas até então afetas às práticas ordinariamente inoculadas (GRACCO, 2016, p. 10).

O Estado Liberal foi composto por um sistema fechado de regras que teria como função estabilizar as expectativas de comportamento e garantir a esfera privada da liberdade do indivíduo, frente aos seus iguais e, sobretudo, frente ao Estado (FERNANDES, 2012, p. 70).

O liberalismo do Direito impunha ao Estado um comportamento negativo (abstencionista), de não intervenção, limitando assim a ação dos governantes, e visava garantir formalmente direitos fundamentais, em especial, a liberdade, a igualdade (formal/material) e a propriedade (ROCHA, 2004, p. 71).

É na égide do Estado Liberal que surge o princípio da legalidade (normas gerais e abstratas) que garantia uma igualdade formal, com aparência de legitimidade, que nas mãos daqueles que detinham os meios de produção (modo de produção capitalista) eram instrumentos manejados para extrair o maior proveito das relações sociais com o objetivo de satisfazer somente os seus interesses (ROCHA, 2004, p. 72).

No início do Século XX a teoria do Estado de Direito (*Rechtsstaat*) foi concebida na Alemanha e na França com a consagração do Direito, não como um dispositivo de limitação do poder do Estado em nome de liberdade individuais, mas como meio de organização racional do Estado que seria governado pelos preceitos da razão. A Constituição teria supremacia no ordenamento jurídico e no seu núcleo tutelava os direitos dos homens, implementava a separação dos poderes, apregoava a supremacia da lei, abria canais para participação dos cidadãos nas questões do Estado por intermédio do Parlamento, e, dispunha um governo representativo e garantia a independência dos juízes (CHEVALIER, 2013, p. 15).

Na Inglaterra e nos Estados Unidos a teoria do Estado de Direito (*rule of law*), um pouco diferente de como se deu na Alemanha e na França, foi fundada completamente na tutela dos direitos e liberdades individuais, no respeito à hierarquia de normas com a afirmação da autoridade suprema e exclusiva da lei, com prestígio da igualdade com exclusão de todos os privilégios de jurisdição dos agentes da coroa (CHEVALLIER, 2013, p. 16).

Nesse contexto, influenciada pela teoria de Montesquieu, a legalidade fundou-se em três ideias nucleares: a lei passa a ser compreendida como expressão racional emanada da vontade geral; o poder encontraria na lei um critério para suas decisões, e; a lei assumiria uma função garantidora das liberdades (OTERO, 2011, p. 51).

Houve também no Estado Liberal uma superação do Estado de Polícia em que o Direito se revelava puramente instrumental, com o qual a Administração dispunha de total domínio sem sujeição às normas existentes. No Estado de Polícia as leis serviam somente para impor obrigações aos administrados, sem que estes não dispunham de meios legais de coibir a Administração. Para Jacques Chevallier “ O Estado de Polícia é fundado sobre o bel-prazer do Príncipe: não há, em verdade, limite jurídico à ação do poder, nem real proteção dos cidadãos contra o poder” (CHEVALLIER, 2013, p. 18).

A legalidade se tornou o fundamento do Direito Administrativo para determinar a adequação entre o ato da Administração e a lei, assim, “[...] passou a ser considerada, então, sede única do comportamento administrativo” (ROCHA, 2004, p. 79).

Surge nesse contexto a concepção material da legalidade, uma vez que “a doutrina do *Rechtsstaat* conduz, na prática, à afirmação da supremacia da lei sobre a administração: não somente ela deve se abster de agir *contra legem*, mas ainda é obrigada a agir *secundum legem*, em virtude de uma habilitação legal (reserva de lei)” (CHEVALLIER, 2013, p. 18).

No contexto do Estado Liberal também surgiu no direito francês o que foi denominado de Estado Legal em uma concepção política de organização fundamental dos poderes de tal forma a garantir a supremacia do corpo legislativo em uma verdadeira soberania parlamentar.

No Estado legal havia uma subordinação do conjunto de atos administrativos às leis, mesmo aqueles que não interessam diretamente aos cidadãos. O Parlamento detinha um poder quase indefinido sem subordinação à força constituinte, uma vez que detinha em suas mãos o poder constituinte e poderia a qualquer tempo abrir procedimento de revisão legislativa. Por isso, essa supremacia do Legislativo, ao lhe dar todo o poder em matéria de regulamentação de direitos individuais, poderia excluir todo dispositivo de proteção destes (CHEVALLIER, 2013, p. 28).

É importante verificar que há grande diferença entre o Estado Legal do Estado de Direito. Tem-se no Estado Legal a restrição da atuação estatal à forma da legalidade, destituída e desvinculada de conteúdos que lhe são inerentes. Já o Estado de Direito pressupõe não apenas a regulamentação jurídica normativa qualquer, mas uma ordenação calcada em certos conteúdos, que se tratava o conteúdo do próprio liberalismo. O Estado de Direito Liberal tem como principais características a limitação da ação estatal, a lei como ordem geral e abstrata e a imposição de sanção às condutas contrárias à ordem normativa, tendo sempre como ator característico o indivíduo (STRECK; MORAIS, 2006, p.102).

No Estado de Direito Liberal a função jurisdicional era aceita e promovida, porém o magistrado seria a “*bouche de la loi*”, que repetiria sem acréscimos ou modificações o que fora criado e posto pelo Legislativo (FERNANDES, 2012, p. 185).

Os excessos do liberalismo foram logo revelados como o período da história em que houve a maior exploração do homem pelo homem, com a revolução industrial e a aglomeração de mão de obra de reserva nas cidades, que os detentores dos modos de produção submetiam o proletariado a jornadas de trabalhos de 15 (quinze) a 17 (dezesete) horas por dia, impondo o trabalho a crianças, adultos e anciãos em ambientes insalubres. Por isso essa concepção de legalidade demonstrou sua fragilidade seguida da necessidade de superação por uma nova teoria que visasse tutelar e promover não somente uma igualdade (isonomia) formal, como também uma igualdade material (ROCHA, 2004, p. 72).

Foi nessa tensão dialética que surgiu Estado de Direito Social. Nesse modelo o Estado não tinha mais a postura abstencionista, mas, sobretudo intervencionista, visando concretizar direitos fundamentais por meio do Executivo (que ganha preponderância) a uma massa de “clientes” famintos por políticas públicas, e por isso pode ser definido como um Estado de prestação (providência/intervencionista) (FERNANDES, 2012, p 72).

Com isso, na visão de Jacques Chevallier

[...] não há mais, na fase do Estado providência “espaço privado” salvaguardado, “sociedade civil” preservada de suas ingerências; o Estado é levado a se intrometer nas relações sociais de toda a natureza, sem se deixar deter por um princípio de liberdade do comércio e da indústria, que se tornou, com o passar dos anos, uma concha vazia. Dotado de uma função de regulação social global, o Estado se torna insensivelmente o tutor da sociedade: é ao mesmo tempo o garantidor do desenvolvimento coletivo e o protetor de cada um; e a aspiração cada vez mais, de segurança, conduz à implementação de dispositivos de intervenção, sempre mais numerosos e diversificados, cobrindo todos os aspectos da existência individual (CHEVALLIER, 2013, p. 81).

O Estado de Direito Social redefine os clássicos direitos do Estado Liberal, principalmente a igualdade material e não mais formal, e se firma com a aquisição de novos direitos com os direitos políticos, sociais e econômicos (SANTOS; GOMES, 2008, p. 5).

A ideia do Estado Social repousava na superação do individualismo e na busca da socialização dos interesses e dos bens a serem prestados pelo Estado para a concretização de uma justiça distributiva com o reconhecimento, promoção e garantia dos direitos sociais (ROCHA, 2004, p. 74).

Todas essas mudanças refletem no direito que se tornou instrumental (intervencionista) nas mãos de um Estado posto a serviço da concretização de políticas públicas. Com isso, as regras do direito foram produzidas segundo uma lógica propulsiva e governadas pela eficácia da Administração (CHEVALLIER, 2013, p. 82).

O direito perde seus atributos de sistematicidade, generalidade e estabilidade com uma inflação normativa caracterizada na proliferação de textos legais, tudo na tentativa de se regular cada vez mais detalhes e especificidades singulares da vida social. Isso levou a uma desvalorização do direito, uma vez que a aceleração de textos normativos tornava difícil, quase impossível, o conhecimento e a assimilação do direito tanto pelos cidadãos quanto pelos membros da comunidade jurídica, produzindo um *déficit* de execução (CHEVALLIER, 2013, p. 83).

Jacques Chevallier explica que

O normativismo se torna a “arma cortante das mesmas maiorias que se havia querido ligar por correntes de papel”; O Estado de Direito tende assim a minar seus próprios fundamentos, a degenerar em seu oposto, em nome dos próprios princípios sobre os quais repousa: de garantidor supremo da liberdade, ele se transforma em arma do “poder absoluto”. Sacralizando o direito, o Estado de Direito sacraliza o poder do qual ele emana; e a juridicização integral das condutas acarreta na prática a ingerência do Estado em todas as relações sociais (CHEVALLIER, 2013, p. 83).

Os excessos Estado de Direito Social se revelaram com a formação de burocracias e regimes autoritários que desaguaram na Segunda Guerra Mundial. Logo, ditaduras vicejantes surgiram sob o manto de um modelo político paternalista. Leciona Germana de Oliveira Moraes que o

[...] uso abusivo da ampliação de autonomia do Poder Executivo no Estado Social e o desrespeito aos direitos fundamentais que ensejaram, de um lado, a necessidade de sujeitar os membros do Poder Legislativo à Constituição, e de outra parte, ocasionaram uma reação do Poder Judiciário contra os excessos e abusos dos administradores e dos feitores da lei (MORAES, 1999, p. 22).

Foi no pós guerra que inaugurou-se novo momento da legalidade com o surgimento do Estado Democrático de Direito, no esforço de não se conceber mais um “Estado de Direito” que não seja “democrático” e muito menos “democracia” que não seja em um “Estado de Direito” (GRACCO, 2013, p. 11).

Por isso, os dois elementos característicos do Estado Democrático de Direito seriam o reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais e a participação do cidadão na elaboração, construção e aplicação desse Direito (ROCHA, 2004, p. 75).

As normas elaboradas pelo parlamento agora buscam compatibilidade e validade na Constituição, que passa a gozar de supremacia no ordenamento jurídico.

O Judiciário ocupa lugar de destaque na arquitetura constitucional, e atua como agente de controle de tal forma a observar não apenas a legalidade estrita, mas também os princípios expressos ou implícitos do sistema constitucional (SOARES; GOMES, 2008, p. 6).

Abre-se ao indivíduo a possibilidade de exercer controle da atividade legiferante por meio do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, seja por meio do controle de constitucionalidade difuso/via incidental/*incidenter tantum* (americano) ou por meio do controle concentrado de constitucionalidade (europeu).

Como visto, o princípio da legalidade, criado inicialmente para conter o absolutismo monárquico, não se mostrou eficaz para frear os abusos do Estado Social. Daí no sistema constitucional surge a possibilidade do Judiciário exercer controle da Administração Pública, sendo que esta agora deve colimar sua atividade e atuação não somente na legalidade estrita, mas ao Direito, decomposto em regras e princípios, com a superação do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade (MORAES, 1999, p. 23).

Em definição clássica do Direito brasileiro, Meirelles (1993, p. 83) já sustentava que o princípio da legalidade se traduz no fato de que para a Administração Pública “não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe”.

No entanto, na contemporaneidade a Constituição é encarada como sistema aberto que consagrou a dignidade da pessoa humana como núcleo duro e intangível que vincula a todos promover, seja o Estado ou os particulares impondo sua promoção e execução. Por isso, a Administração deve atuar conforme o Direito, e não mais conforme a lei tida em seu sentido estrito.

Assim, “[...] um sistema tendencialmente fechado de legalidade é substituído por um sistema predominantemente aberto: a legalidade administrativa, à semelhança do que sucede com o sistema constitucional, torna-se predominantemente principialista” (OTERO, 2003, p. 167).

O Constitucionalismo do pós-guerra sobrelevou a importância da constituição não somente no seu aspecto formal, como também de sua ascendência axiológica sobre todo o sistema jurídico.

Isso trouxe grande modificação no Direito Administrativo: a lei é substituída pela Constituição como a principal fonte desta disciplina jurídica. A reserva vertical de lei foi substituída por uma reserva vertical de Constituição, sendo esta a habilitadora tanto de competências administrativas como também critério imediato da decisão administrativa (OTERO, 2003, p. 735).

A Administração passa a encontrar na Constituição e nos valores elevados dos direitos fundamentais critérios que se tornam balizas para a sua atuação, o que impinge a ideia e aceitação de que as decisões administrativas no Estado Democrático de Direito só serão válidas e legítimas se encontrarem fincas no berço dos princípios constitucionais.

Em suma, segundo Paulo Otero, a superação da legalidade estrita pela juridicidade se deu em decorrência dos seguintes motivos:

- (1) Na falta ou ausência de lei, os órgãos administrativos encontram-se adstritos a implementar e aplicar tais normas no exercício da respectiva actividade;
- (2) Mesmo existindo lei, as normas constitucionais em causa surgem como critério orientador imediato da interpretação, integração e aplicação de todos os actos infraconstitucionais por parte da Administração Pública, especialmente no âmbito do exercício de poderes discricionários, concretização de conceitos indeterminados ou preenchimento de cláusulas gerais;
- (3) Perante leis ostensivamente violadoras de tais direitos fundamentais, a Administração Pública encontra-se vinculada a preferir a Constituição à lei, desaplicando as respectivas leis feridas de inconstitucionalidade [...];
- (4) A violação administrativa do conteúdo essencial de um direito fundamental acarreta sempre a nulidade dos respectivos atos jurídicos, expressando uma manifestação da especial vinculatividade directa e imediata dos órgãos administrativos às normas de direitos fundamentais; (OTERO, 2003, p. 741).

Pode-se concluir que os atos emanados da Administração Pública só serão válidos, legítimos e justificáveis se atenderem para além da legalidade estrita; deve condizer e ser compatível com o sistema de princípios e regras delineadas na Constituição, em uma perspectiva geral, e com os direitos fundamentais, em uma atuação mais localizada.

Há clara superação do pensamento de que a Administração deve ter vinculação estrita à lei (formal), mas essa vinculação deve dar-se em relação a todo o ordenamento jurídico como unidade (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), esboçados em diferentes graus e tipos de normas que formam o denominado bloco de legalidade (considerando o ordenamento jurídico com um todo sistêmico) (BINEMBJOM, 2008, p. 142).

Dessa forma, a Constituição torna-se “o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo”. Só se pode falar em superação da legalidade administrativa quando há substituição da lei pela Constituição, o que se torna o cerne da vinculação administrativa à juridicidade (BINEMBJOM, 2008, p. 142).

Com essa releitura da legalidade, em que a onipotência da lei dá lugar aos princípios expressos e reconhecidos no ordenamento jurídico e aos direitos fundamentais, passa-se analisar como se identifica no Estado Democrático de Direito a discricionariedade administrativa, a vinculação e como se desenvolveram as teorias dos conceitos jurídicos indeterminados.

3.2 Vinculação e discricionariedade: uma necessária releitura no Estado Democrático de Direito

Hely Lopes Meirelles defende que na persecução do interesse público a Administração é dotada pelo ordenamento jurídico de poderes para a realização das tarefas administrativas (MEIRELLES, 1993, p.100).

Tais poderes são instrumentais para alcançar a finalidade proposta, que seria a concretização do interesse público.

Daí, em decorrência da legalidade, os atos administrativos foram divididos em atos vinculados e atos discricionários.

Os atos vinculados seriam aqueles que a lei descreve rigorosamente os seus pressupostos necessários à produção do ato administrativo e seu conteúdo, que decorreria diretamente (sem dúvidas) da prevista hipótese legal (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 138).

Já a discricionariedade se manifestaria quando a legalidade possibilita ao administrador margem de liberdade sobre o objeto do ato (conteúdo) e a escolha de seus motivos em opções dispostas e apresentadas diante de fatos concretos (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 139).

Florivaldo Dutra de Araújo (2005, p. 65) leciona que a vinculação se dá quando na edição do ato administrativo seja possível que a lei possa regulá-lo “de modo a transparecer que, na consideração axiológica do direito e das circunstâncias em que esse se faz aplicável, deve o administrador, ao aplicar essa norma, fazê-lo da melhor maneira possível”.

Já a discricionariedade se manifestaria em determinadas situações que a lei confere ao administrador público a possibilidade de, por meio de um juízo subjetivo de valor, pautado em critérios de conveniência e oportunidade, escolher, dentre diversas soluções apresentadas pela legalidade, aquela que melhor satisfaça o interesse público (CANÇADO, 2013, p. 42).

Hely Lopes Meirelles (1993, p. 103) já lecionava que o poder discricionário é aquele que “o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência e oportunidade e conteúdo”.

Esse juízo subjetivo do administrador se apresentaria de forma isolada ou cumulativamente entre agir ou não dentro de certos limites apresentados na situação fática, ou; eleger a medida considerada idônea perante aquela situação fática para satisfazer a finalidade legal (MELLO, 2010, p. 17).

A discricionariedade seria como um campo de liberdade da Administração quando a lei regula abstratamente certa situação no mundo empírico, o faz deste modo porque não aceita do administrador uma outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente, de forma ótima a finalidade legal (MELLO, 2010, p. 32).

Aliás, a manifestação da discricionariedade no ato administrativo se daria como

[...] o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única (MELLO, 2010, p. 38).

Para Germana de Oliveira Moraes (1999, p. 40)

[...] a discricionariedade se manifesta, isto é, o administrador exerce a liberdade de decisão, mediante ponderação comparativa de interesses, integrando a norma aberta, ora quando procede à complementação, mediante valoração e aditamento, dos pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo (discricionariedade quanto aos pressupostos); ora quando decide se e quando vai editá-lo (discricionariedade de decisão); ora quando escolhe seu conteúdo, dentre mais de uma opção igualmente prevista pelo Direito, compreendido este como o conjunto de princípios e regras (discricionariedade de escolha optativa); ou ainda quando colmata o conteúdo do ato administrativo descrito como lacunosidade na lei (discricionariedade de escolha criativa).

Em suma: haveria vinculação quando o relato normativo predetermina, de modo completo e exaustivo, o único comportamento possível a ser adotado pela Administração perante determinados fatos concretos. De outro lado, haveria discricionariedade quando, em decorrência do modo pelo qual o direito regula a atuação administrativa, resultaria para o administrador uma margem de apreciação quanto à maneira de proceder diante situações concretas (BINENBJOM, 2008, p. 200).

A discricionariedade em sua gênese no *ancien régime* francês dos Séculos XVI a XVIII (Estado de polícia) era considerada como sinônimo da soberania decisória do monarca absoluto que manifestava a arbitrariedade na produção de decisões de cunho puramente

subjetivo e político impermeável frente a qualquer tipo de controle (BINENBJOM, 2008, p. 195).

A conciliação entre a liberdade decisória subjetiva da Administração e a legalidade (típica aqui do Estado Liberal) fez com que “[...] a discricionariedade administrativa começou a ser considerada um ‘corpo estranho’ dentro do Estado de direito, um resquício da arbitrariedade monárquica, que deveria, por qualquer meio, ser eliminada” (KRELL, 2013, p. 14).

Por essa razão García de Enterría (1962, p. 167), seguindo as lições de Hans Huber, chama a discricionariedade de cavalo de Tróia no Direito Administrativo e do Estado de Direito²⁹.

O conceito de discricionariedade no Estado Liberal foi definido primeiramente como a área de livre ação da Administração em contraposição a atuação vinculada e passível de sindicabilidade judicial (MORAES, 2009, p. 27).

No Estado Social surgiu o discurso de que a legalidade não teria como prever todos os fatos dinâmicos do mundo da vida, dada a complexidade da vida humana e os deveres impostos à Administração de celeridade e eficácia. Assim, se todas as normas fossem vinculadas e determinadas engessariam e comprometeriam a atuação administrativa (KRELL, 2013, p. 14).

A relação da Administração com a legalidade, nesse contexto, assumiu feição de vinculação negativa à lei, ao possibilitar à Administração agir nos espaços livres da regulamentação legal.

Surgiu também na égide do Estado Social a imagem da discricionariedade como poder Administrativo externo ao próprio ordenamento jurídico, e fundado na autonomia emergente da personalização da Administração Pública (BINENBJOM, 2008, p. 197).

Assim, foi identificada imperfeição intrínseca da lei frente a pressão sobre a Administração para que agisse de tal forma a acompanhar toda a evolução da sociedade industrializada e a crescente demanda e reclames de serviços públicos.

Teóricos nesse contexto histórico defendiam uma vinculação tão negativa à legalidade ao ponto de sustentar a possibilidade da Administração, no uso da discricionariedade, agir *contra legem*, como defendeu John Locke:

Quando os poderes legislativo e executivo se encontram em mãos distintas (assim como em todas as monarquias moderadas e governos bem estruturados), o bem da

²⁹ “Se ha dicho del poder discrecional [...] que es el verdadero caballo de Troya en el seno del Derecho Administrativo de un Estado de Derecho” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1962, p. 167).

sociedade exige que várias coisas fiquem a cargo do discernimento daquele que detêm o poder executivo. Como os legisladores são incapazes de prever e prover leis para tudo o que pode ser útil à comunidade, o executor das leis, possuindo o poder em suas mãos, tem pela lei comum da natureza o direito de utilizá-lo para o bem da sociedade em casos em que a lei civil nada prescreve, até que o legislativo possa convenientemente se reunir para preencher esta lacuna. Há muitas coisas em que a lei não tem meios de desempenhar um papel útil; é preciso então necessariamente deixá-las a cargo do bom-senso daquele que detêm nas mãos o poder executivo, para que ele as regule segundo o exigirem o bem público e suas vantagens. Mais que isso, convém às vezes que as próprias leis se retraiam diante do poder executivo, ou antes, diante da lei fundamental da natureza e do governo, ou seja, que tanto quanto possível todos os membros da sociedade devem ser preservados. [...] Este poder de agir discricionariamente em vista do bem público na ausência de um dispositivo legal, e às vezes mesmo contra ele, é o que se chama de prerrogativa (LOCKE, 2006, p. 79).

Por isso, a Administração Pública do Estado Social (Estado-providência/Estado de bem-estar/Estado-segurança/Estado-preventivo), foi marcada por uma base financeira e científico-tecnológica que na persecução das suas tarefas se mostrou incompatível com o modelo de legalidade do Estado Liberal. A lei foi sacrificada por um mínimo de segurança jurídica.

A imperfeição e a incompletude das normas foram a salvação encontrada para que as leis escapassem de vigência efêmera em matéria de bem-estar e de prevenção de riscos. Segundo Paulo Otero, essa pressão levou o Parlamento a utilizar

[...] conceitos jurídicos indeterminados, o recurso a enumerações exemplificativas e a fuga para as cláusulas gerais, remetendo para o aplicador administrativo ou jurisdicional a concretização do Direito, tal como o estabelecimento de meros critérios materiais de ponderação de futuras decisões administrativas através da fixação de fins e objetivos de acção, senão mesmo a crescente formulação de normas conferindo poderes discricionários aos órgãos administrativos, tornam-se inevitabilidades que, além de reforçarem a função constitutiva da Administração na realidade da juridicidade, geram uma progressiva indeterminação do direito (OTERO, 2009, p. 159).

A massa de cidadãos “sem rosto”, com feição única do Estado Liberal, em que bastaria a aplicação automática da norma jurídica para suprir-lhe as demandas, foi substituída por multivariadas e diversificadas demandas exigidas no Estado Social, o que reclamou por uma discricionariade sem limites (ROCHA, 2004, p. 116).

Assim, a discricionariade administrativa representou um movimento contraditório do seu ideal inicial, criada com submissão integral à lei, porém se apresentou como uma verdadeira insubmissão a essa e instrumento de manifestação do desejo do Administrador (BINENBJOM, 2008, p. 19).

Os excessos do Estado Social impuseram uma limitação à discricionariade, ao ponto de ser tida como sinônimo de vinculação e passível de extenso controle jurisdicional, o

que provocou com o tempo o que foi chamado de temor do ‘governo dos juizes’” (MORAES, 2009, p. 30).

No Estado Democrático de Direito a discricionariedade não pode ser tida como imune ao controle jurisdicional como no Estado Liberal e exacerbada no Estado Social. Os contornos da discricionariedade estão adstritos à juridicidade, sob pena de padecerem de vício de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

A vinculação da discricionariedade à legalidade foi substituída pela sua vinculação e observância à Constituição, da lei e dos princípios (MEDAUAR, 2003, P. 198-193). Assim, não cabe atualmente mais falar em dicotomia entre atos vinculados e discricionários e, sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.

Paulo Otero fala que a reserva vertical de lei foi substituída pela reserva vertical de Constituição, sendo esta o fundamento da atuação da Administração, como norma direta e imediatamente habilitadora de competência, e como critério imediato de decisão administrativa (OTERO, 2003, p. 733).

Dessa forma, a discricionariedade deixa de ser vista como liberdade decisória ou campo imune a sindicabilidade, e passa responder maior ou menor grau de controle judicial dos seus atos (BINENBJOM, 2008, p. 208).

As escolhas administrativas devem observar sempre critérios de conveniência e oportunidade, e, acima de tudo, essas escolhas devem estar atreladas, insculpidas e calcadas na juridicidade.

A juridicidade fez também com que se repensasse o controle jurisdicional da atuação administrativa fulcrado em aspectos meramente formais da legalidade, uma vez que o controle de alguns elementos do ato administrativo (competência e forma) era insuficiente para coibir os abusos perpetrados pela burocracia.

Era preciso ir além. Andreas Krell leciona que

[...] a referida subdivisão do ato administrativo em seus elementos, na verdade, tem contribuído pouco para uma mais acurada análise da abrangência do controle da discricionariedade, sendo ela talvez até responsável pela generalizada e indevida simplificação (ato vinculado x ato discricionário) do fenômeno da liberdade de decisão do Poder Executivo (KRELL, 2013, p. 26).

Com efeito, apesar de o cotejo entre a discricionariedade administrativa e a finalidade da lei ter possibilitado a ampliação do exame jurisdicional dos atos administrativos, verificou-se que não era suficiente para coibir abusos, que continuavam a manifestar-se diante da mencionada barreira ao controle jurisdicional exercida pela noção de mérito do ato

(BINENBJOM, 2008, p. 205). Sendo que o mérito do ato administrativo se tornou “[...] a palavra mágica que detém o controle do Poder Judiciário sobre os atos da Administração” (KRELL, 2013, p. 26).

No entanto, os princípios no Estado Democrático de Direito aumentaram a margem de vinculação dos atos discricionários à juridicidade ao ponto de afastar a ideia de dissecação do ato administrativo em cinco elementos, que são eles: a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto (KRELL, 2013, p. 27).

Essa nova concepção de discricionariedade vinculada à ordem jurídica como um todo, trouxe a percepção de que não há diferença de natureza entre o "ato administrativo vinculado" e o "ato administrativo discricionário" sendo a diferença o grau de vinculação desses à juridicidade (BINENBJOM, 2008, p. 208).

Diante dessa releitura operada pela juridicidade, Germana de Oliveira Moraes afirma que a discricionariedade pode ser considerada como

[...] a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que possa proceder à concretização do interesse público indicado no caso concreto, para, à luz dos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de Direito e dos critérios extrajurídicos de conveniência e de oportunidade: 1 °) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2°) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3°) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4°) colmatar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta não pré-fixada, porém aceita pelo Direito (MORAES, 2004, p. 179-180).

Juarez de Freitas busca implementar uma diferenciação entre vinculação e discricionariedade, e leciona que

A distinção sutil entre atos vinculados e discricionários cinge-se à intensidade da vinculação à determinação normativa prévia, não tanto ao grau de liberdade na apreciação, muito menos às exigências de justificação. No caso dos atos discricionários, o bom administrador público emite juízos decisórios de valor (no campo da escolha de consequências e na determinação dos conceitos normativos, presentes na hipótese de incidência), no encaixe presumível a conferir máxima concretização à coexistência exitosa dos valores projetados pelo sistema. Já na prática dos atos vinculados (impossível a vinculação inteira e maciça) o bom administrador emite o mínimo de juízo necessário à determinação do conteúdo do comando legal à subordinação principiológica completa para além do princípio da legalidade (FREITAS, 2007, p. 33-34).

Para o autor a boa administração pública é considerada como direito fundamental do cidadão. Por isso, haveria aprofundamento da sindicabilidade jurisdicional da discricionariedade uma vez que a juridicidade rechaça todo autoritarismo das escolhas administrativas não fundamentáveis. O mérito (juízos de conveniência e oportunidade) não seria diretamente controlável, “mas o demérito ou a antijuridicidade o serão inescapavelmente. Mais que nunca, a discricionariedade legítima supõe o aprofundamento da

sindicabilidade voltada à afirmação dos direitos fundamentais, notadamente do direito fundamental à boa administração pública” (FREITAS, 2007, p 45-46).

O tema sobre a possibilidade e a extensão do controle jurisdicional dos atos administrativos será enfrentado adiante no trabalho.

Uma vez apreendida a concepção da discricionariedade no Estado Democrático de Direito, cabe agora entender como se relaciona a discricionariedade administrativa com as teorias dos conceitos jurídicos indeterminados.

3.3 A discricionariedade administrativa e as teoria dos conceitos jurídicos indeterminados

A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo tem como ponto importante de sua gênese na modernidade a controvérsia que surgiu entre os austríacos Edmund Bernatizik e Friedrich Tezner, em meados do século XIX.

Quanto aos conceitos determinados havia uma aderência quase absoluta ao conceber que somente os conceitos numéricos, os conceitos de medida (litro, metro, etc.) e os conceitos de valores econômicos (Real, Euro, etc.) poderiam ser tidos como determinados (MORAES, 2009, p. 57).

Já os conceitos indeterminados (abertos, fluidos, elásticos, cláusulas gerais, dentre outros) necessitavam de um exercício de cognição e volição para sua interpretação e aplicação.

Para Bernatizik, a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados não se daria por meio de um puro silogismo, que só poderia se concretizar como resultado de um complexo processo em cadeia, criando assim um problema aparentemente inultrapassável para época. O problema foi resolvido de forma simplória ao considerar que a presença dos conceitos jurídicos indeterminados atribuem discricionariedade à autoridade administrativa. Por isso, o manejo dos conceitos jurídicos indeterminados seriam impermeáveis frente a qualquer tipo de controle judicial (SOUSA, 1994, p. 35).

Já Tezner defendia que os conceitos jurídicos indeterminados eram inimigos do Estado de Direito e essa técnica legislativa deveria ser abandonada, uma vez que a indeterminação residia na palavra com certa graduação de insegurança. Assim, quando os conceitos jurídicos indeterminados são postos em ligação com fatos reais, podem admitir cadeias de pensamentos altamente complexas e diversas, conferindo ao administrador ampla

escolha ao interpretá-los. Essa liberdade interpretativa/volitiva poderia resultar em atos que violariam direitos subjetivos dos cidadãos (SOUSA, 1994, p. 35).

Nesse raciocínio, Tezner partiu do ponto de que a lei limitava as esferas de liberdade dos cidadãos, o que por outro lado determinava também os limites do poder público. Por isso, quando o legislador utilizava conceitos indeterminados (tais como “segurança”, “interesse público”, “tranquilidade”, dentre outros) o controle judicial deveria se dar em grau mais forte para garantir questões que envolvessem direitos subjetivos dos cidadãos, a fim de tutela-los frente às intromissões arbitrárias da Administração (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 47).

Lecionava, ainda Tezner, que a aplicação de conceitos imprecisos pelo legislador não conferia discricionariedade ao administrador, ao contrário, somente o juiz com sua imparcialidade e seus conhecimentos técnicos seria capaz de encontrar a resposta adequada em cada caso concreto (DI PIETRO, 2007, p. 101).

Se para Bernatizik a questão que envolvesse os conceitos jurídicos indeterminados era uma atribuição de discricionariedade à Administração, já para Tezner a temática se dava exclusivamente à interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Das correntes doutrinárias formuladas por Bernatizik e Tezner surgiram duas teorias: a teoria da multivalência, com fundamento na doutrina de Bernatizik, que defende haver várias decisões corretas (discricionariedade) na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, não cabendo qualquer controle judicial da atividade Administrativa quando do manejo de tais conceitos. Por outro lado, a teoria da univocidade³⁰, com raízes em Tezner, enfatiza que há uma única solução correta decorrente da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados quando postos em contato com fatos reais (poder vinculado), sendo, assim, passível o controle judicial pleno (SOUSA, 1994, p. 36).

Percebe-se que a questão de controvérsia³¹ entre a discricionariedade e a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, como decorrência das doutrinas formuladas, se dá sobre a incidência do controle jurisdicional dos atos praticados pela

³⁰ A teoria da univocidade era conhecida também como dualismo: discricionariedade não controlável contenciosamente e conceitos jurídicos indeterminados subordinados ao controle judicial pleno (SOUSA, 1994, p. 45).

³¹ O português Antônio Francisco de Sousa (2004, p. 31) chama de *questio diabolica* (questão diabólica) a controvérsia instalada no âmbito Administrativo em razão das teorias da multivalência e da univocidade.

Administração Pública advindos dos respectivos institutos. Se haveria ou não sindicabilidade judicial quando da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Ainda, para os adeptos da teoria das multivalência e da univocidade as normas jurídicas se dividem em duas partes: a hipótese da norma (também chamada de fato-tipo, previsão da norma - *Tatbestand*) onde estariam descritos por meio de conceitos linguísticos os fatos que devem ocorrer para que a lei incida; e o mandamento da norma (também chamado de estatuição - *Rechtsfolge*) em que se definem as consequências jurídicas que incidem caso os fatos descritos na hipótese ocorram (KRELL, 2013, p. 29).

A teoria da univocidade adere ao comando da previsão da norma, e tem que os conceitos indeterminados são conceitos jurídicos e, por isso, pertencem ao âmbito da vinculação legal sem qualquer espaço pertencente exclusivamente à Administração (SOUSA, 1994, p. 37).

O Administrador deveria considerar a opinião média da sociedade (homem médio) como critério geral para interpretação e aplicação de tais conceitos. Por isso, quanto mais perfeita fosse a interpretação menor seria a zona residual da discricionariedade, e, “no seu controle, os tribunais devem ir tão longe quanto as diretivas legais a seus olhos o permitam” (SOUSA, 1994, p. 38).

Já a teoria da multivalência conjectura que a indeterminação se manifesta no mandamento (estatuição) da norma ao conceber que a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados admite inúmeras decisões corretas. Defende ainda que a Administração não seria mera aplicadora da lei, como o é o Judiciário. O legislador habilitaria ao Administrador a complementar ou aperfeiçoar no ato da aplicação uma hipótese normativa incompleta ou aberta (fluída) (KRELL, 2013, p. 41), no que parece, em atividade explicitamente criativa.

A Administração teria grande autonomia comparável a autonomia normativa do Judiciário o que caracterizaria a discricionariedade Administrativa. Logo, as escolhas subjetivas do Administrador seriam imunes a qualquer sindicância judicial (SOUSA, 2004, p. 42).

Verifica-se que a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados operados com a divisão das normas em duas partes oscila claramente entre a posição positivista e mecanicista da interpretação a partir da previsão da norma, e a posição solipsista da filosofia da consciente da interpretação a partir da estatuição da norma, ao conferir autorização ao administrador para uma interpretação autônoma e subjetiva pensante para complementação da vagueza conceitual.

A teoria da multivalência (que confere discricionariedade ao Administrador) dominou o entendimento e a jurisprudência do Supremo Tribunal Austríaco e a Corte Alemã nas primeiras décadas do Século XX (SOUSA, 1994, p. 35).

Essa concepção desenvolvida antes de 1933 conformou o judiciário alemão diante das exigências do sistema nazista pela aplicação de fórmulas ligadas à comunidade e ao bem-estar comum, que reclamava até mesmo a desconsideração de dispositivos jurídicos para instalação de realidades comunitárias superiores, que no Estado Nacional Socialista, desapareceriam os conflitos entre os grupos e os antagonismos de interesses sociais (MAUS, 2010, p. 32).

Em 19 de março de 1933 Hitler enviou uma declaração à direção da Associação dos Juízes alemães e enfatizou que depositava no judiciário sua total confiança para criação de um sistema axiológico unitário por parte do Nacional-Socialismo com o fim de acabar com as concorrências de sistemas axiológicos presentes na Alemanha (MAUS, 2010, p. 32).

Essa busca do direito aplicável construiu no sistema nazista uma neutralidade axiológica baseada em um atitude fundamental nacional-liberal-conservadora utilizando, para isso, cláusulas gerais (conceitos indeterminados) como “bons costumes”, “pensamento de forma justa”, “sentimento nacional sadio”, “verdadeiro”, “unidade”, ao ponto de se afirmar, nesse contexto histórico, que o juiz seria porta-voz do sentimento nacional e deveria “ensinar a um povo ‘doente’ um sentimento ‘sadio’ – é justamente nisso que consiste sua função de superego” (MAUS, 2010, p. 33).

Assim, após a experiência do regime nazista, erradicou-se o controle jurisdicional em várias áreas da Administração Pública alemã. A promulgação da Lei Fundamental de Bonn e o reforço do princípio da reserva legal aliado a garantia constitucional da plena proteção judicial contribuíram para afastar e destituir a ideia de discricionariedade na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados. Ademais, a desconfiança em relação à administração e a confiança sólida no judiciário³² fez com que a esperança da República Alemã admitisse a plena viabilidade da “decifração das decisões administrativas pelos tribunais através dos meios modernos de hermenêutica” (KRELL, 2013, p. 30).

Dessa forma, após a Segunda Guerra Mundial houve na Alemanha uma adesão quase em reservas à teoria da univocidade, com o renascimento de discussões teórico-jurídicas com binômios de critérios fático/normativo, determinável/indeterminável, núcleo do

³² Para melhor compreensão ver: MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade: a jurisdição na “Sociedade Órfã de Pai”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 15-40.

conceito/auréola do conceito, cognitivo/volitivo em que os conceitos jurídicos apenas necessitavam de interpretação, sendo assim totalmente passivos de controle jurisdicional (SOUSA, 1994, p. 46).

Segundo Francisco Antônio Sousa vigorou na jurisprudência o entendimento de que

[...] todos os conceitos indeterminados são conceitos jurídicos e, por conseguinte, a discricionariedade administrativa só pode ser entendida como <<discricionariedade de actuação>> (*Handlungsermessen*), ou seja, como discricionariedade volitiva (*volitives, Ermessen ou Auswahlermessen*) e não também como discricionariedade em relação aos factos, melhor, em relação à contagem dos factos (*Tatbestandsermessen*) ou discricionariedade de cognição (*Kognitives Ermessen*) (SOUSA, 2004, p. 46).

Como visto, no pós-guerra a forma encontrada pelos teóricos alemães para implementar uma diferenciação no manejo dos conceitos jurídicos indeterminados e da discricionariedade administrativa foi esta: na interpretação/aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados a Administração Pública realiza um ato de cognição no exercício hermenêutico para interpretação de tais conceitos. Já na discricionariedade administrativa a atividade Administrativa é volitiva na escolha das opções dispostas pela legalidade.

Contudo, a teoria da univocidade foi mitigada paulatinamente na jurisprudência do Tribunal alemão com o advento da teoria da margem apreciação³³ de Otto Bachof ao defender que existiam certos conceitos jurídicos indeterminados (suscitou conceitos de valor, conceito de experiência ou conceitos mistos, mas não especificou quais apontariam a margem de livre apreciação) que atribuíam à Administração um espaço de atuação livre relativamente à valoração dos pressupostos de sua conduta. Com isso, a teoria da multivalência passou a conviver com a teoria da univocidade (SOUSA, 1994, p. 48).

Aponta Andreas Krell (2013, p. 35) que atualmente na Alemanha cresceu consideravelmente o número de teóricos que repudiam a ideia de haver uma distinção rígida entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados ao reconhecerem que existe uma competência discricionária da Administração no âmbito dos conceitos legais indeterminados. No entanto, o Tribunal Federal Administrativo (BVerwG) e os teóricos clássicos ainda mantêm a concepção tradicional (univocidade e multivalência).

Na década de 50, ainda na Alemanha, a diferenciação entre discricionariedade e valoração dos conceitos jurídicos indeterminados se dava por implementação da diferenciação

³³ Para se entender as nunces dialéticas da teoria da margem de apreciação de Banchof ver em: SOUSA, Antônio Francisco. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 46-63.

da atividade cognitiva e da atividade volitiva. Na atividade cognitiva (valoração) se situava na hipótese da interpretação da norma legal, por isso passível de pleno controle judicial. Já a atividade volitiva se manifestava quando a norma legal possibilitava a Administração a escolha dentre duas ou mais possibilidades, todas advindas da legalidade (KRELL, 2013, p. 35).

No entanto, esse entendimento também foi superado vez que a atividade cognitiva (compreender/interpretar) e a atividade volitiva (escolher) estão ambas inseparavelmente entrelaçadas, tanto na manifestação do ato administrativo quanto na sentença judicial (KRELL, 2013, p. 60).

Já no direito Espanhol a teoria proposta por García de Enterría na implementação de diferenciação entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados exerce grande influência no Direito Administrativo Brasileiro.

A problematização impingida por Garcia de Enterría sobre os conceitos jurídicos indeterminados iniciaram quando publicou o artigo com título *La lucha contra las inmunidades del poder em el derecho administrativo* (GARCÍA ENTERRÍA, 1962).

Para García de Enterría a Administração Pública está vinculada à lei devendo atuar nos trilhos estreitos da legalidade. E nesse sentido, não haveria identidade (igualdade) entre discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados, pois a Administração não teria liberdade de opção na interpretação decorrente de uma compreensão da realidade, no qual não infere nenhuma decisão de vontade do aplicador da lei. Sendo assim uma única solução perante a lei. A tarefa do juiz é ilimitada quanto à indagação de aplicação dos conceitos, porque ainda aqui, estaria dentro da função aplicativa e aplicativa da lei a cargo do judiciário (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2011, p. 76).

Com isso, claramente se vê que a teoria adotada e assimilada por García de Enterría é a teoria da univocidade com admissão do controle judicial pleno dos conceitos jurídicos.

Cabe nesse ponto do trabalho verificar como as teorias dos conceitos jurídicos indeterminados são assimilados pelo Direito Brasileiro.

3.3.1 A recepção da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo Brasileiro

Dentre os teóricos brasileiros há um uso quase geral da metáfora alemã referente a lâmpada de leitura para ilustrar onde situariam e o que seriam conceitos indeterminados.

Concebem que entre o foco de luz e a escuridão de uma lâmpada de leitura há uma zona cinzenta, representando um espaço indeterminado entre o núcleo e o halo conceitual de um termo (NOHARA, 2006, p. 161).

Ao analisar a estrutura dos conceitos haveria uma zona nuclear fixa (núcleo) e uma zona periférica (halo), onde o núcleo é chamado de zona de certeza jurídica e o halo a imprecisão do conceito. Dessa forma, quando há noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito se está no núcleo conceitual, e no halo do conceito as dúvidas começam (MIHALIUC, 2004, p. 63).

Nesse sentido, Germana de Oliveira Moraes ensina que os conceitos jurídicos indeterminados revelam

[...] uma zona nuclear ou fixa (núcleo) e uma zona periferia ou orla (halo). Representa-se o conceito como um ponto de luz intenso que ilumina os objetos a que se refere com maior ou menor intensidade; rodeado de um halo de cores pálidas, além das quais reina a obscuridade (MORAES, 2009, p. 58).

Sempre que se tem uma noção clara do conceito que está no núcleo teria os conceitos jurídicos determinados. De outro lado, quando as dúvidas começam configura-se o halo, a zona de penumbra, e aí se manifestariam os conceitos jurídicos indeterminados.

No entanto, as divergências entre os teóricos brasileiros, assim como se deu também nos países europeus, se revelam sinteticamente em duas vertentes de pensamentos.

A primeira vertente entende que na manifestação dos conceitos jurídicos indeterminados o administrador deve realizar um exercício hermenêutico para que se busque com a interpretação (cognição) extrair o sentido que seja hábil para determinar sua aplicação. Por isso haveria um sentido único da norma (vinculação) que diante dos fatos concretos desapareceria todas as incertezas.

Já a segunda vertente defende que a presença dos conceitos jurídicos indeterminados confere ao administrador escolha (volição, logo uma identidade com a discricionariedade) quando concedidas soluções alternativas decorrentes de qualquer palavra imprecisa da lei (discrição mais ampla) ou de conceitos indeterminados denominados de “conceitos de valor”, que dependem de uma escolha valorativa da Administração diante das opções reveladas nas situações de fato - casos concretos ou quando decorrentes de um juízo de prognose (discrição menos ampla).

A compreensão que oscila entre os atos de cognição (interpretação) e volição (identidade com a discricionariedade) influencia diretamente o entendimento da Administração Pública e das cortes brasileiras sobre a possibilidade e extensão do controle

jurisdicional quando há interpretação ou escolhas dispostas nas normas que contém conceitos jurídicos indeterminados.

Eros Grau, que se alia à primeira vertente, admite que os conceitos jurídicos indeterminados exigem interpretação (cognição) do administrador e não uma escolha (discricionariedade), pois os “preenchimentos dos ‘conceitos indeterminados’ (vale dizer, das noções) opera-se no campo da *interpretação*, não do campo da discricionariedade; importa a formulação de *juízo de legalidade*, não de *juízo de oportunidade*” (GRAU, 2008, p. 213-214).

Em inúmeros julgamentos do STF Eros Grau reafirmou sua concepção volitiva do manejo dos conceitos jurídicos indeterminados e registrou que

[...] comete erro quem confunde discricionariedade e interpretação do direito. Insisto em que a discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas (BRASIL, 2005, p. 64).

Por outro lado, Di Pietro (1988, p. 83-92) e Dinorá Grotti (1999, p. 112) aceitam que o legislador conferiu liberdade à Administração ao dispor nas leis o que chamam de “conceito de valor”, devendo o administrador atuar com suas escolhas subjetivas no “caso concreto” segundo os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Regina Helena Costa, após classificar os conceitos jurídicos indeterminados em conceitos de experiência e conceitos de valor, chega até mesmo implementar uma diferenciação das atividades cognitivas e volitivas ao registrar que

Por certo que tanto a interpretação quanto a valoração envolvem uma apreciação do agente. O que as distingue, essencialmente, são os critérios que utilizam para proceder a essa apreciação: aquela emprega critérios objetivos, externos, anteriores à apreciação que se realiza; esta, se vale de critérios subjetivos, próprios do agente, que diante da situação fática que lhe é posta deve decidir qual a melhor alternativa para o caso concreto (COSTA, 1989, p. 50).

No entanto, admite que em seguida do exercício interpretativo (cognitivo) cabe discricção (volição) em relação aos conceitos de valor, ou quando após a interpretação persistir a penumbra (incerteza) conceitual (COSTA, 1989, p. 47-50).

Germana de Oliveira Moraes admite que a discricionariedade da Administração se manifesta somente nos conceitos jurídicos indeterminados que denominou de conceitos de prognose.

O juízo de prognose seria “um raciocínio através do qual se avalia a capacidade para uma atividade futura, se imagina a evolução futura de um processo social ou se sopesa a periculosidade de uma situação futura”. Conclui a autora que nos conceitos de prognose há

um “juízo de estimativa sobre a atuação futura de uma pessoa (baseado na valoração de suas qualidades presentes); sobre a utilidade de uma coisa ou sobre o futuro desenrolar de um processo social” (MORAES, 2009, p. 168).

Vê-se que para Di Pietro, Dinorá Grotti, Germana de Oliveira Moraes e Regina Helena Costa há discricionariedade menos ampla ao Administrador quando se manifestam na norma certas classificações (conceitos de valor ou de prognose) dos conceitos jurídicos indeterminados.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 19) defende que há uma esfera discricionária que pode se manifestar quando os conceitos jurídicos indeterminados se apresentam na hipótese, no comando ou na finalidade da norma, autorizando o administrador escolher quando, como e de que forma o ato será praticado.

Florivaldo Dutra de Araújo também entende que há liberdade conferida ao administrador pela lei que após interpretação (cognição) das opções juridicamente mais perfeitas seja feita uma escolha (volição – liberdade de eleição) dentro dos parâmetros de opções prefixadas pela interpretação (ARAÚJO, 2005, p. 85).

O autor exemplifica a manifestação discricionária em conceitos que são admitidos como clássicos dentre os conceitos jurídicos indeterminados, tais como “ílibada reputação e notório saber jurídico” e “obedecidos os princípios e normas gerais”, quando atrelados a escolha para certo cargo de alguma pessoa que ocupe a lista tríplice ou quando a lei de licitação da Administração Direita determina que se elaborem regulamentos licitatórios para os entes da Administração Indireta, respectivamente (ARAÚJO, 2005, p. 86).

Percebe-se que para Bandeira de Mello e para Florivaldo Dutra de Araújo há ampla discricionariedade para o administrador quando na norma se apresentam conceitos jurídicos indeterminados.

Segundo esse entendimento, não faz sentido implementar qualquer diferenciação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa ao utilizar o critério binário cognição/volição, pois para aplicar (volição dentre opções válidas) a lei, anteriormente teria que interpretar (intelecção).

Para os adeptos dessa posição, justifica-se a distinção entre interpretação e escolha com o seguinte argumento: a discricionariedade trilha o mesmo caminho da interpretação. A diferença é que concluída a interpretação e se ainda permanecer dúvida acerca da melhor intelecção adotada (várias interpretações possíveis), inicia-se o espaço da discricionariedade para adotar e aplicar a melhor intelecção.

Assim, a discricionariedade vai além da interpretação por ser mais específica que a atividade interpretativa, pois busca a solução ótima para o caso concreto. Caso a Administração permaneça dentro dos limites fixados pela interpretação, a sua escolha, utilizando-se dos critérios de conveniência e oportunidade, é insindicável pelo poder judiciário (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 193).

Teóricos contemporâneos como Gustavo Binbenojm (2008) e Andreas Krell (2013) admitem haver distinção entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade Administrativa, porém rechaçam a ideia de que há distinção entre atos de volição e atos de cognição, pois para escolher a melhor alternativa (volição) antes tem que interpretar (cognição) o comando normativo (BINENBOJM, 2008, p. 220).

Aponta Andreas Krell (2013, p. 43) que grande parte dos teóricos brasileiros não querem fazer qualquer distinção de discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, o que parece extremamente difícil, pois se torna complicado não adotar critérios para definir onde termina o trabalho de interpretação e começa a discricionariedade do aplicador do Direito.

Nesse processo de cognição o administrador deve adequadamente motivar, justificar e fundamentar a escolha de tal forma a ficar sustentável. Assim, a sustentabilidade da escolha pode ser sindacada pelo Judiciário (KRELL, 2013, p. 61).

Quanto a estrutura da norma, para Bandeira de Mello as causas determinantes da discricionariedade estão no conteúdo do ato, seja por “força da imprecisão do pressuposto, por força da liberdade no comando ou por força da imprecisão da finalidade – não importa – a discricionariedade vai se expressar exatamente naquele ato que foi praticado (MELLO, 2008, p. 21).

Bandeira de Mello chega a formular um conceito de discricionariedade como visto:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente (MELLO, 2012, p. 48).

Ao aduzir que não existe situação unívoca (ou interpretação única), Bandeira de Mello adota claramente, como visto anteriormente, a teoria da multivalência que tem como resultado o afastamento ou mitigação do controle jurisdicional em determinados atos praticados pela Administração quando decorrem de expressões legais vagas e indeterminadas.

No entanto, admite o controle jurisdicional para situações de manifestação aberta da norma para controle de legitimidade do ato, detendo-se apenas e tão somente onde e quando estiver perante opção administrativa entre alternativas igualmente razoáveis, por ser *in concreto* incognoscível a solução perfeita para o atendimento da finalidade “ótima” almejada pela norma (MELLO, 2010, p. 48).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, comunga do entendimento de Bandeira de Mello ao admitir que existe estrita ligação entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa. Diverge, porém, quanto à que elemento do ato administrativo que reside a discricionariedade do administrador.

Enquanto Bandeira de Mello afirma que a discricião reside no conteúdo (objeto) do ato, Di Pietro aponta a sua ocorrência ocorre tanto no conteúdo quanto também no motivo do ato (DI PIETRO, 2003, p. 240).

Ainda em relação à estrutura da norma, há estudos recentes de teóricos contemporâneos que demonstram que os conceitos jurídicos indeterminados que se situariam na previsão da norma (antecedente) e a discricionariedade que estaria na estatuição (consequente) da norma.

Assim leciona José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 76):

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

Levando-se em conta justamente a ausência de *standards* de objetividade tanto na discricionariedade quanto na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, surgem como mecanismos de controle os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pelos quais se poderá evitar excesso de poder e adequação da conduta ao fim a que a norma se destina, como já visto anteriormente. O certo é constatar que a indeterminação dos institutos não pode conduzir à imunidade de controle. Em outras palavras, cabe afirmar que a razoabilidade representa uma barreira de contenção, ou seja, um limite contra condutas irrazoáveis.

No entanto teóricos como Dinorá Grotti (1999), Regina Helena da Costa (1988) e Onaldo Franco Janotti (1982) aderem à opinião de Karl Engisch de que a indeterminação dos conceitos pode se manifestar tanto na hipótese quanto na estatuição da norma jurídica (ENGISCH, 2004, p. 228).

Germana de Oliveira Moraes destaca também há diferença do poder/dever discricionário dos conceitos jurídicos indeterminados em função do método de complemento da previsão da norma de textura aberta.

Na discricionariedade a complementação se faz mediante um juízo comparativo de ponderação valorativa dos interesses concorrentes, à luz dos critérios de aptidão, exigibilidade e proporcionalidade. Já na complementação da norma de textura aberta nos conceitos jurídicos indeterminados, a valoração administrativa envolve um juízo de prognose, que se encerra no critério de aptidão ou adequabilidade. Para Germana de Oliveira Moraes a “[...] valoração de conceitos jurídicos verdadeiramente indeterminados reporta-se a uma decisão isolada (logo, não comparativa) de prognose sobre um elemento da previsão normativa” (MORAES, 2009, p. 71).

Para a autora a margem de liberdade da Administração pode se dar tanto no antecedente quanto no conseqüente da norma, “assumindo tal espaço de autonomia a coloração de discricionariedade, quando resultar da estatuição e da valoração de conceitos tipo, quando derivar da ponderação de situações de fato ligadas à previsão” (MORAES, 2009, p. 73).

Desta feita, leciona Germana de Oliveira Moraes que o exercício da discricionariedade não se confunde com a valoração dos conceitos jurídicos indeterminados, no entanto intercepta-se

[...] com a aplicação de normas enunciadas, através de conceitos jurídicos indeterminados, quando estes são empregados no conseqüente (estatuição de efeitos) da norma jurídica, para expressar uma indeterminação de feitos. Tem-se como exemplo clássico: diante de situações perturbadoras do interesse público, a administração poderá adotar medidas necessárias. O efeito previsto é enunciado de forma vaga, através da expressão “medidas necessárias” (MORAES, 2009, p. 73).

Por isso, segundo a autora, a discricionariedade diferencia-se também da valoração dos conceitos jurídicos indeterminados pelo método de complementação.

A diferença entre a margem de livre apreciação (conceitos jurídicos indeterminados) e discricionariedade reside apenas na circunstância de a primeira envolver juízo autônomo de prognose somente subordinado ao critério de aptidão, ao passo que a discricionariedade envolve ponderação autônoma dos interesses em conflito à luz de critérios de aptidão, indispensabilidade e equilíbrio ou razoabilidade. Os limites internos e externos da legalidade põem-se de igual modo para as duas figuras, cujos vícios podem ser os mesmos (MORAES, 2009, p. 73).

Há pelo menos duas décadas tem crescido o número de autores germânicos que não admitem mais a distinção rígida entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade e estabeleceram teorias situadas a meio caminho entre a discricionariedade e a vinculação plena (teorias híbridas) (KRELL, 2013, p. 35).

O estudioso deve sempre ser cauteloso e considerar que a importação de teorias estrangeiras, que são por vezes entronizadas e usadas pela comunidade jurídica brasileira, chegam em solo pátrio com sentido e espírito diversos ou até mesmo inversos daqueles que

tenham em seus contextos originais, e às vezes ultrapassadas, como adverte Gustavo Binenbojm (2008, p. 216).

Com a sucinta análise pode-se extrair que dentre os teóricos brasileiros³⁴ há aqueles que aderem a teoria da multivalência e a identidade entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa, por isso concebem a possibilidade de várias decisões corretas (discricionariedade) na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, não cabendo qualquer controle judicial, ou, em alguns casos, um controle mitigado (enfraquecido) da atividade Administrativa quando do manejo de tais conceitos.

Por outro lado, há teóricos no Brasil³⁵ que aderem, mesmo que de forma diferenciada e mitigada, a teoria da univocidade ao enfatizar que há uma única solução correta decorrente da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados quando postos em contato com fatos reais, sendo, assim, possível o controle judicial pleno ou parcial, quando em determinados casos, há conceitos indeterminados que não sejam os denominados “conceitos de valor” ou “conceitos de prognose”, por exemplo.

Percebe-se assim que há no Brasil uma assimilação confusa das teorias germânicas e espanholas em relação a univocidade e multivalência, como também à possibilidade (ou não) e profundidade do controle jurisdicional dos atos administrativos decorrentes de normas que se manifestam a presença de conceitos jurídicos indeterminados.

Após o enfrentamento da revisão teórica-filosófica proposta como objetivos específicos da pesquisa, no capítulo seguinte o trabalho passará a levantar e interpretar dados de jurisprudências e julgados extraídos dos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, com o fito de analisar como os Tribunais Superiores concebem a possibilidade (ou não) e a extensão do controle jurisdicional da interpretação administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados.

Com isso, poderá aferir se o controle jurisdicional da interpretação administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados possibilita a abertura da interpretação à comunidade jurídica legitimada (cidadãos) por meio do processo e do exercício da hermenêutica

³⁴ Ver Celso Antônio Bandeira de Mello (2010), Florivaldo Dutra de Araújo (2005) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003).

³⁵ Ver Germana de Oliveira Moraes (1999), Gustavo Binenbojm (2008) e Adreas Krell (2013, p. 106), Dinorá Grotti (1999), Regina Helena da Costa (1988), Onaldo Franco Janotti (1982), Juarez de Freitas (2007, p. 45) e Juarez de Freitas (2014).

isomênica, isso para além da decisão que deriva da consciência solitária do decisor, com o fito de oportunizar decisões jurídicas legítimas e democráticas, sem representar, para isso, afronta ao princípio da separação dos poderes.

Ao final do capítulo o trabalho conjecturará, de forma propositiva, sobre as contribuições que o processo, segundo a teoria Neoinstitucionalista, pode ofertar para a construção legítima e democrática de provimentos (leis, sentenças ou atos administrativos), que atendam às exigências e reclames do Estado Democrático de Direito.

3.4 Os parâmetros adotados pelos Tribunais Superiores na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados

A partir de agora o trabalho passa a analisar como as Cortes Superiores brasileiras têm enfrentado a problemática do controle jurisdicional de normas que veiculam conceitos jurídicos indeterminados e como se dá sua relação com a discricionariedade administrativa e, conseqüentemente, a intensidade do controle jurisdicional dessas espécies de atos administrativos.

Rememorando o que foi visto no capítulo anterior, há a teoria da multivalência que admite a identidade entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa, por isso concebem a possibilidade de várias decisões corretas (discricionariedade) na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, não cabendo qualquer controle judicial, ou, em alguns casos, um controle mitigado (enfraquecido) da atividade Administrativa quando do manejo de tais conceitos.

Por outro lado, a teoria da univocidade enfatiza haver uma única solução correta decorrente da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados quando postos em contato com fatos reais, sendo, assim, possível o controle jurisdicional pleno ou parcial.

Esclarece-se também que os autores³⁶ revisados pelo trabalho também fizeram análise de decisões judiciais que teve como objeto o controle judicial da interpretação

³⁶ Os autores revisados pelo trabalho no que se refere aos levantamentos jurisprudenciais e seus respectivos comentários foram: BINENBJOM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 341; CANÇADO, Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier. *Os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, 192 p.; COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. *O emprego do princípio da razoabilidade no controle jurisdicional dos atos administrativos: possibilidades, limites e riscos*. 2010, 335 p. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010; CONCEIÇÃO, Marcia Dominguez Nigro. *Conceitos indeterminados na Constituição: requisitos da relevância e urgência* (art. 62 da C.F.). São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto

administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados, o que também colaborou para as conclusões alcançadas nesta pesquisa.

Em julgados da década de 90 o STF se posicionou no sentido de conferir à Administração Pública a possibilidade de emitir juízos de conveniência e oportunidade quando a aplicação da lei, nos casos apreciados, se deparava com a necessidade de interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados. Havia a ideia de identidade entre conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa, o que gerava óbice e impossibilitava o controle jurisdicional do ato administrativo, sob a alegação de infringência ao princípio da separação dos poderes (FERRAZ, 2013, p. 94).

Como exemplo desse quadro, tem-se o acórdão do Recurso Ordinário de Mandado de Segurança n. 20.795-5/RJ, que teve como objeto do Mandado de Segurança impugnação em face de interpretação administrativa do conceito “conveniência do serviço” em que advogada de Ofício Substituta do Tribunal de Justiça Militar, lotada junto à Auditoria da 4ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM) (com sede em Juiz de Fora/MG) teve indeferido o pedido de transferência para a 2ª Auditoria da 1ª C.J.M, com sede no Rio de Janeiro.

Foi consignado na fundamentação que a mera interpretação da lei, por si só, se mostrava suficiente para conferir discricionariedade ao administrador. No voto do Ministro Sepúlveda Pertence foi consignado que:

Resta, assim, o Estatuto dos Funcionários. E nele, estou em que o atendimento ao pedido de remoção subordina-se, sim a juízo discricionário sobre a conveniência e a oportunidade do deslocamento. Nesse sentido, o acórdão recorrido refere o art. 18, I, do D. 53.481/64, o qual, regulamentando o art. 56 do Estatuto explicita que a remoção a pedido "far-se-á [...] atendida a conveniência do serviço". [...] Correto, o ensinamento de André Gonçalves Pereira, invocando no memorial do jovem e talentoso patrono da recorrente, de que "o poder discricionário não resulte da ausência de regulamentação legal de dada matéria, mas sim de uma forma possível de sua regulamentação: através da concessão de um poder, ou seja, do estabelecimento por lei de uma competência, cuja suscetibilidade de produzir efeitos

Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, 132 p.; COSTA, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Justitia, São Paulo, v. 51, n. 145, p. 34-54, jan./mar. 1989; DIAS, Maria Tereza Fonseca; MENDONÇA, Luiza Teodoro de. O controle judicial do “relevante valor cultural” de bens tombados na jurisprudência mineira: a discricionariedade administrativa e a proteção do patrimônio cultural. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 10, n. 1, jan./jun., 2015, p. 239-274.; FERRAZ, Leonardo de Araújo. *O administrativismo do século XXI: por uma visão renovada dos conceitos jurídicos indeterminados*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2013, 250 p.; FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 2011 p.; GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 366 p.; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 24, p. 61-115, dez./mar. 1998/1999.; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, 110 p.; MIHALIUC, Katherinne de Macêdo Maciel. *Discricionariedade Administrativa e conceitos jurídicos indeterminados: estudo em face de um paradigma Constitucional*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, 103 p.

jurídicos compreende a de dar validade a uma decisão, a uma escolha que decorre da vontade psicológica do agente". Mas daí, se resulta, é certo, como também se lê no publicista português, que "a distinção entre legalidade e discricionariedade deve hoje ter-se por totalmente superada", dado que é a lei que concede e estabelece a discricionariedade" (Em *Ilegalidade no Acto Administrativo*, Lisboa, 1962, p. 25), não menos certo é que a existência e a extensão do poder discricionário podem decorrer de interpretação sistemática da lei, não sendo de rigor que seja criado e dimensionado por norma explícita (BRASIL, 1989, p. 118).

Para compreender o atual tratamento dispensado pelo STF no controle jurisdicional da interpretação administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados, e no intuito de abranger o maior número possível de decisões relacionadas ao tema, foi efetuado o levantamento das decisões no endereço eletrônico do STF pelo termo amplo "conceitos indeterminados". Teve também como parâmetro da busca o período compreendido entre 01/01/1988 a 27/12/2016, sendo selecionadas somente as decisões constantes em acórdãos e repercussão geral.

A busca resultou na seleção de 7 acórdãos, sendo que apenas 1 versou sobre o controle jurisdicional da interpretação administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados, que teve como relator o Ministro Eros Grau.

O Ministro Eros Grau trouxe intenso debate no âmbito dos julgados do STF e, de forma paulatina, foi consolidando entendimento diverso no que se refere a discricionariedade administrativa e sua relação com os conceitos jurídicos indeterminados (FERRAZ, 2013, p. 61).

Nesse mesmo sentido Germana de Oliveira Moraes (1999, p. 165) defende que quando a interpretação e aplicação da norma deriva de conceito jurídico indeterminados este fato resulta apenas da indeterminação gerada pela linguagem, razão pela qual o controle jurisdicional será pleno.

Assim, no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº. 24.699/DF, em que se discutia cerceamento do direito à ampla defesa em processo administrativo disciplinar, o relator Ministro Eros Grau, expôs que "os atos administrativos que envolvem a aplicação de 'conceitos indeterminados' estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário". Como se apreende a fundamentação do voto no arresto colacionado abaixo:

De mais a mais, como tenho observado, a discricionariedade, bem ao contrário do que sustenta a doutrina mais antiga, não é consequência da utilização, nos termos normativos, de "conceitos indeterminados". Só há efetivamente discricionariedade quando expressamente atribuída, pela norma jurídica válida, à autoridade administrativa, essa margem de decisão à margem da lei. Em outros termos: a autoridade administrativa está autorizada a atuar discricionariamente apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Insisto em que a discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos

normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas (BRASIL, 2005, p. 64).

Percebe-se clara mitigação do entendimento de insindicabilidade da atividade administrativa consubstanciada nos atos discricionários, uma vez que na atualidade vigora a ideia de que os atos administrativos devem estar conformados com a juridicidade (MORAES, 1999, p. 49).

Assim, prevalece hoje a corrente que determina a competência do Judiciário na sindicabilidade do mérito administrativo e sua vinculação estrita ao cumprimento das finalidades pré-dispostas no Direito (FERRAZ, 2013, p. 65).

A possibilidade de controle judicial do ato administrativo, que advém de interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, e até mesmo da discricionariedade, tem se alargado devido à vinculação da atividade administrativa ao direito fundamental à boa Administração Pública.

Juarez de Freitas defende que

O direito fundamental à boa administração pública vincula, e a liberdade é deferida somente para que o bom administrador desempenhe de maneira exemplar suas atribuições. Nunca para o excesso ou para a omissão. Assim a inibição auto-restritiva da sindicabilidade cede lugar sensato ao direito fundamental à boa administração e ao correspondente dever de a administração pública observar a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem (FREITAS, 2007, p. 41).

O controle jurisdicional, nessa visão, decorre da premissa de que a autoridade administrativa não tem liberdade, em seu sentido puro, para escolher ou deixar de escolher. Com isso, combate-se o autoritarismo das escolhas administrativas não fundamentáveis (FREITAS, 2007, p. 45).

O mérito do ato administrativo (juízos de conveniência ou oportunidade) não seria diretamente controlável.

Porém, “o demérito ou antijuricidade o serão, inescapavelmente. Mais que nunca, a discricionariedade legítima supõe o aprofundamento da sindicabilidade, voltada à afirmação de direitos, notadamente do direito fundamental à boa administração pública” (FREITAS, 2007, p. 46).

Logo, há consolidação da ideia de possibilidade da sindicabilidade dos atos administrativos, sejam aqueles que decorreram da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados ou da discricionariedade administrativa, uma vez que a juridicidade se estabeleceu no direito brasileiro, e isso para além da legalidade do Estado Liberal.

Para compreender o atual tratamento dispensado pelo STJ no controle jurisdicional da interpretação administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados, e no intuito de abranger o maior número possível de decisões relacionadas ao tema, foi efetuado o levantamento das decisões no endereço eletrônico do STJ, pelo termo amplo “conceitos indeterminados”. Teve também como parâmetro da busca o período compreendido entre 01/01/1988 a 27/12/2016, sendo selecionadas as decisões constantes em acórdãos, súmulas, decisões monocráticas e nos informativos de jurisprudência.

A busca resultou na seleção de 18 acórdãos, sendo que 9³⁷ versaram sobre o controle jurisdicional da interpretação administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados.

Percebeu-se que para o STJ a presença dos conceitos jurídicos indeterminados nas normas atinentes à Administração Pública possibilita o controle jurisdicional pleno dos atos administrativos.

No Julgamento do Recurso em Mandado de Segurança que versava sobre aposentadoria compulsória de magistrado que teve terreno de sua propriedade para guarda de veículos destinados a desmanche com sentença penal condenatória transitada em julgado pelos delitos de roubo, formação de quadrilha e receptação. O Ministro Herman Benjamin consignou que:

“[...] a sanção infligida decorre de previsão que contempla conceitos indeterminados (art. 56, II, da LOMAN), de modo que compete ao Poder Judiciário verificar se o motivo do ato se adequa ao motivo legal e se o juízo feito pela Administração desborda da margem de liberdade porventura provocada pela fluidez dos signos contidos naquele dispositivo” (BRASIL, 2013).

Em decisão sobre a possibilidade de controle judicial incidente sobre omissão da Administração em face da proteção do solo, a Ministra Eliana Calmon, relatora do Recurso Especial n. 429.570 interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás, assim decidiu:

³⁷ As decisões localizadas, segundo os critérios estabelecidos para a busca, se encontram abaixo relacionadas, fora as que foram comentadas no corpo do texto:

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Mandado de Segurança n. 18.666/DF, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 14/08/2013, DJe 07/10/2013.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial n. 1279607/PR, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06/12/2011, DJe 13/12/2011.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso em Mandado de Segurança n. 19.590/RS, Relator: Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 02/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 310.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso em Mandado de Segurança n. RMS 19.210/RS, Relator: Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 14/03/2005, DJ 10/04/2006, p. 235.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Agravo Regimental n. 4.053/RS, Relator: Ministro Paulo Medina, Segunda Turma, julgado em 28/08/2001, DJ 12/11/2001, p. 130.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial n. 169.633/SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Segunda Turma, julgado em 04/04/2000, DJ 15/05/2000, p. 150.

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.
2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.
3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.
4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.
5. Recurso especial provido (BRASIL, 2004, p. 277).

No julgamento do Recurso em Mandado de Segurança n. 19.590/RS, ao enfrentar o tema sobre indeferimento de pedido de remoção de magistrado, verificou que deveria vigorar o critério antiguidade ao invés de atendimento do interesse público, pois foi compreendido a inexistência de fundamentação que demonstrasse o interesse público, que seria o esteio do pedido de remoção (BRASIL, 2006c, p. 310).

O Ministro Felix Fischer, relator do julgado, utilizou da teoria proposta por Florivaldo Dutra de Araújo (2005) que remete aos ensinamentos de García de Enterría que entende que a presença normativa dos conceitos jurídicos indeterminados impede que o administrador aja livremente, segundo suas convicções, devido à existência racional de uma única decisão que esteja atinente ao interesse público. Com isso haveria verdadeira vinculação, e não discricionariedade³⁸.

³⁸ Verifica-se essa construção teórica no voto abaixo colacionado:

“Para o Tribunal a quo, essa ressalva confere ao administrador a chamada discricionariedade e, por conseguinte, inviabiliza a "intromissão" do Poder Judiciário no que tange ao mérito administrativo. Todavia, penso que se deve melhor examinar a natureza da assertiva "relevante interesse público". Para mim, trata-se do chamado conceito jurídico indeterminado, ou como prefere o e. Ministro Eros Grau, "termos indeterminados de conceitos" (*in* O direito Posto e o Direito Pressuposto, 6ª ed., p. 196).

Resta saber se esta imprecisão do termo "relevante interesse público" conduz à dita discricionariedade administrativa ou, ao contrário, à vinculação. Essa distinção torna-se imprescindível, pois, há quem defenda que caso se refira a esta e não àquela, o Poder Judiciário poderá dizer se se adotou a decisão adequada. É que a peculiaridade da discricionariedade está, exatamente, na existência de opções que conduzem a indiferentes jurídicos, os quais, por serem de tal natureza, inviabilizam a intromissão do Poder Judiciário.

A esse respeito, acompanho os ensinamentos do il. Professor Florivaldo Dutra de Araújo. Veja-se:

"E se a indeterminação dos conceitos existe enquanto a norma permanece em sua abstração e generalidade, ao tornar-se aplicada num caso concreto, aquela desaparece, pois, diante de uma específica situação fática, a valoração desta, segundo a experiência humana, leva a uma só conclusão:

"ou se dá ou não se dá o conceito, ou há boa-fé ou não há boa-fé no negócio, ou o sujeito comportou-se como um bom pai de família ou não, podemos dizer em termos do Direito Privado, ou em nosso campo: ou há utilidade pública ou não há; ou se dá, com efeito, uma perturbação da ordem pública; ou não se dá, ou o preço que se assinala é justo ou não é, etc. *Tertium non datur*." (GARCIA DE ENTERRÍA. 1974, p. 35.)

Ocorrerá sempre, nesse caso, o que o mestre espanhol chama de "unidade de solução justa" ao aplicar-se o conceito em circunstâncias concretas, no que se diferenciam os conceitos indeterminados da discricionariedade, "pois o que caracteriza a esta é justamente a pluralidade de soluções justas possíveis como consequência de seu exercício" (1974, p. 35).

Dessa forma, no que diz respeito aos conceitos jurídicos indeterminados e a sindicabilidade jurisdicional, o entendimento prevalecente nos Tribunais Superiores é a de que a indeterminação presente nas normas não confere discricionariedade administrativa na escolha das decisões pelo Administrador Público, mas sim uma única solução justa, sendo que os conceitos jurídicos indeterminados manifestam vinculação.

Bruna Colombarolli (2010) concluiu e defende a existência de vinculação nas normas que apresentam conceitos jurídicos indeterminados, sendo possível a sindicância judicial, que aferirá se tais atos administrativos coadunam com a juridicidade e os postulados da razoabilidade e proporcionalidade.

Maria Tereza Fonseca Dias e Luiza Teodoro de Mendonça (2015) em pesquisa sobre o controle judicial incidente sobre o conceito de “relevante valor cultural” nos atos de tombamento na jurisprudência mineira, comprovaram de forma empírica uma disparidade teórica que revela a convivência de entendimentos opostos sobre os conceitos jurídicos indeterminados: quando o judiciário é acionado para sanar omissões da Administração revela-se a teoria clássica de que os atos administrativos são insindicáveis sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes; por outro lado, quando o judiciário é acionado para verificar nulidade de atos de tombamento, o entendimento é de que todos os elementos dos atos podem ser submetidos ao controle judicial.

Sendo, então, modalidade de vinculação, o uso de conceitos jurídicos indeterminados não veda ao Judiciário o controle dos atos praticados com base neles”.

Não são diferentes os ensinamentos de Eduardo García Enterría e Tomás-Ramón Fernández:

"Através deste aprofundamento na técnica dos conceitos jurídicos indeterminados, a idéia da discricionariedade tende a reduzir-se de maneira considerável. Suas hipóteses tradicionais não são já identificadas com a idéia de isenção de controle; têm passado a ser unicamente hipóteses de "dificuldade de controle", considerado o tema desde a perspectiva processual da prova, por tratar-se de hipóteses normalmente não de integrar-se numa única apreciação conjunta aspectos e valores diversos. Sempre que seja possível oferecer ao Tribunal uma crítica séria e fundada da decisão administrativa desde a perspectiva de um conceito jurídico indeterminado, ou implícito na lei (em último extremo, o de interesse público de tão amplo halo), será juridicamente possível que o tribunal reveja a apreciação do conceito realizada pela Administração de sua função interpretativa e aplicativa da lei." (Curso de Direito Administrativo; Tradução: Arnaldo Setti, Editora Revista dos Tribunais Ltda. pg. 397).

Veja que o fato de o conceito jurídico indeterminado resultar em uma modalidade de vinculação administrativa, não engessa a atividade administrativa, vez que possibilita a adequação às peculiaridades de cada caso concreto.

A respeito desse tema, o e. Ministro Eros Grau ressaltou a viabilidade de manifestação do Poder Judiciário acerca da aplicação de chamados "conceitos jurídicos indeterminados", vez que estes não configuram discricionariedade administrativa. Veja-se:

"Os atos administrativos que envolvem aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame do controle do Poder Judiciário. "Indeterminado" o termo do conceito - e mesmo e especialmente porque ele é contingente, variando no tempo e no espaço, eis que em verdade não é conceito, mas noção, a sua interpretação [interpretação = aplicação] reclama a escolha de uma, entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada" (BRASIL, 2006c, p. 310).

Percebe-se na evolução teórica-jurisprudencial analisada que atualmente se prestigia a concepção de que as normas que contêm conceitos jurídicos indeterminados são passíveis e exigem um exercício interpretativo tanto da Administração quanto do Judiciário, nos casos em que este é acionado para exercício de controle.

No entanto, pode-se aferir que as teorias de decisão jurídica utilizadas para o controle estão fundadas em um conhecimento subjetivo que conferem ao decisor a percepção do que seja “boa administração”, “proporcional” e “razoável”, sem que para isso seja propiciada a abertura de um espaço racional-crítico para o falseonismo das interpretações concorrentes e garantia de uma interpretação isomênica por todos os legitimados (povo).

Essa realidade posta e acontecida sequestra dos afetados da decisão a possibilidade de fazer concretizar os direitos fundamentais (certos, líquidos e exigíveis) que só seria possível no devido processo constitucionalizado nos momentos instituinte (criação), constituinte (interpretação) e constituída (aplicação) da lei.

Dessa forma, torna-se impostergável³⁹ a instalação e uso de procedimentos processualizados para interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, tomados e permeados completamente pelo devido Processo constitucionalizado, segundo a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, como será proposta no próximo e último tópico da pesquisa.

3.5 O processo nas estruturas dos procedimentos da atividade administrativa e no controle jurisdicional da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados: possibilidades e proposições

Com a construção teórico-filosófica desenvolvida neste trabalho percebeu-se a grande divergência de posições e entendimentos que versam sobre a figura dos conceitos jurídicos indeterminados: sua identidade ou não com a discricionariedade; a possibilidade e a intensidade do controle jurisdicional sobre atos administrativos que decorrem de normas que veiculam tais conceitos.

Andreas Krell (2013, p. 181) defende que a distinção qualitativa clássica do que seriam atos administrativos vinculados e discricionários não tem mais cabimento na atualidade, haja vista a ascensão da juridicidade em superação da legalidade estrita. Para o

³⁹ Sobre o controle prévio dos atos administrativos por meio do processo, ver em: FREITAS, Sérgio Henrique Zandona. *A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil*. 2014. 210 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte.

autor, há identidade entre a discricionariedade e os conceitos indeterminados, sendo que a discricionariedade sempre abre espaços de apreciação e avaliação dos fatos por parte do intérprete/aplicador da norma, que sedimenta cada vez mais com emprego de conceitos linguísticos abertos, vagos e pouco concisos na produção legislativa.

Haveria também a superação da distinção do que seria cognição e volição no enfrentamento dos conceitos indeterminados, pois o agente público competente no procedimento decisório interpreta (cognição) e verifica a presença e satisfação de todos requisitos postos pela juridicidade.

O autor avança na desconstrução das concepções tradicionais e afirma também que não haveria diferença material da liberdade de decisão consistente na presença de conceitos jurídicos indeterminados nos casos que estes residem na hipótese ou no mandamento da norma, pois a formulação concreta dos respectivos textos legais, muitas vezes, é apenas contingencial. Nesse mesmo sentido a tendência dos autores brasileiros em subdividir o ato administrativo em cinco elementos não contribui para resolver os problemas da delimitação e do controle do mérito discricionário da Administração (KRELL, 2013, p. 181).

Leciona ainda que o estabelecimento e o reconhecimento da principiologia pelo direito brasileiro faz com a atividade legiferante utilize cada vez mais conceitos indeterminados na construção da norma, exigindo que o intérprete considere os princípios específicos da área temática para interpretação/aplicação, e não de técnicas, como a ponderação por exemplo, que se fundam na subjetividade (solipsismo) do administrador. Andreas Krell propõe teorias que oportunizem a decisão jurídica, e, para isso entende ser

[...] condição imprescindível para uma adequada distinção entre os espaços de atuação do Executivo e do Judiciário é o abandono de uma abordagem baseada numa análise meramente linguística das palavras empregadas pelas leis. A descoberta de que certas palavras utilizadas pela linguagem legal possuem uma "textura" mais ou menos aberta e, por isso, deixam, a princípio, mais espaços de decisão para os seus intérpretes na sua concretização, certamente ajuda na compreensão do fenômeno, mas não atinge o verdadeiro problema da questão. O que mais interessa aqui não é a lei em abstrato, mas a norma aplicada a um determinado conjunto de fatos, uma vez que termos tidos como "indeterminados" podem deixar de sê-lo em certos casos. Da mesma forma, conceitos legais considerados concisos, pouco vagos e seguros são capazes de perder esta qualificação em determinadas situações fáticas. Tampouco ajuda a diferenciação entre uma parte "cognitiva" e "volitiva" na tomada da decisão administrativa: o processo integrado da interpretação e aplicação de normas jurídicas não permite a criação de tais hiatos ou etapas, uma vez que leva a resultados que deturpam a visão correta dessas operações mentais e geram diferenças que, na verdade, não existem (KRELL, 2013, p. 182).

No desenvolvimento do seu raciocínio, o autor defende a independência da Administração Pública e do Judiciário, e reconhece que a decisão jurídica emanada da

Administração Pública brasileira reclama que os órgãos públicos sejam mais adequados em termos de organização, composição, legitimidade e procedimento. A realidade da falta de independência, neutralidade e capacidade técnica de muitos órgãos públicos faz com que haja maior expansão dos espaços de revisão judicial das decisões administrativas (KRELL, 2013, p 183).

A solução apresentada por Andreas Krell, como teoria de decisão jurídica apta para a legitimidade da interpretação de normas que veiculam conceitos jurídicos indeterminados ou que trazem um comando discricionário é que, no processo de cognição/volição, o administrador deve adequadamente motivar, justificar e fundamentar a escolha de tal forma a ficar com a decisão que se mostre sustentável. Assim, somente a sustentabilidade da escolha poderia ser sindicalizada pelo Judiciário (KRELL, 2013, p. 61).

No entanto, as posições defendidas por Maria Tereza Fonseca Dias (2008), Odete Medauar (2008) e Leonardo de Araújo Ferraz (2013) sobre a realidade dos procedimentos e a necessidade de observância dos princípios do processo (aqui entendido como instituto constitucionalizado como teorizado na teoria Neoinstitucionalista) na prática administrativa avançam para além da dogmática vigente na atualidade e se mostram mais compatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Ao discorrer sobre o panorama do controle das atividades da Administração Pública no momento contemporâneo, Maria Tereza Fonseca Dias destaca a mudança do enfoque do controle dos atos administrativos, uma vez que o centro de gravidade da atividade administrativa passou para os procedimentos e processos administrativos, numa perspectiva procedimental do direito e da democracia (DIAS, 2008, p. 356).

Ao enfrentar a distinção dos conceitos de procedimento e processo, a autora reconhece que apesar da existência do direito fundamental à ampla defesa e o contraditório nos procedimentos administrativos e judiciais (art. 5º, LV, CRFB/1988), tais comandos constitucionais ainda estão distantes de se concretizarem na prática administrativa; sendo que a Lei 9.284/99, que trata sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, trouxe oxigenação ao tema (DIAS, 2008, 356).

Nesse mesmo sentido Leonardo de Araújo Ferraz declara que há necessidade imperiosa para a busca de teorias da decisão jurídica que se coadunem com uma visão consentânea com o Estado Democrático de Direito. Para isso, propõe novo modelo de Direito Administrativo, que busca concretizar a horizontalização das relações envolvendo o exercício da função administrativa e o cidadão. Tudo isso por meio do **processo**, que deve permear todo o exercício da função administrativa, a fim de legitimar previamente a prática dos atos

administrativos. Esse modelo se estrutura na efetividade da proteção aos direitos fundamentais, por intermédio de uma cidadania ativa, com observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (FERRAZ, 2013, p. 194).

No mesmo sentido leciona Odete Medauar ao afirmar que:

[...] a doutrina administrativista passou a se preocupar com a processualidade, movida certamente por alguns dados nucleares. A progressiva aproximação entre Administração e administrado, reflexo do menor distanciamento entre Estado e sociedade, levou à necessidade de tornar conhecidos os modos de atuação administrativa e de propiciar ocasiões para que o cidadão se faça ouvir. Por outro lado, o aumento da ingerência estatal teve como contrapartida o cuidado da fixação de parâmetros para a atividade administrativa, em especial a discricionária. Além do mais, despertou-se a atenção para o aspecto das garantias prévias a serem propiciadas aos cidadãos nas atuações administrativas, daí a tônica sobre os momentos que antecedem a edição dos atos administrativos.

Assim sendo, dentre as teorias da decisão jurídica abordadas na pesquisa, a teoria Neoinstitucionalista do processo seria a mais resistente aos testes de eliminação de erros, e por isso urge com preferência sobre as demais.

Como visto, o processo, segundo a Teoria Neoinstitucionalista, é instituição jurídica constitucionalizada no plano instituinte e constituinte do Direito, que se estrutura nos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, considerando a linguagem com uma acepção “lingüístico-autocrítico coparticipativo de produção, aplicação e extinção da normatividade” (LEAL, 2014, p. 101).

A horizontalização das atividades administrativas seria viabilizada por meio do processo, com o exercício da hermenêutica isomênica, ao possibilitar a compreensão de um direito democrático que tenha na sua base decisória a garantia de igualdade de todos perante a lei (isotopia), igualdade de todos para interpretar a lei (isomenia) e a igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei (isocrítica).

Só na teoria da linguisticidade jurídica (denominada de processo), assentadas em postulados autocríticos (contraditório, ampla defesa e isonomia), é possível concretizar e dar efetividade a um sistema democrático pela coconstitucionalização respectiva de direitos à vida humana, liberdade e dignidade, isso para toda a comunidade jurídica de legitimados ao Processo (cidadãos) (LEAL, 2013, p. 22).

A grande questão se dá como seria possível incorporar o processo na estrutura da atividade administrativa no sentido de dotar de legitimidade (de forma antecipada) a prática dos atos administrativos.

Maria Tereza Fonseca Dias disserta que nos países que existe o contencioso administrativo as discussões que versam sobre a implementação e operacionalização do processo na atividade administrativa se encontram mais avançadas, constituindo-se, portanto,

como tema de estudos inovadores e recentes. Cita, a título ilustrativo, as obras dos portugueses Vasco Pereira da Silva (1996) e Luís Filipe Colaço Antunes (2000).

Na França, desde os primórdios do Direito Administrativo, há o contencioso administrativo e, com isso, os atos administrativos são sujeitos à uma jurisdição administrativa especializada cujo órgão de cúpula é o Conselho de Estado.

Já no Brasil é adotada a denominada jurisdição una com a garantia do direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, CRFB/1988, que autoriza o Judiciário declarar o Direito em relação a todos os atos que repercutem e irradiam consequências jurídicas aos cidadãos, sejam eles atos comuns ou atos derivados da atividade administrativa (FERRAZ, 2013, p. 199).

Assim, o processo seria hábil para a cumprir o objetivo de dotar de legitimidade os atos administrativos, tudo isso *a priori* das suas expedições.

Seria o exercício do controle administrativo cujo propósito seria acabar com o hiato entre os cidadãos e a Administração Pública (MEDAUAR, 1990, p. 40-42), e isso como resultado da observância e manejo do processo e seus princípios institutivos.

Só em caso de violação a direitos fundamentais o Judiciário seria acionado para tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos que foram atropelados pela Administração Pública.

No entanto, o controle judicial que incida sobre os atos administrativos (sejam eles derivados da interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, da discricionariedade ou da vinculação) só cumprirá tal objetivo se garantir às partes a participação isonômica na construção de procedimentos para além, muito além, da crença da clarividência de um decisor (nesse caso, o juiz), detentor de livre interpretação calcada em de teorias de decisão jurídica que se socorrem de um juiz mitológico (o Hércules de Dworkin) ou por meio de métodos solipsistas.

Ademais, as decisões judiciais que decorrem da teoria instrumentalista do processo, que é maciça e vigente no Brasil concebendo o processo como instrumento a serviço da jurisdição, não conseguem se libertar da consciência solitária e egoísta da autoridade em detrimento de inúmeros afetados.

E muitas vezes, as decisões produzidas no bojo da teoria instrumentalista é traduzida na legitimação da decisão da autoridade.

A crença instalada e o esforço hercúleo da escola instrumentalista na tentativa de se firmar o entendimento de que o controle judicial seja o espaço democrático deliberativo de

legitimidade, só faz migrar o núcleo da decisão da autoridade da Administração Pública para a autoridade Judiciária (governo de juízes).

É o que se constata na realidade brasileira. O crescimento do controle jurisdicional dos atos administrativos não faz reduzir as desigualdades sociais e, tampouco garante a concretização dos direitos fundamentais. Há clara distinção do “andar de cima” onde residem as elites e grupos bem representados que conseguem se agrupar e reagrupar em termos políticos, econômicos e financeiros; e os do “andar de baixo” que dependem e suplicam por políticas públicas por parte do Estado (STRECK, 2014, p. 32).

Na tentativa de correção dessa realidade instalou-se uma crise no Judiciário derivada do descompasso existente entre sua atuação e as necessidades sociais, considerando-se totalmente insuficiente a afirmação formal da existência de determinados direitos, uma vez que o Direito só tem real existência a partir de um Ente que de forma coercitiva tem condições de aplicar as normas jurídicas (STRECK, 2014, p. 70).

O crescente controle judicial da atividade Administrativa tem conferido ao Judiciário papel diverso do que possui na arquitetura constitucional. E isso se dá porque o processo tem sido tomado como instrumento da jurisdição, e as decisões jurídicas emanam de um grupo minoritário que desconsidera os princípios institutivos do processo e, a consequência, tem disso o desprezo aos direitos fundamentais.

Percebeu-se que o controle jurisdicional dos atos administrativos que decorrem de conceitos indeterminados, e até mesmo de atos vinculados ou discricionários da Administração Pública, nos moldes da teoria instrumentalista que tem o processo como instrumento da jurisdição, não tem prestado a tão almejada legitimidade democrática nas decisões decorrentes.

A legitimidade da atividade administrativa seja *a priori* (controles administrativos com procedimentos processualizados) ou *a posteriori* (controle jurisdicional) se mostra possível por e através do processo que é um espaço processualizado em que o povo total da comunidade política é legitimado ao procedimento, a causalidade de princípios e regras de criação, alteração e aplicação de direitos (LEAL, 2002b, p. 145).

Nesse sentido, tem-se o processo como o conjunto principiológico de direitos fundamentais constitucionalizados à construção da estrutura dos procedimentos, sejam eles administrativos ou judiciais.

Dessa forma, o processo não é mais uma espécie de procedimento, mas a instituição regencial do procedimento, contencioso ou não.

Essa teoria, ao contrário da anterior, coloca a Jurisdição como instrumento do processo aberto à qualquer do povo, propiciando fiscalidade irrestrita (concreta e abstrata) do controle procedimental de constitucionalidade e contemplando hermenêutica adequada ao paradigma do procedimental de constitucionalidade ao Estado de Direito no eixo da Teoria do Discurso que exige compreensão única para todos os operadores do direito e não somente para segmentos privilegiados da comunidade jurídica (LEAL, 2014, p. 270).

Assim, em decorrência das frágeis teorias da decisão jurídica analisadas na pesquisa, a proposta da Teoria Neoinstitucionalista do Processo é a que mostra mais consentânea com o Estado Democrático de Direito

Somente o processo, como instituição pública constitucionalizada, é possível efetivar controle tutelar da produção de provimentos, sejam judiciais, legislativos ou administrativos.

Portanto, nenhum provimento (decisão judicial, legiferante ou administrativa) procedimental conclusivo pode ser exarado em desaviso aos princípios jurídicos que integram a instituição do processo: ampla defesa, contraditório e direito ao advogado e isonomia. Desqualifica-se, assim, em seus aspectos da legalidade e legitimidade, o exercício da atividade jurisdicional, que não seja regida pelo primado constitucional do processo (LEAL, 2014, p. 54).

Uma vez que o processo não existe antes ou fora da legalidade, tanto a atividade administrativa quanto a jurisdicional é atividade estatal que só pode ser legitimável pela tutela do processo (LEAL, 2014, p. 54).

Conclui-se que somente pelo processo, como instituição constitucionalizada, o controle judicial que incida sobre a da interpretação administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados, permite a abertura da interpretação à comunidade jurídica legitimada no exercício da hermenêutica isonômica, de forma que todos os legitimados do processo (povo) tenham condições de exercer um direito democrático que tenha na sua base decisória a garantia de igualdade de todos perante a lei (isotopia), igualdade de todos para interpretar a lei (isomenia) e a igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei (isocrítica).

Então, a teoria da decisão jurídica proposta e conjecturada pela Teoria Neoinstitucionalista do processo confere legitimidade aos atos da Administração Pública tanto *a priori* (procedimentos processualizados) da edição dos atos administrativos, quanto também *a posteriori*, utilizando os procedimentos administrativos e a jurisdição como instrumento do Processo, e tudo isso sem representar ofensa ao princípio da separação dos poderes.

CAPÍTULO 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No desenvolvimento da pesquisa buscou-se apreender o tratamento dispensado pela filosofia aos conceitos, com o corte epistemológico na filosofia da linguagem.

Iniciando a caminhada na filosofia pré-socrática, com as conjecturas Parmênides e Heráclito e suas posições antagônicas, foi compreendido que os conceitos significariam para aquele a verdade imutável e eterna (por isso os conceitos que espelhariam essa verdade também seriam imutáveis e eternos), já para este a verdade seria mutável e temporária, por isso os conceitos construídos também seriam mutáveis e temporários. Identificou aí o embrião das classificações modernas de conceitos determinados e indeterminados.

Ainda nessa senda, se entendeu que para Platão a linguagem assumiu papel secundário, foi reduzida a puro instrumento e o conhecimento do real se fazia independente dela. Já em Aristóteles a linguagem e os conceitos tinham por função determinar o que é o objeto que a palavra indica, de forma que o discurso tinha apenas o propósito de expressar a essência das coisas. Logo, a linguagem foi concebida por Aristóteles também como um instrumento para definir e conceituar as coisas de acordo com sua essência. Mais uma vez a linguagem assumiu um papel secundário, não sendo elemento constitutivo e construtivo de mundo.

O rompimento da ideia secundária da linguagem aconteceu na patrística com São Tomaz de Aquino, ao elevar a importância do *logos* na construção da teoria da Trindade, o que foi captado por Heidegger e Gadamer que resgataram também a figura do sujeito dos ensinamentos de Aristóteles. Em Descartes esse sujeito passou a ser o senhor da natureza, uma vez que houve uma separação do homem e da natureza, o que trouxe grande mudança da compreensão tanto do sujeito cognoscente quanto do objeto cognoscível.

Instalou-se aí o *cogito ergo sum* (penso logo existo) de René Descartes, com a inauguração da filosofia da consciência. Compreendeu-se que a filosofia da consciência tem como fundamento o solipsismo do sujeito conhecedor, o que consagrou o conhecimento subjetivo como sustentáculo da epistemologia científica cujas decisões e percepções advêm da consciência do indivíduo encapsulado, egoísta e solitário. Por isso, aferiu-se que a filosofia da consciência é incompatível com o Estado Democrático de Direito,

No entanto, o solipsismo e o conhecimento subjetivo permanecem produzindo na contemporaneidade decisões jurídicas com força cogente e vinculante. Para buscar o rompimento com o solipsismo e verificar a testabilidade das premissas do trabalho, passou-se

a compreender a semântica de Frege com as propostas e problemas identificados em sua teoria.

O esforço de Frege na busca da compreensão dos conceitos restritos a análise semântica encontrou inúmeros e grandes problemas quando sua teoria esbarrava e se confrontava com a pragmática. Primeiramente, a relação entre signo, significado e significante comporta várias possibilidades, sendo que a intensão e a extensão também poderiam ser inúmeras a partir de um mesmo signo e significado. Por exemplo, o signo linguístico “leão” pode apontar para a um indivíduo da espécie felina, mas também, pode representar/significar o técnico de futebol, a Receita Federal do Brasil, um elemento da astrologia e horóscopo ou o animal do grupo 16 (dezesseis) do jogo de bicho. O mesmo se pode dizer do signo linguístico “manga” que pode representar/significar a fruta, a manga da camisa, a manga do eixo de um motor ou o município de Manga no estado de Minas Gerais. O próprio Frege percebeu que seria impossível uma construção de conceitos para distinguir, classificar e diferenciar objetos por meio da formulação de uma língua perfeita, objetiva, construída com incursões na lógica e na matemática, capazes de lidar com conceitos unívocos e determinados.

Para superar os problemas encontrados pela semântica moderna surge Wittgenstein em sua segunda obra denominada *Investigações Filosóficas* (1999) que confere à linguagem uma função constitutiva de mundo, para além da função secundária e designativa da filosofia tradicional.

Wittgenstein percebeu que com a semântica seria impossível a construção e reconstrução de sentidos e significados, visto que as palavras na linguagem são questões de possibilidade expostas permanentemente a risco dialético sobre o sentido proposto ou não, sobre a compreensão e a incompreensão. Assim diante das quase infinitas possibilidades do emprego dos signos e das palavras Wittgenstein propôs o que denominou de jogos de linguagem, ao perceber a exigência dos “jogadores” (falantes) em saber como jogar com a linguagem dentro de um contexto cultural específico da *práxis* linguística, sob pena do “jogador” se mostrar inadequado naquela determinada situação pragmática. Com os jogos de linguagem Wittgenstein criticou a tendência da filosofia tradicional de isolar as expressões do contexto em que elas surgem na tentativa de dissecá-las semanticamente, sendo que os conceitos e significados das palavras são produzidos culturalmente, no seio de uma comunidade linguística.

Para pavimentar a longa trajetória do que foi denominada de virada linguístico-pragmática, com o corte epistemológico da indispensabilidade da linguagem para teorizar

decisões jurídicas, passou-se pelo círculo hermenêutico proposto por Gadamer como superação do cogito cartesiano, como também pela indução no empirismo de David Hume com a construção de conceitos a partir da inferência de enunciados universais a partir de enunciados particulares.

A crítica da indução na construção de conceitos e do próprio conhecimento foi combatido por Karl Popper, uma vez que a indução de Hume tinha como fincas as crenças nas regularidades a partir das observações repetidas, e não no falar objetivo que possibilitava a sobrevivência dos conceitos e significações mais resistentes à testes de eliminação de erros, que poderiam ser superados (falseados) por outros que se mostrassem ainda mais resistentes.

Com isso, se pode perceber que a questão que envolve a teoria dos conceitos e as teorias da significação se revelaram um tanto tormentosas, para além daquilo que a dogmática procura impor ao dispor de forma estanque e classificatória sobre o que seria determinado ou indeterminado no uso da linguagem.

Foi necessário também para o trabalho compreender as teorias que versam sobre o que seria lei, direito, termos e conceitos jurídicos e as suas formas de produção. Nesse caminho já pode identificar que o processo seria o meio adequado para se construir, modificar, aplicar e extinguir a lei, pois utiliza de critérios argumentativos fixados de forma prévia e processual como marco instituinte da lei, segundo a teoria Neoinstitucionalista. Assim, o processo seria o espaço crítico-argumentativo aberto à fiscalidade ampla e irrestrita da lei com bases no devido processo, que é a condição inicial e indispensável de vida jurídica nas democracias constitucionalizadas.

O trabalho, como não poderia ser diferente, se aprofundou na compreensão da superação da legalidade estrita do Estado Liberal com a virada da Juridicidade no Estado Democrático de Direito. o que trouxe grandes mudanças no Direito Administrativo. A reserva vertical de lei foi substituída por uma reserva vertical de Constituição, sendo que agora a Constituição é habilitadora tanto de competências administrativas como também critério imediato da decisão administrativa. A Administração passou encontrar na Constituição e nos valores elevados dos direitos fundamentais critérios que se tornam balizas para a sua atuação, o que impinge a ideia e aceitação de que as decisões administrativas no Estado Democrático de Direito só serão válidas e legítimas se encontrarem fundadas no berço dos princípios constitucionais. Há clara superação do pensamento de que a Administração deve ter vinculação estrita à lei. Na contemporaneidade a vinculação da Administração deve atrelar-se a todo o ordenamento jurídico como unidade (Constituição, leis, princípios constitucionais,

regulamentos gerais, regulamentos setoriais), esboçados em diferentes graus e tipos de normas, o que forma o denominado bloco de legalidade.

Com o advento da Juridicidade o binômio clássico de atos discricionários e vinculados foi substituído pela concepção de diferentes graus de vinculação dos atos administrativos com a Juridicidade.

No enfrentamento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados foram identificadas as teorias da multivalência e da univocidade. A teoria da multivalência defende haver várias decisões corretas (discricionariiedade) na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, não cabendo qualquer controle judicial da atividade Administrativa quando do manejo de tais conceitos. Por outro lado, a teoria da univocidade enfatiza que há uma única solução correta decorrente da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados quando postos em contato com fatos reais (poder vinculado), sendo, assim, passível o controle judicial pleno.

Ainda nessa senda, o trabalho apreendeu a releitura das figuras administrativas da vinculação e da discricionariiedade no Estado Democrático de Direito. Foi entendido que a vinculação decorre diretamente, sem sombras de dúvidas, da previsão estabelecida pela hipótese legal. Já a discricionariiedade se manifestaria em determinadas situações que a lei confere ao administrador público a possibilidade de exercer um juízo de valor pautado em critérios de conveniência e oportunidade, e escolher dentre diversas soluções apresentadas pela legalidade frente o caso enfrentado no curso da atividade administrativa. A margem de deliberação conferida pela discricionariiedade foi concebida como decorrência do poder absoluto do soberano no *ancien régime*, por isso foi tida como um corpo estranho, verdadeiro “cavalo de Tróia” no Estado de Direito.

Foi entendido que o conceito de discricionariiedade no Estado Liberal foi definido primeiramente como a área de livre ação da Administração em contraposição a atuação vinculada e passível de sindicabilidade judicial. No Estado Social surgiu o discurso de que a legalidade não teria como prever todos os fatos dinâmicos do mundo da vida, dada a complexidade da vida humana e os deveres impostos a Administração de celeridade e eficácia. Assim, se todas as normas fossem vinculadas e determinadas engessariam e comprometeriam a atuação administrativa

A relação da Administração com a legalidade, nesse contexto, assumiu feição de vinculação negativa à lei, ao possibilitar à Administração agir nos espaços livres da regulamentação legal. Surgiu também na égide do Estado Social a imagem da

discricionariedade como poder Administrativo externo ao próprio ordenamento jurídico, e fundado na autonomia emergente da personalização da Administração Pública

Já no Estado Democrático de Direito, percebeu-se que a discricionariedade não pode ser tida como imune ao controle jurisdicional, tal como aconteceu no Estado Liberal e potencializado no Estado Social. Os contornos da discricionariedade estão adstritos à juridicidade, sob pena de padecerem de vício de ilegalidade ou inconstitucionalidade. A vinculação da discricionariedade à legalidade foi substituída pela sua vinculação e observância à Constituição, da lei e dos princípios. Dessa forma, não cabe mais falar em dicotomia entre atos vinculados e discricionários e, sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. Essa nova concepção de discricionariedade vinculada à ordem jurídica como um todo, trouxe a percepção de que não há diferença de natureza entre o "ato administrativo vinculado" e o "ato administrativo discricionário" sendo que a diferença incide sobre o grau de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.

No desenvolvimento do trabalho, foram enfrentadas as conjecturas que versam sobre a identidade dos conceitos jurídicos indeterminados com a discricionariedade administrativa e a possibilidade, ou não, do controle jurisdicional sobre tais espécies e qual seria a extensão desse controle. Foi constatado que as teorias sobre os conceitos jurídicos indeterminados tiveram seu nascedouro na controvérsia entre os juristas austríacos Edmund Bernatizik e Friedrich Tezner, em meados do século XIX. Dos enfrentamentos de Bernatizik e Tezner surgiram duas teorias: a teoria da multivalência, com fundamento na doutrina de Bernatizik, que defende haver várias decisões corretas (discricionariedade) na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, não cabendo qualquer controle judicial da atividade Administrativa quando do manejo de tais conceitos. Por outro lado, a teoria da univocidade, com raízes em Tezner, enfatiza que há uma única solução correta decorrente da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados quando postos em contato com fatos reais (poder vinculado), sendo, assim, passível o controle judicial pleno.

Verificou-se que dentre os teóricos brasileiros há aqueles que aderem a teoria da multivalência e a identidade dos conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa, por isso concebem a possibilidade de várias decisões corretas (discricionariedade) na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, não cabendo qualquer controle judicial, ou, em alguns casos, um controle mitigado (enfraquecido) da atividade Administrativa quando há o manejo de tais conceitos. Por outro lado, há aqueles que aderem à teoria da univocidade, mesmo que de forma diferenciada e mitigada (híbrida/mitigada), ao enfatizar que há uma única solução correta decorrente da interpretação

dos conceitos jurídicos indeterminados quando postos em contato com fatos reais, sendo, assim, passível o controle judicial pleno ou parcial, quando em determinados casos há conceitos indeterminados que não sejam os denominados “conceitos de valor” ou “conceitos de prognose”, por exemplo.

Como não poderia ser diferente, tendo em vista a persecução do objetivo geral e dos objetivos específicos propostos, o trabalho analisou as principais teorias da decisão jurídica, manejadas pela Administração e pelo Judiciário no Brasil, aplicadas na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Na Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen via nas lacunas da lei (indeterminação/plasticidade/vagueza) a liberdade concedida pelo legislador ao juiz ou administrador (em especial) para que no exercício de discricionariedade/subjetividade criasse Direito dentro das molduras das possíveis das interpretações/soluções. Logo, a solução para o caso não seria a única correta, mas seria uma das opções constantes na moldura interpretativa. Nessa proposta de criação do direito por meio de uma interpretação, o autor propôs que haveria uma interpretação autêntica e outra interpretação não autêntica. A interpretação autêntica seria fruto das autoridades do Estado que receberam do ordenamento jurídico competências especiais e específicas para desenvolverem tal tarefa. Essa interpretação seria simultaneamente cognitiva (para entender e interpretar o texto utilizado na lei) e volitiva (para emanar de forma cogente e vinculativa a decisão eleita dentre as interpretações possíveis). Já a interpretação não autêntica seria aquela produzida por professores, doutrinadores e juristas. Essa interpretação seria somente cognitiva.

No desenvolvimento das conjecturas de Kelsen, percebeu-se que na elaboração da sua Teoria Pura do Direito, houve uma primeira edição escrita em 1934, e nessa edição, Kelsen o intérprete estava adstrito às opções constantes no interior da moldura das interpretações possíveis. No entanto, na segunda edição publicada em 1960, Kelsen supervaloriza o subjetivismo da autoridade que detém a interpretação autêntica e abriu a esses legitimados a possibilidade de optarem (ato de volição) por interpretações que estejam até mesmo fora da moldura das interpretações possíveis. O que decorre do solipsismo judicial e/ou administrativo, justificado na teoria kelsiana de interpretação autêntica criadora de direitos, são decisões que revelam a encarnação da *autoritas*, o que lança bases para o forte protagonismo que o judiciário e a administração tem desempenhado nas relações das funções (legislativo, executivo e judiciário) do Estado.

Ainda no caminho das teorias da decisão jurídica mais utilizadas pelos órgãos do Estado o trabalho compreendeu a proposta de Ronald Dworkin em ter o direito como

integridade ao conjecturar sobre a analogia que denominou de “romance em cadeia” como forma de exemplificar o desenvolvimento da interpretação do Direito. Segundo essa proposta, cada capítulo seria escrito por autores (advogados, juízes, e demais membros de uma comunidade jurídica) diferentes que desenvolveriam o romance da melhor maneira possível. Ainda tomando a ideia do direito como integridade, Dworkin defende que os princípios ultrapassam o ideário de instrumentos hermenêuticos para preenchimento das lacunas do Direito, e passam a ser considerados normas com força vinculativa e aglutinadora de toda uma comunidade, que chamou de comunidade de princípios. Para se contrapor ao conceito de discricionariedade interpretativa construída e defendida pelos positivistas, sendo os seus principais representantes Kelsen e Hart, Dworkin concebeu um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade e o denominou “Juiz Hércules”.

O conceito de discricionariedade formulado por Dworkin admite uma discricionariedade em sentido forte e em sentido fraco. A discricionariedade em sentido fraco se manifesta quando uma autoridade pública não pode aplicar padrões mecanicamente, mas exige a capacidade de julgar, pois os pressupostos não incluem muitos fragmentos de informação, o que confere vagueza ou dificuldade para eleição dentre as opções existentes. Já a discricionariedade em sentido forte se manifesta quando as opções existentes não estão limitadas e condicionadas pela ordem da autoridade. Assim, Dworkin identifica a discricionariedade em seu sentido fraco com os conceitos jurídicos indeterminados, pois exige um esforço do intérprete para se preencher o sentido dos termos usados pela autoridade, considerando sempre as opções existentes dentro de um limite. Por outro lado, a discricionariedade em sentido forte se daria com a manifestação dos atos vinculados.

A interpretação e decisão jurídica para Dworkin deve obedecer a coerência e integridade do direito como aquela que seja adequada à Constituição e confirmada por ela mesma. E para essa busca Dworkin não defende qualquer forma de solipsismo (porém, defende algum), mas de um subjetivismo que encontre suporte na intersubjetividade que se afirme somente em uma relação sujeito-sujeito (e não mais sujeito-objeto). Como foi visto o subjetivismo, mesmo que de forma mitigada, está presente na teoria de decisão jurídica proposta por Dworkin.

A pesquisa apreendeu na Teoria da Proporcionalidade de Robert Alexy que a interpretação e decisão jurídica decorre da aplicação da proporcionalidade e seus subprincípios (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) de forma gradativa e excludente para se buscar um determinado fim com a interpretação. Foi percebido

também a confusão instalada no Brasil do que seria a proporcionalidade (de origem germânica) e a razoabilidade (de origem americana), e como a técnica do sopesamento, característica da razoabilidade, tem sido usado em referência direta à proporcionalidade.

O que se percebeu foi uma extremada utilização do princípio da proporcionalidade, sem que a comunidade jurídica se dê conta de seus significados e a importante distinção do que seja princípio e valores. O resultado se dá com a manifestação do ativismo judicial e de um autoritarismo do administrador que usa a proporcionalidade como pretexto, para buscar interpretação de acordo com suas preferências (valores) e visão solitária de mundo, desrespeitando, dessa forma, a racionalidade que reclama decisões fundamentadas e que sejam defensáveis (falseáveis) no Estado Democrático de Direito.

Como proposta de superação das teorias até então estudadas, o trabalho avançou sobre as conjecturas da Teoria Neoinstitucionalista do Processo a partir da Teoria do conhecimento objetivo de Karl Popper. Percebeu-se que o conhecimento subjetivo é aquele formado pelos sentimentos de convicção e por crenças que originadas das experiências dedutivas que advém das repetições do passado e das manutenções históricas de determinadas ideais que formam o senso comum. O conhecimento subjetivo é aquele que só existe em um lugar: no estado psicológico e mental do sujeito, que não pode ser testado, apreciado e muito menos visto pelos demais sujeitos (comunidade científica). Já o conhecimento objetivo é aquele que seja possível ser justificável ou verificável, suscetível de ser submetido à prova. Dessa feita, o conhecimento só se torna objetivo quando dizemos o que pensamos; e mais ainda quando o escrevemos, ou imprimimos.

O progresso do conhecimento para Popper se dá com a submissão do conhecimento e suas teorias ao teste de falibilismo/falseamento em que só sobreviveram as teorias mais resistentes a tais testes. Dessa forma, a teoria sempre parte da ideia de que todo conhecimento é falseável, uma vez que ao longo do progresso científico podem surgir ou serem propostas teorias que se mostrem mais “imunes” ou “rígidas” aos testes de eliminação de erro.

A partir das conjecturas de Popper a teoria Neoinstitucionalista tem o processo na pós-modernidade como conquista histórica-teórica das garantias e direitos fundamentais constitucionalizados que busca a superação do indesejado desequilíbrio jurídico e econômico das camadas da sociedade. Por isso, o processo não é mais tido como instrumento ou método de atuação da jurisdição, como defende os teóricos da escola instrumentalista, ao conceber o processo com a visão angustiante da Relação Jurídica (autor-juiz-réu).

Por outro lado, o processo, segundo a teoria Neoinstitucionalista, é definido atualmente com as garantias principiológicas da reserva legal consubstanciadas nos direitos da isonomia, da ampla defesa e do contraditório, princípios estes garantidos e assegurados antecipadamente na Constituição.

Só é possível uma decisão jurídica legítima que seja fruto do processo, considerado no trabalho como instituição instrumentadora e legitimadora, seja da atividade jurisdicional como a administrativa.

Portanto, o processo constitucionalizado, concebido de uma forma jurídico-discursiva, na estruturação de procedimentos (judiciais, administrativos ou legiferantes) faz com que os provimentos decorrentes (decisões, sentenças e leis decorrentes) advenham de um compartilhamento dialógico-processual operado por uma comunidade jurídica constitucionalizada que disponha e delibere ao longo da criação, alteração, reconhecimento e aplicação de direitos, e não de estruturas de poderes do autoritarismo sistêmico de órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes que representam uma minoria inexpressiva (porém, poderosa) de um Estado ou de uma comunidade política.

Perquirindo uma proposta de interpretação da lei, percebeu-se que isonomia é o direito assegurador de igualdade de realização construtiva do procedimento. Já os conteúdos processuais dialógicos da isonomia – que são a isotopia, isomenia e isocrítica – é consequência lógica de um povo concretizador e criador de sua própria igualdade jurídica pelo devido processo constitucional. Assim, a isonomia propicia uma hermenêutica isonômica que é a garantia da igualdade de todos perante a lei (isotopia), igualdade de todos para interpretar a lei (isomenia) e a igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei (isocrítica).

Na abordagem jurisprudencial do controle jurisdicional dos conceitos jurídicos indeterminados, vigora hoje nos Tribunais Superiores o entendimento que determina a competência do Judiciário na sindicabilidade do mérito administrativo e sua vinculação estrita ao cumprimento das finalidades pré-dispostas no Direito. Percebeu-se que possibilidade de controle judicial do ato administrativo, que advém de interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, e até mesmo da discricionariedade, tem se alargado devido à vinculação da atividade administrativa ao direito fundamental à boa Administração Pública.

Assim sendo, dentre as teorias da decisão jurídica abordadas na pesquisa, a teoria Neoinstitucionalista do processo é a mais resistente aos testes de eliminação de erros, e por isso urge com preferência sobre as demais. O processo, segundo a teoria Neoinstitucionalista,

é uma instituição jurídica constitucionalizada no plano instituinte e constituinte do direito, que se estrutura nos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia

Daí a horizontalização das atividades administrativas seria viabilizada por meio do processo, com o exercício da hermenêutica isomênica ao possibilitar a compreensão de um direito democrático que tenha na sua base decisória a garantia de igualdade de todos perante a lei (isotopia), igualdade de todos para interpretar a lei (isomenia) e a igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei (isocrítica).

Somente por meio do processo, assentado nos postulados autocríticos do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, é possível concretizar e dar efetividade a um sistema democrático pela constitucionalização respectiva de direitos à vida humana, liberdade e dignidade, isso para toda a comunidade jurídica de legitimados (cidadãos).

A grande questão se dá como incorporar o processo na estrutura da atividade administrativa no sentido de dotar de legitimidade (de forma antecipada) a prática dos atos administrativos.

Seria possível o exercício do controle administrativo cujo propósito seria acabar com o hiato entre os cidadãos e a Administração Pública, e isso por meio de procedimentos que observem o processo e seus princípios institutivos.

Só em caso de violação a direitos fundamentais o judiciário seria acionado para tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos que foram atropelados pela Administração Pública.

No entanto, o controle judicial que incida sobre os atos administrativos (sejam eles derivados da interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, da discricionariedade ou da vinculação) só cumprirá tal objetivo se garantir às partes a participação isonômica na construção de procedimentos para além, muito além, da crença da clarividência de um decisor (nesse caso, o juiz), detentor de uma livre interpretação calcada em de teorias de decisão jurídica que se socorrem de um juiz mitológico (o Hércules de Dworkin) ou por meio de palavras mágicas, como “proporcionalidade” e “razoabilidade”.

Ademais, as decisões judiciais que decorrem da teoria instrumentalista do processo, que é maciça e vigente no Brasil concebendo o processo como um instrumento a serviço da jurisdição, não conseguem se libertar da consciência solitária e egoísta da autoridade em detrimento de inúmeros afetados. Muitas vezes, a decisão produzida no bojo da teoria instrumentalista é traduzida na legitimação da decisão da autoridade.

O processo não pode ser mais concebido como instrumento da jurisdição. Na verdade, é o contrário, a jurisdição e os procedimentos que devem ser instrumento do processo.

Isso demonstra que o controle jurisdicional dos atos administrativos da forma como atua o Judiciário, manejando o processo como mero instrumento, não presta legitimidade à atividade administrativa e só faz com que ocorra o deslocamento da decisão da autoridade do administrador para a autoridade do juiz de forma hermética à participação dos legitimados ao processo, isto é, o povo.

Percebeu-se que o controle jurisdicional dos atos administrativos que decorrem de conceitos indeterminados, e até mesmo de atos vinculados ou discricionários da Administração Pública, nos moldes da teoria instrumentalista que tem o processo como instrumento da jurisdição, não tem prestado a tão almejada e ansiada legitimidade democrática nas decisões decorrentes.

A crença instalada e o esforço hercúleo da escola instrumentalista na tentativa de se firmar o entendimento de que o controle judicial seja o espaço democrático deliberativo de legitimidade, só faz migrar o núcleo da decisão da autoridade da Administração Pública para a autoridade Judiciária (governo de juízes).

A legitimidade da atividade administrativa seja *a priori* (controles internos com procedimentos processualizados) ou *a posteriori* (controle jurisdicional) se mostra possível por e através do processo que é espaço processualizado em que o povo total da comunidade política é legitimado aos procedimentos e participam da construção dos provimentos, sejam estes as leis, os atos administrativos ou as decisões judiciais.

A teoria Neoinstitucionalista, ao contrário da teoria instrumentalista, coloca a jurisdição como instrumento do processo aberto à qualquer do povo, propiciando a fiscalidade sem restrições do controle procedimental de constitucionalidade e contemplando uma adequada interpretação ao Estado de Direito consentânea à Teoria do Discurso, que reivindica a abertura da compreensão e interpretação das normas para todos os cidadãos, e não somente para segmentos privilegiados da sociedade, sejam eles grupos políticos e econômicos influentes, ou até mesmo o administrador ou o juiz.

Assim, em decorrência das frágeis teorias da decisão jurídica analisadas na pesquisa, a proposta da Teoria Neoinstitucionalista do processo é a que mostra mais consentânea com o Estado Democrático de Direito.

Recuperando o problema, bem como a hipótese apresentada na introdução teórico-metodológica, o trabalho se propôs a verificar se o controle judicial que incide sobre a

interpretação administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados permite a abertura da interpretação à comunidade jurídica legitimada (povo), e se tem conferido legitimidade aos atos da Administração Pública.

A hipótese partiu da premissa de que o cidadão, por meio do processo e seus princípios institutivos (contraditório, ampla defesa e isonomia), no exercício da hermenêutica isomênica, segundo a teoria Neoinstitucionalista do processo, deve participar da interpretação das normas que possuem em seu conteúdo conceitos jurídicos indeterminados. Se esta abertura não for oportunizada pela Administração por procedimentos processualizados, o cidadão pode buscar a correção da interpretação com o controle jurisdicional.

Assim, naquele momento conjecturou-se que haveria compatibilidade entre o princípio da separação dos poderes (art. 2º, CRFB/1988) e o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CRFB/1988), uma vez que tanto a Administração quanto o Judiciário estão vinculados à juridicidade e é garantido ao cidadão se valer do processo como espaço crítico-argumentativo para ver concretizados seus direitos fundamentais, que possuem características de certeza, liquidez e exigibilidade.

Ao final do trabalho concluiu-se que somente pelo processo, como instituição constitucionalizada, o controle judicial que incida sobre a da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, permite a abertura da interpretação à comunidade jurídica legitimada no exercício da hermenêutica isomênica, de forma que todos os legitimados do processo (povo) tem condições de exercer um direito democrático que tenha na sua base decisória a garantia de igualdade de todos perante a lei (isotopia), igualdade de todos para interpretar a lei (isomenia) e a igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei (isocrítica).

Então, a teoria da decisão jurídica proposta e conjecturada pela teoria Neoinstitucionalista do processo confere legitimidade aos atos da Administração Pública tanto *a priori* (procedimentos processualizados) da edição dos atos administrativos, quanto também *a posteriori*, utilizando a jurisdição como instrumento do processo, e tudo isso sem representar ofensa ao princípio da separação dos poderes.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2007, 1.014 p.

ALBERT, Hans. **O direito à luz do racionalismo crítico**. Brasília: Universa, 2013, 151 p.

ALEXY, Robert. **A dignidade humana e a análise da proporcionalidade**. In: Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 13-38.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, 326 p.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, 607 p.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **Para um Direito Administrativo de Garantia do Cidadão e da Administração**. Lisboa: Almedina, 2000, 177 p.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Discricionariedade e motivação do ato administrativo**. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (Coord.). *Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-125.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2.ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Del Rei, 2005, 224 p.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; STRASBURG, Adriana. **Discricionariedade administrativa e processo sancionatório: inconsistências normativas e possibilidades interpretativas em torno da Lei n. 8.666/93**. Revista Do Tribunal De Contas Do Estado De Minas Gerais jan/mar, 2011, v. 78, n. 1, ano XXIX. Disponível em: <<http://www.revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1130.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2013.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2003, 238 p.

ÁVILA, Humberto. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 07 set. 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005, 138 p.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; TESCARO JÚNIOR, João Evanir,. Jürgen Habermas: teoria crítica e democracia deliberativa. **Revista Confluências**, vol. 12, n. 2. Niterói: PPGSD-UFF, out. 2012, pag. 129-156.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, 222 p.

BARROS, Roque Spencer Maciel de. **Karl Popper: a busca inacabada**. In: Pereira, Julio Cesar R (Org.). Popper as aventuras da racionalidade. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995, p. 9-20.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luíz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 576 p.

BARROSO, Luíz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003.

BENVINDO, Juliano Z. Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: um debate sobre os limites da racionalidade". In **Temas Contemporâneos do Direito: uma homenagem ao bicentenário do Supremo Tribunal Federal**. Luiz Guerra (org.). Brasília: Guerra, 2011, p. 560-582.

BINENBJOM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 341.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do amicus curiae no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Bahia, n. 26, mai./jul., 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, 206 p.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010, 213 p.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 nov. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 28 Dez. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 12 Dez. 2016.

BRASIL. **Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 12 Dez. 2016.

BRASIL. **Lei n. 11.417, de 19 de Dezembro de 2006**. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição,

a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm>. Acesso em: 12 Dez. 2016.

BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 Dez. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 Dez. 2016.

BRASIL. Lei n. 4.726, de 13 de Julho de 1965. Dispõe sobre os Serviços do Registro do Comércio e Atividades afins, e dá outras providências. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4726impresao.htm>. Acesso em: 11 Dez. 2016.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 28 Dez. 2016.

BRASIL. Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6385.htm>. Acesso em: 12 Dez. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de Janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm >. Acesso em: 05 dez. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 11 Dez. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm>. Acesso em: 12 Dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 279.889/AL, Relator: Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 03/04/2001, DJ 11/06/2001a, p. 121

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental n. 4.053/RS, Relator: Ministro Paulo Medina, Segunda Turma, julgado em 28/08/2001, DJ 12/11/2001b, p. 130.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Mandado de Segurança n. 18.666/DF, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 14/08/2013, DJe 07/10/2013a. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 28 Dez. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso em Mandado de Segurança n. 19.590/RS, Relator: Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 02/02/2006, DJ 20/03/2006a, p. 310.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso em Mandado de Segurança n. RMS 19.210/RS, Relator: Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 14/03/2005, DJ 10/04/2006b, p. 235.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso em Mandado de Segurança n. 19.590 RS 2005/0024146-5, Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 02/02/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20/03/2006c, p. 310.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1279607/PR, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06/12/2011a, DJe 13/12/2011.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 169.633/SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Segunda Turma, julgado em 04/04/2000, DJ 15/05/2000, p. 150.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 429.570/GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2003, DJ 22/03/2004, p. 277.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RMS 36.325/ES, Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 05/12/2013b.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.213. ADI 2213 MC, Relator: Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2002, DJ 23-04-2004a PP-00007 EMENT VOL-02148-02 PP-00296.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.150. ADI 2150, Relator: Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2002b, DJ 29-11-2002 PP-00018 EMENT VOL-02093-01 PP-00171.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.754. ADI 1754 MC, Relator: Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 12/03/1998, DJ 06-08-1999 PP-00005 EMENT VOL-01957-01 PP-00097.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 855, Relator: Ministro Octavio Gallotti, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-01 PP-00108.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287 RTJ VOL-00220-01 PP-00572.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso em Mandado de Segurança n. 24699, RMS 24.499 – DF. Relator: Ministro Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01-

07-2005 PP-00056 EMENT VOL-02198-02 PP-00222 RDDP n. 31, 2005, p. 237-238 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 167-183 RTJ VOL-00195-01 PP-00064.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Representação de Inconstitucionalidade de Lei nº 930/DF, Relator: Ministro Antônio Neder, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/1978, DJ 27-04-1979 PP-03379 EMENT VOL-01129-01 PP-00029.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Representação de Inconstitucionalidade de Lei nº 1.077/RJ, Relator: Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1984, DJ 28-09-1984 PP-15955 EMENT VOL-01351-01 PP-00018 RTJ VOL-00112-01 PP-00034.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RMS 20975, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 29/08/1989, DJ 15-09-1989 PP-14511 EMENT VOL-01555-01 PP-00118.

BRUNDSCHWIG, J.; GEOFFREY, L. **Diccionario Akal de El saber griego**. Traducción: Marco García Quintela. Vol. 26. Ediciones AKAL, 2000, 780 p.

BÜLOW, Oskar Von. **La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales**. Buenos Aires: EJE, 1964, 302 p.

CANÇADO, Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier. **Os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, 192 p.

CAPONI, Gustavo A. ... [et al.]; PEREIRA, Júlio César R. Pereira (org.). **Popper: as aventuras da racionalidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995, 144 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2011, 1.250 p.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Revista TST**, Brasília, vol. 68, n. 2, abr./jun. 2002, p. 67-84.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: Jurisdição de hermenêutica constitucional. Coord. Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. In: CARVALHO NETTO, Menelick de. Direito, filosofia e interpretação: Hans Kelsen e Ronald Dworkin **Caderno Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, n. 05, 1997, p. 44-71.

CARVALHO, Maria Cecília M. de. **“Não sabemos: só podemos conjecturar”**. In: PEREIRA, Julio César R. Pereira (Org.). Popper: as aventuras da racionalidade. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995, 144 p.

CASALI, Guilherme Machado; LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. As limitações da interpretação no positivismo e as contribuições de Ronald Dworkin. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 2., n. 2, jul./dez. 2007.

CHAMPLIN, Russel Norman. **Enciclopédia de Bíblia, teologia e filosofia**. 9. ed. 6. v. São Paulo: Hagnos, 2008, 849 p.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, 136 p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, 543 p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, 383 p.

CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes**. In: VIANNA, Luis Werneck (Org.). Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: Iuperj/Faperj, 2002. p. 17-42.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva** – Elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 246 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001, 74 p.

COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. **O emprego do princípio da razoabilidade no controle jurisdicional dos atos administrativos: possibilidades, limites e riscos**. 2010, 335 p. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

CONCEIÇÃO, Marcia Dominguez Nigro. **Conceitos indeterminados na Constituição: requisitos da relevância e urgência (art. 62 da C.F.)**. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, 132 p.

COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais**. Abr. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2509541>>. Acesso em 17 Dez. 2016.

COSTA, Regina Helena. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. *Justitia*, São Paulo, v. 51, n. 145, p. 34-54, jan./mar. 1989.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da Justiça**. Belo Horizonte: Araes, 2001, 272 p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 271 p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. . Belo Horizonte: Fórum, 2007, 415 p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: 7 Letras, 2004, 475 p.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, 102 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003, 727 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, 242 p.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do Direito Administrativo a partir da relação entre o Estado e a sociedade**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, 270 p.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, 535 p.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; MENDONÇA, Luiza Teodoro de. O controle judicial do “relevante valor cultural” de bens tombados na jurisprudência mineira: a discrecionalidade administrativa e a proteção do patrimônio cultural. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 10, n. 1, jan./jun., 2015, p. 239-274.

DWORKIN, Ronald. Direito, filosofia e interpretação. *In*: CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. **Caderno Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, n. 05, 1997, p. 44-71.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 568 p.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, 59 p.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 593 p.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, 393 p.

ERLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999, 388 p.

ETIOLI, Antônio Bento. **Introdução ao Direito: lições de propedêutica jurídica**. São Paulo: Hermes Editora, 1989, 624 p.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de C.; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em números: o múltiplo supremo**. Fundação Getúlio Vargas, 2011, 71 p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2012, 1.305 p.

FERRAJOLI, Luigi. *Constituzionalismo Principalista e Constituzionalismo Garantista*, *In: Giurisprudenza Costituzionale*, Anno LV, Fasc. 3 – 2010. Milano: Giuffré Editore, p. 2.771-2.816.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Coimbra: Armênio Amado, 1963, 196 p.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Crítica ao princípio da proporcionalidade como fundamento das decisões judiciais**: abordagem à luz da teoria discursiva do Direito. 2007, 175 p. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **O administrativismo do século XXI**: por uma visão renovada dos conceitos jurídicos indeterminados. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013, 250 p.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 2011 p.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014, 198 p.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, 143 p.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. 2014. 210 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte.

GAARDER, Jostein. **O mundo de Sofia**: romance da história da filosofia. 37. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, 555 p.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, 731 p.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Petrópolis: Vozes, 2002, 621 p.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**, I. 15. ed. Pamplona: Civitas, 2011, 872 p.

GARCÍA DE ENTERRÍA. **La lucha las inmunidades del poder em el derecho administrativo**; poderes discricionales, poderes de gobierno, poderes normativos. *In* Revista de Administración Pública, nº 30, ano 1962, p. 159-205.

GIBSON, Sérgio Armanelli. **O Administrativismo Contemporâneo**: pela leitura paradigmaticamente adequada de suas premissas científicas frente aos ganhos da virada lingüístico-pragmática. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

Disponível em:< http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GibsonSA_1.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2016.

GORDILLO, Augustin. **Princípios Gerais de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, 202 p.

GRACCO, Abraão Soares Dias dos Santos. **Direito Constitucional do cidadão comum**. 2016, 184 p. Disponível em:<<http://www.movimentocidadaocomum.com.br/uncategorized/baixe-gratuitamente-o-ebook-direito-constitucional-do-cidadao-comum/attachment/ebook-dccc/>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, 204 p.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 366 p.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume II - Introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 11. ed. Niterói: Impetus, 2015, 680 p.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 24, p. 61-115, dez./mar. 1998/1999.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3 ed. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015, 408 p.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. São Paulo: Landy, 2004, 423 p.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, 278 p.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição". Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002, 55 p.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004,

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2013, 236 p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, 354 p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Volume II. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, 352 p.

- HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução: Denilson Luís Werle. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014, 565 p.
- HABERMAS, Jürgen. **Passado como futuro**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993, 112 p.
- HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, 271 p.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa, I**: racionalidade de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1999, 517 p.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa, II**: crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, 618 p.
- HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Edições Loyola, 2004, 330 p.
- HEIDEGGER, Martin. **Introdução à metafísica**. Lisboa: Edições Piaget, 1997, 226 p.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo, parte I**. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, 600 p.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo, parte II**. 13 ed. Petrópolis: Vozes, 2005, 255 p.
- HERKENHOFF, João Baptista. **Aplicar o Direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica**. 9. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 90 p.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, 34 p.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991. 34 p.
- HUME, David. **Investigação acerca do entendimento humano**. São Paulo: Nacional, 1972, 149 p.
- JANOTTI, Onaldo Franco. Conceitos indeterminados e origem lógico-normativa da discricionariedade. **Revista de Direito Público**, v. 64, p.37-54, 1982.
- JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, 320 p.
- JOÃO. Português. *In* **Bíblia Sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. rev. e cor. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2001, p. 1.070-1.100.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 294 p.
- KANTOROWICZ, Germán. **La lucha por la ciência del Derecho**. *In*: La ciência del Derecho. Buenos Aires: Losada, 1949, p. 325-373.
- KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, 654 p.
- KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 149 p.

- KELSEN, Hans. **O que é a justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001, 404 p.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Porto Alegre: Fabris, 1986, 509 p.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 267 p.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 267 p.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito:** introdução à problemática científica do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 159 p.
- KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade Administrativa e conceitos legais indeterminados:** limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013, 200 p.
- KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas.** 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. 262 p.
- LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, 40 p.
- LEAL, André Cordeiro. Instrumentalidade do processo em crise. Belo Horizonte: Mandamentos: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, 2008. 163 p.
- LEAL, André Cordeiro. O contraditório e a fundamentação das decisões: no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002a. 111 p.
- LEAL, Rosemiro Pereira. A Principiologia Jurídica do Processo na Teoria Neo-Institucionalista. **Revista Virtuajus**, n. 2, 2006. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf>. Acesso em 08 dez. 2016.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo:** uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, 120 p.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Direitos Fundamentais do processo na desnaturalização dos Direitos Humanos.** Revista Virtuajus da PUC Minas. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2016
- LEAL, Rosemiro Pereira. Garantismo Processual e Direitos Fundamentais Líquidos e Certos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. IV, ano 3, Rio de Janeiro, jul./dez. 2009, p. 111-119.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *O due process* e o dever processual democrático. Belo Horizonte: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.13, n. 26, jul./dez. 2010.
- LEAL, Rosemiro Pereira. O Paradigma Processual ante as seqüelas míticas do Poder Constituinte Originário. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 53, p. 295-316, jul./dez. 2008, p. 295-316.

- LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, 306 p.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 10.ed. rev. e aum. Porto Alegre: Síntese, 2011, 293p.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002b, 206 p.
- LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. 4. ed. São Paulo: Editora Vozes, 2006, 103 p.
- LOPES, Bráulio Lisboa. Uma visão do Direito Processual segundo a teoria neo-institucionalista do processo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 159, 12 dez. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4519>>. Acesso em: 8 dez. 2016.
- LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010, 369 p.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, 210 p.
- LUHMANN, Niklas. **Sistemi social: fondamenti di una teoria generali**. Bolonha: Il Mulino, 2001, 772 p.
- LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. 11. ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, 417 p.
- MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade: a jurisdição na Sociedade órfã de Pai**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 234 p.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, 356 p.
- MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 238 p.
- MEDAUAR, Odete. Controles internos da Administração Pública. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 84/85, 1989/1990, p. 39-55.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 509 p.
- MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 298 p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, 702 p.
- MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, 975 p.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, 1.136 p.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, 110 p.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, 1616 p.
- MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government. **Harvard Law Review**. v. 100, n. 4, 1986. p. 62-77.
- MIHALIUC, Katherinne de Macêdo Maciel. **Discricionariedade Administrativa e conceitos jurídicos indeterminados**: estudo em face de um paradigma Constitucional. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, 103 p.
- MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 2009, 207 p.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, 263 p.
- NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006, 212 p.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006, 427 p.
- OLIVEIRA, Tassiana M. de. **O esperado e a realidade: controle concentrado de constitucionalidade no Brasil a partir dos agentes legitimados**. In: Direitos fundamentais e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; Luciano Mariz Maia, Marcelo Labanc Corrêa de Araújo, Lucas Gonçalves da Silva (Coord.). Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 184-208.
- OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 733.
- PEDRON, Flávio Quinaud. **O giro linguístico e a autocompreensão da dimensão hermenêutico-pragmática da linguagem jurídica**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da PUC Minas Serro. n. 3. Serro: PUC Minas Serro, 2011, p. 174-189.
- PEREIRA, Julio César R. Pereira. **Popper: as aventuras da racionalidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995, 144 p.
- PITT, Eduardo Antônio. **Sobre um critério de identidade de sentidos em Frege**. 2013, 123 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-97VGE7/sobre_um_crit_rio_de_identidade_de_sentidos_em_frege.pdf?sequence=1>. Acesso em: 24 out. 2016.
- POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 2013, 451 p.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1975, 394 p.

POPPER, Karl Raimund. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, 101 p.

POPPER, Karl Raimund. **O conhecimento e o problema corpo-mente**. São Paulo: Edições 70, 2004, 212 p.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **O poder discricionário da administração**. Coimbra: Impetra, 1948, 300 p.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: filosofia pagã antiga. v. 1. São Paulo: Paulus, 2003, 385 P.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 21. ed., rev., aum. São Paulo: Saraiva, 1994, 381 p.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70022682066, Tribunal Pleno, Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha, Julgado em 09/03/2009. Disponível:<<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 28 Dez. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível n. 70037690450, Vigésima Segunda Câmara Cível, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 19/08/2010. Disponível:<<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 28 Dez. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Criminal n. 70004388724. Relator: Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, Quinta Câmara Criminal, Julgado em 26/06/2002. Disponível:<<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 28 Dez. 2016.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, 306 p.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Tradução Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, 115 p.

SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 45-101.

SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, 326 p.

SANTOS, Abraão Soares dos; GOMES, Fernando Alves. **Direito Constitucional – Tomo I**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 198 p.

SICCA, Gerson dos Santos. **Discricionariedade Administrativa**: conceitos indeterminados e aplicação. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2009, 308 p.

SIECZOKOWKI, João Batista C. O pluralismo da tese dos três mundos de Popper e a crítica de Habermas. **Revista Princípios**, Natal, vol. 13, números 19-20, jan./dez. 2006, p. 31-55.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Princípios e regras**: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Malheiros, 2003, p. 607-630.

SILVA, Vasco Pereira da Silva. **Em busca do Acto Administrativo Perdido**. Lisboa: Almedina, 1996, 777 p.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v.798, p. 23-50, 2002.

SOUSA, Antônio Francisco. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994, 268 p.

SPINELLI, Miguel. **Questões Fundamentais da Filosofia Grega**. São Paulo: Loyola, 2006, 376 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Bem Jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**, 2011. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, 120 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Regra ou princípio**: Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>>. Acesso em: 04 Dez. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 594 p.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de. **Ciência Política e teoria de Estado**. 5 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 211 p.

VIANNA Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Tempo Social, vol.19 n.2, São Paulo, Nov. 2007, p. 39-85.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, 120 p.

WEBER, Max. “*Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft.*” In: *Wirtschaft und Gesellschaft*. 4ª ed., organizada e revista por Johannes Winkelmann. Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1956. V. II, p. 551 – 8 Trad. Por Gabriel Cohn in COHN, Gabriel (org.); WEBER, Max. **Max Weber: sociologia**. 7.ed. 5. impr. São Paulo: Ática, 2003, 167 p. (Coleção grandes cientistas sociais, n. 13).

WITTGENSTEIN, Ludwig Josef Johann. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Nova Cultura, 1999, 207 p.