

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

CENTRO DE ESTUDOS GERAIS

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
SOCIOLOGIA E DIREITO**

SHYRLEY SOUZA DA SILVA

**O Interesse Público na Jurisprudência
do STJ: uma Abordagem sobre a
Fixação de Conteúdos Normativos pelo
Raciocínio Judiciário**



**NITERÓI
2009**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

CENTRO DE ESTUDOS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA E DIREITO

SHYRLEY SOUZA DA SILVA

**O INTERESSE PÚBLICO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ:
UMA ABORDAGEM SOBRE A FIXAÇÃO DE CONTEÚDOS
NORMATIVOS PELO RACIOCÍNIO JUDICIÁRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Doutor Joaquim Leonel de Rezende Alvim

Niterói, 2009

Silva, Shyrley Souza da

O interesse público na jurisprudência do STJ: uma abordagem sobre a fixação de conteúdos normativos pelo raciocínio judiciário/ Shyrley Souza da Silva, UFF / Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito. Niterói, 2009.

586 s.

Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal Fluminense, 2009.

1. Interesse público. 2. Argumentação jurídica.
3. Teoria geral do direito. I. Dissertação (Mestrado). II. Título

SHYRLEY SOUZA DA SILVA

**O INTERESSE PÚBLICO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ: UMA
ABORDAGEM SOBRE A FIXAÇÃO DE CONTEÚDOS NORMATIVOS
PELO RACIOCÍNIO JUDICIÁRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 20 de setembro de 2009

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Joaquim Leonel de Rezende Alvim

Prof. Dr. Roberto Fragale Filho - UFF

Prof. Dr. Noel Struchiner - PUC

Niterói, 2009

RESUMO

O interesse público costuma ser definido como conceito indeterminado, ótica que favorece o reconhecimento da norma jurídica como produto em construção e que, portanto, valoriza o papel do Judiciário, mas que também, com intensidade semelhante, pode funcionar como espécie de escudo na atividade concreta da Administração Pública. Pergunta-se, por isso, como se resolve o problema da fixação do conteúdo semântico de interesse público nos conflitos submetidos ao Judiciário. Trata-se aqui, então, de análise de decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em que se controverte sobre a ocorrência ou não de um interesse público no caso concreto. A análise dos textos é antecedida pela discussão do tema na doutrina especializada e pelo estudo de teorias da argumentação jurídica, como aparato teórico para análise do *corpus*, extraído da Revista de Jurisprudência do STJ do período compreendido entre 1999 e 2007.

A análise textual dos acórdãos indica a pluralidade de sentidos de interesse público, entre os quais interesse individual, interesse estatal e interesses outros ditos transversais, como interesses econômicos e de mercado e interesses relacionados com moradia popular e meio ambiente. Reconhece-se, assim, a atividade semântica do Tribunal, ou seja, de fixação do conteúdo normativo de interesse público, tomado como *topoi* pelo raciocínio judiciário. Constata-se, por outro lado, como técnica argumentativa, a incorporação de variáveis relacionadas com a repercussão social das decisões judiciais, bem como o temperamento de normas legais por princípios, como a dignidade da pessoa humana e a razoabilidade. De relevo, também, é o recurso aos precedentes e à doutrina especializada na formação do raciocínio judiciário.

SUMMARY

Public interest is commonly defined as an undetermined legal concept. This view promotes the idea that the legal rule is under construction and thus emphasizes the importance of the Judiciary in construing its topic content. Simultaneously and with equal emphasis, this view can promote the use of the undetermined concept as a kind of shield for the Public Administration in performing its concrete activities. This dissertation investigates how the problem of determining the semantic content of public interest is resolved in conflicts submitted to judicial appreciation. The analysis herein is therefore committed to case law from the Superior Tribunal de Justiça - STJ (Brazilian Supreme Court) where the controversy is centered upon the existence or non existence of issues of public interest within the concrete case. The textual analysis is preceded by the study of thematic discussions in specialized doctrine and theories of legal reasoning to serve as an auxiliary theoretical instrument in analyzing the *corpus* extracted from Revista de Jurisprudência do STJ (STJ Law Review) from 1999 to 2007.

The textual case law analysis put forward plural definitions of public interest, e.g. individual interest, governmental interest and so-called transversal interests like economic or market interests and interest referring to housing projects or the environment. The semantic activity of the Court, i.e. determining the normative content of public interest was recognized as the *topoi* of legal reasoning. Variables referring to the social repercussions of judicial decision making and the attenuation of legal rules through principles, e.g. human dignity and reasonableness, were also identified as incorporated argumentative techniques. Finally, the use of case law precedents and specialized doctrine in the construction of legal reasoning was apparent.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. O CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO NA DOUTRINA ADMINISTRATIVISTA: ENCONTROS E DESENCONTROS	12
1.1. INTERESSE PÚBLICO COMO INTERESSE PRIMÁRIO DO ESTADO E A ÓTICA DA SEGURANÇA	12
1.2. INDETERMINAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO: UM COMEÇO DE PROBLEMATIZAÇÃO	16
1.3. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: O DISSENSO	19
1.3.1. Supremacia do interesse público: axioma, princípio básico ou finalidade da Administração Pública?	19
1.3.2. Supremacia do interesse público: da negação do <i>status</i> de princípio à negação como critério para resolução de conflitos	28
2. TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	39
2.1. ALGUMAS CONTRIBUIÇÕES DA FILOSOFIA DO DIREITO	39
2.1.1. A tópica de Viehweg	39
2.1.2. A nova retórica de Perelman	45
2.1.3. Tercio Sampaio Ferraz Jr. e a argumentação jurídica como tecnologia	52
2.1.4. Habermas e a teoria do agir comunicativo	63
2.2. ALEXY E UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	73
3. O INTERESSE PÚBLICO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ: INDETERMINAÇÃO OU PLURISSIGNIFICAÇÃO?	82
3.1. ALGUMAS FORMAS DE JUSTIFICATIVA	82
3.2. OS SUB-BLOCOS DE SENTIDO DO INTERESSE PÚBLICO	88
3.2.1. Liberal: direitos individuais, fundamentais	89
3.2.2. Estatal: interesse administrativo	94
3.2.3. Transversal	98
3.2.3.1. Interesses econômicos e de mercado	98
3.2.3.2. Moradia popular e meio ambiente	99
CONCLUSÕES	102
REFERÊNCIAS	106

Perguntei a um homem o que era o Direito. Ele me respondeu que era a garantia do exercício da possibilidade. Esse homem chamava-se Galli Mathias. Comi-o.

(Oswald de Andrade, Manifesto Antropófago)

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

CENTRO DE ESTUDOS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA E DIREITO

SHYRLEY SOUZA DA SILVA

**O INTERESSE PÚBLICO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ:
UMA ABORDAGEM SOBRE A FIXAÇÃO DE CONTEÚDOS
NORMATIVOS PELO RACIOCÍNIO JUDICIÁRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Doutor Joaquim Leonel de Rezende Alvim

Niterói, 2009

INTRODUÇÃO

A atividade jurisdicional, diversamente dos demais ramos de atividade intelectual, ou mesmo do que ocorre no Legislativo – que, não raro, opta pelo silêncio em matérias sobre as quais não se tenha alcançado o devido consenso –, tem por missão institucional a solução de controvérsias. A justiça, diz Garapon, “deve dar uma decisão. A justiça deve julgar com as informações de que dispõe. Esta obrigação de julgar constitui a particularidade do julgamento judiciário”.¹ Mas talvez fosse apropriado perguntar o que significa “julgar com as informações de que dispõe” quando é o próprio Judiciário que termina por exercer, ele mesmo, uma função informadora.

Reconhece-se que a possibilidade de compreensão do direito positivo como sistema harmônico e idealmente sem lacunas só é viável pela atividade concreta atribuída ao juiz na subsunção do fato à norma. Entretanto, essa atividade de qualificação dos fatos pode-se converter em penoso ofício, à medida que a solução do litígio não se faz senão pelo confronto de valores cuja expressão, em boa parte dos casos, está sintetizada em conceitos que, desvinculados do caso concreto, são pouco elucidativos, como acontece com a noção de interesse público. A resolução do conflito, então, está atrelada à inelutável necessidade de fixação de conteúdos semânticos. E isso tem fornecido o combustível para uma interminável discussão acerca da atividade criativa e criadora do direito pelo magistrado.

Frequentemente a norma jurídica apresenta expressões que, muitas vezes qualificadas como indeterminadas, deixam nas mãos do juiz a incumbência de fixar-lhes o conteúdo semântico. Por outro lado, não é menos verdade que o manejo de um conceito como interesse público sob o manto da indeterminação, pelo Executivo, pode resultar em iniquidades das mais diversas. De par com essa imprecisão latente, admite-se a perda da centralidade da lei como fundamento único das decisões judiciais, isto em um contexto maior de desnacionalização do direito, em que normas supranacionais positivadoras de princípios são amiúde adotadas como razões de decidir. Assim, a lei teria se tornado um “produto semi-acabado que deve ser terminado pelo juiz.”² E, conquanto se deva reconhecer o esforço legislativo de atenuar as exigências de preenchimento semântico de conceitos pelo Judiciário,

¹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 161.

² Ibid., p. 41.

as normas que se pretendem regulamentadoras ou esclarecedoras, de um modo geral, estão repletas de novos conceitos que só fazem agregar mais subjetividade à imprecisão preexistente. Mas se há quem veja na atividade jurisdicional matizadora do produto da função legislativa uma ameaça ao equilíbrio da separação dos poderes, talvez se possa, em contrapartida, vislumbrar a possibilidade de uma intervenção mais atuante do Judiciário na resolução de conflitos em face da Administração Pública quando estiverem envolvidas questões nebulosas, pela obtenção de soluções mais consentâneas com a realidade e com os valores prevalentes em certo momento.

O fato é que o juiz tem o dever de julgar e de motivar suas decisões. Trata-se de imperativo constitucional. E mesmo os que sustentam que a função do juiz está adstrita à compreensão e à interpretação – situando-se a criação em sentido estrito na esfera da elaboração formal da norma – haverão de reconhecer que a motivação das decisões judiciais contribui na formação da ordem jurídica, na medida em que os fundamentos das decisões podem ser aplicados e invocados como precedentes, cumprindo, assim, em maior ou menor grau, uma função estabilizadora das relações sociais. A submissão do juiz à lei, contudo, tem como contraponto um poder interpretativo dos textos legais, poder esse que, segundo Garapon, seria inédito nas democracias atuais.³

Se se parte do reconhecimento das “interferências alheias ao direito positivo”⁴ – rejeitadas na teoria pura do direito de Kelsen⁵ por pertencerem à política jurídica – como fundamentais à metodologia jurídica e à prática judiciária, então a definição do Direito como mera aplicação cega de uma norma interpretada restritivamente em relação ao texto promulgado não prospera. Contudo, poderíamos sucumbir diante da tentação representada por outra concepção extrema, a de que estamos subordinados ao uso que os operadores do direito fazem do texto e da argumentação jurídica concreta nos tribunais.

Por outro lado, observa-se que de diferentes áreas de conhecimento vozes se levantam reivindicando a centralidade outrora ocupada pelo direito. Se se trata ou não de uma crise de legitimidade do direito é questão que não temos a pretensão de responder. Contentamo-nos,

³ Ibid., p. 55.

⁴ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 474.

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 140.

por ora, em reconhecer a existência de certo deslocamento, em que o apelo à técnica parece constituir uma importante arma na batalha pela legitimidade da fala.

Ao lado dessa necessidade de legitimação de um discurso, digamos, tradutor de realidade – sobretudo por aqueles que representariam um olhar de fora do direito – está a preocupação com o desenvolvimento de um método de análise que dê conta de múltiplos aspectos relacionados com o procedimento que resulta nas decisões judiciais, ancorado na percepção do fenômeno jurídico como, ao mesmo tempo, produtor e produto de uma rede intrincada de fatos. Nesse contexto, as teorias da argumentação jurídica desempenham papel de grande relevância.

O tratamento de determinados direitos como absolutos, baseado numa pressuposta autoevidência do conteúdo das normas jurídicas, implicaria a utilização de uma já não incontestada dogmática jurídica na resolução de conflitos, que se vale apenas das regras jurídicas e descarta a realidade. Os inconvenientes de uma abordagem exclusivamente jurídica de matérias de repercussão multifacetada talvez melhor se evidencie na resolução de conflitos que envolvem o preenchimento semântico de conceitos, supõe-se.

Releva, porém, que o meio de que se vale o juiz na exposição de suas razões, a linguagem, é essencialmente representação simbólica que implica em escolhas necessárias, ou seja, a comunicação linguística impõe-nos uma seleção infinita na expressão do conteúdo do pensamento, e o mero esforço de delimitar conteúdos de conceitos resulta em que condenemos à obscuridade certo aspecto dessa ordem.

Com efeito, quando são vagos os termos da norma ou quando estão envolvidos conceitos inseridos em um amplo leque axiológico – como interesse público, normalmente confrontado com os interesses individuais –, seria possível fixar um conjunto de regras e de técnicas que circunscreva o preenchimento de sentido? E mais: seria adequado predicar como indeterminado um conceito pelo tão só fato de ele apresentar conteúdo axiológico marcado pela heterogeneidade ou pela diversidade? A se admitir a indeterminação do conteúdo de interesse público, seria possível falar em uma atividade semântica, de fixação de conteúdo normativo pelo Judiciário ou, mais especificamente, pelo Superior Tribunal de Justiça? Em caso positivo, seria possível afirmar a polissemia do conceito de interesse público?

Se o conceito de interesse público estiver já minimamente definido ou mesmo pacificado pela jurisprudência, em um conjunto expressivo de decisões, o que conferiria a essas definições, na qualidade de textos argumentativos, a aceitabilidade requerida? Quais são as fontes invocadas e com que técnica a argumentação jurídica se sustenta nesses casos? Essas são as questões que objetivamos responder.

O estudo, assim, subdivide-se em três partes. No primeiro capítulo, considera-se como o problema do conteúdo de interesse público é analisado pela doutrina, além da temática da própria natureza do interesse público, a saber, se se trata de um princípio da Administração ou de um conceito jurídico positivo, além da discussão acerca da existência ou não de uma supremacia do interesse do interesse público sobre o interesse particular.

No segundo capítulo, analisam-se algumas contribuições da Filosofia do Direito na consolidação das teorias da argumentação jurídica, partindo-se das formulações de Theodor Viehweg e de Chaïm Perelman, na releitura que estes autores empreendem da retórica clássica. Na sequência, busca-se o aparato das teorias interdisciplinares de Tercio Sampaio Ferraz Jr. e de Jürgen Habermas e, por fim, dedica-se um item específico à teoria da argumentação conforme proposta por Robert Alexy.

No terceiro e último capítulo, analisa-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a partir de pesquisa eletrônica, o conceito de interesse público, em ações que têm por objeto o confronto com interesse individual, este último palavra-chave na oposição de valores que seriam sopesados no raciocínio judiciário. Trata-se, portanto, de estudo textual dos acórdãos, entendidos como discurso estruturado e altamente especializado, no intuito de identificar possíveis sentidos atribuídos ao conceito de interesse público, bem assim eventuais regras e formas de argumentos na fixação do conteúdo normativo pelo raciocínio judiciário.

1. O CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO NA DOUTRINA ADMINISTRATIVISTA: ENCONTROS E DESENCONTROS

1.1. INTERESSE PÚBLICO COMO INTERESSE PRIMÁRIO DO ESTADO E A ÓTICA DA SEGURANÇA

A primeira abordagem a ser desenvolvida aqui consiste na apreciação do tratamento dado ao conceito de interesse público na doutrina especializada. Parece-nos, porém, que essa abordagem é promissora de um caminho sinuoso, marcado pela pluralidade de vozes, por vezes antagônicas e – por que não dizer – tateantes. Se esse tatear é sintomático da complexidade verificável na delimitação do conceito de interesse público nas demais fontes do Direito Administrativo é algo que não se pode afirmar – pelo menos, não de início. No entanto, fato é que se à doutrina é atribuído o papel de formação do “sistema teórico de princípios aplicáveis ao Direito Positivo”⁶, os resultados de tal incumbência estão longe do que se desejaria em termos de definição de contornos mínimos quando se trata do conceito de interesse público, mormente sob o aspecto metodológico.

Diante desse panorama, é imperioso reconhecer a valiosa contribuição de Celso Antônio Bandeira de Mello em sua proposta delimitadora do conceito de interesse público. Seja no sentido de criticar-lhe as reflexões, seja para atribuir-lhes procedência, admite-se que a contribuição do publicista se tornou referência, espécie de ponto de partida nos embates teóricos acerca do tema.

Em seu esforço inicial de definir o conceito, Mello observa a habitualidade com que o interesse público é pensado em termos de categoria “*contraposta à de interesse privado, individual*, isto é, ao interesse pessoal de cada um”, bem como em sua conceituação como “*interesse do todo*, ou seja, do *próprio conjunto social*”, ressaltando neste último caso não se tratar da “*somatória dos interesses individuais [grifo do autor]*”.⁷ Significa, por outro lado, diz o autor, que o interesse público “é “*função*” qualificada dos interesses das partes, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação”.⁸ Quais seriam, então, as consequências de tal perspectiva? Consequências há, independentemente de sua valoração, isto é, se indesejáveis

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 46.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 56.

ou não. No entanto, é preciso avançar um pouco mais, para oferecer uma resposta a esse questionamento. Retomemos, assim, a teorização de Mello, desenvolvida em certo tom socrático, nos seguintes termos:

Poderá haver um interesse público que seja discordante do interesse de *cada um dos membros da sociedade*? Evidentemente, não. Seria inconcebível um interesse do todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem. Deveras, corresponderia ao mais cabal contra-senso que o bom para todos fosse o mal de cada um, isto é, que o interesse de todos fosse um anti-interesse de cada um.

Embora seja claro que pode haver um interesse público contraposto a *um dado* interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva percepção *basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais*.

É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses de *cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)*, nisto se abrindo também o *depósito intertemporal destes mesmos interesses*, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais [grifo do autor].⁹

A partir das observações acima é que Mello distingue interesse individual, aquele relativo à “*pessoa ou grupo de pessoas singularmente consideradas*”, de interesse “*pessoal*”, este último entendido como o interesse da pessoa ou grupo na qualidade de “*partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos*” [grifo do autor].¹⁰ E dessa noção de “*interesse pessoal*” é que se vale o autor para definir o interesse público como “*o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*”.¹¹

Na verdade, Mello se posiciona negativamente diante da assertiva de que o interesse público seria o “*interesse de um todo abstrato, concebido desligadamente dos interesses de cada qual*”, destacando, por outro lado, que o interesse público é uma “*faceta coletiva*” dos interesses individuais, “*um interesse dos vários membros do corpo social*” [grifo do autor].¹²

Não obstante, verifica-se que a definição de interesse público como dimensão dos interesses individuais, por Mello, tem em mira a afirmação da legitimidade do particular para

⁸ Ibid., p. 56-57.

⁹ Ibid., p. 57.

¹⁰ Ibid., p. 58.

¹¹ Ibid., loc. cit.

¹² Ibid., loc. cit.

defesa de interesses públicos, bem assim a negação de uma propalada relação de continência entre interesse do Estado e interesse público, expressa nos termos de que todo interesse do Estado “seria *ipso facto* um interesse público”.¹³ Haveria, ainda, um segundo argumento para se negar uma “coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público”, a saber, o fato de também ser ele, o Estado, titular de interesses individuais à semelhança dos demais sujeitos de direito.¹⁴

Em relação à titularidade de direitos pelo Estado, Mello encontra na doutrina italiana de Renato Alessi¹⁵ a distinção entre “interesses públicos propriamente ditos – isto é, primários do Estado – e interesses secundários”.¹⁶ No primeiro caso, tem-se os interesses da coletividade como um todo e, no segundo, aqueles interesses “que o Estado (pelo tão só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade”.¹⁷

De fato, boa parte da teorização de Mello se sustenta na dicotomia interesse público primário e interesse público secundário:

O interesse público *primário* é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público *secundário* é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas [grifo do autor].¹⁸

Exemplo de produtividade dessa dicotomia, vale dizer, seria encontrado na “conformação constitucional das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública”, segundo Barroso.¹⁹ Assim, a defesa do interesse público primário incumbiria ao Ministério Público, enquanto que à Advocacia Pública caberia o resguardo do interesse público secundário.

¹³ Ibid., p. 59.

¹⁴ Ibid., p. 62.

¹⁵ ALESSI, Renato. Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano. 3.ed. Milão: Giuffrè, 1960.

¹⁶ MELLO, op. cit., p. 63.

¹⁷ Ibid., p. 69.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público** (Prefácio). In: Sarmento, Daniel (org). Interesses públicos *versus* interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹⁹ Ibid.

Em Mello, portanto, o interesse público propriamente dito coincide com o interesse primário, o que, em tese, não ofereceria óbice a que interesses individuais fossem satisfeitos sob a rubrica de interesse público, tendo em vista a opção teórica da indissociabilidade dos interesses público e individual. É o que se infere, por exemplo, das considerações de Barroso:

em um Estado de direito democrático, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. [...] Mesmo quando não esteja em jogo um direito fundamental, o interesse público pode estar em atender adequadamente a pretensão do particular. [...] O interesse público se realiza quando o Estado cumpre satisfatoriamente o seu papel, mesmo que em relação a um único cidadão.²⁰

A perspectiva adotada por Mello, porém, está evidentemente calcada num certo legalismo, quando realça uma necessária distinção entre “a *estrutura* do conceito de interesse público” como “uma categoria lógico-jurídica” e o “conceito jurídico-positivo a ser adotado na “*indivuação dos múltiplos interesses públicos*”.²¹ Tanto é assim que o autor remete a qualificação do interesse público ao sistema normativo, a despeito de reconhecer a pertinência, em termos políticos e sociológicos, de determinadas “opiniões” acerca do que possa ser considerado interesse público. No entanto, o que quer que possa ser considerado como interesse público política ou sociologicamente sempre encontraria limites, pode-se dizer, naquilo que foi efetivamente positivado, qualificado juridicamente como interesse público.²² Em termos práticos, tratar-se-ia tão só de valorações que não ultrapassam o plano da “opinião”.

Mas o que se chamou aqui de legalismo na perspectiva de Mello é mais do que isso, porque de sua visão escalonada da qualificação do interesse público exsurge o papel da Administração Pública, entificada no Estado, na concretização do conceito de interesse público:

Com efeito, dita qualificação [do que deva ser considerado interesse público] quem faz é a Constituição e, a partir dela, o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido.²³

²⁰ Ibid.

²¹ MELLO, op. cit., p. 64.

²² Ibid., p. 65-66.

²³ Ibid., p. 65.

Conclusão disso, para Mello, a lei define o interesse público, e o Estado, em última análise, realiza esse interesse em sua atividade concreta.

Em Mello, portanto, salvo melhor juízo, o problema da definição de interesse público é resolvido pela fixação do conteúdo normativo em um dado regime jurídico. Em sua avaliação, “as regras, justamente por serem disposições expressas, encontram-se à imediata disposição do intérprete e, bem por isso, não apresentam qualquer dificuldade em ser localizadas”.²⁴ Pode-se dizer, assim, que há em Mello não só a negativa do conflito entre interesses individuais e interesse público, em virtude da compreensão conglobante dos interesses individuais, como também a rejeição à idéia de indeterminação de interesse público, pela priorização das fontes oficiais de produção do direito. Trata-se, portanto, de perspectiva teórica mais afinada com a ótica estatal, que aqui chamamos ótica da segurança, calcada numa suposta autoevidência do conteúdo normativo do conceito de interesse público.

1.2. INDETERMINAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO: UM COMEÇO DE PROBLEMATIZAÇÃO

Até aqui trilhávamos o caminho seguro do conceito jurídico-positivo de interesse público, supostamente revelador das fontes de que esse interesse promana, bem como dos legitimados para dizê-lo. De fato, poderíamos mesmo nos contentar com isso, não tivéssemos que assumir o ônus de contribuição nenhuma oferecer ao debate.

Com efeito, a adoção de um conceito jurídico-positivo de interesse público não ilide a complexidade da fixação de seu conteúdo e talvez apenas nos dê uma efêmera segurança jurídica, quando se considera aquilo a que Mello chamou de “opiniões”²⁵ como parte da dinâmica do preenchimento semântico do conceito. Implica isto em enfoque minimamente problematizador do conceito, de par com aspectos que não se restringem à mera subsunção de fatos à norma juridicamente positivada.

²⁴ Ibid., p. 85.

²⁵ Ibid., p. 65-66.

Perspectiva similar à de Mello encontra-se em Borges²⁶, muito embora a autora, diversamente do publicista, posicione-se em favor do reconhecimento da indeterminação do conceito de interesse público. Nas palavras da autora,

[...] cabe à Administração Pública, no seu dia-a-dia, em um primeiro momento, interpretar o *interesse público*, para aplicá-lo às hipóteses da realidade viva e dinâmica. Em um segundo momento, cabe ao Judiciário – em um juízo de legalidade – examinar o preenchimento desse *conceito jurídico indeterminado*, em consonância com as leis e a Constituição [grifo do autor].²⁷

Assim é que Borges avalia que “interesse público é um conceito indeterminado, plurissignificativo – talvez o mais indeterminado deles – e por isso mesmo de difícil (mas não impossível) definição”.²⁸ A autora parte da definição negativa de interesse público, concentrando-se inicialmente no que não é interesse público, isto é, o interesse secundário do ente, evidentemente influenciada pela teorização de Mello a propósito do binômio interesse primário/interesse secundário do ente público.

Borges, a partir das lições de Hector Jorge Escola²⁹, conclui que

o interesse público e o interesse individual colidente ou não-coincidente são *qualitativamente* iguais; somente se distinguem *quantitativamente*, por ser o interesse público nada mais que um interesse individual que coincide com o interesse individual da maioria dos membros da sociedade [grifo do autor].³⁰

Não obstante se reconheça em Borges uma tendência à problematização do conceito, a assunção de uma indeterminação do interesse público, de todo modo, deixa incólume a opção teórica da negativa do conflito, porque a diferença qualitativa entre interesse público e interesse individual é afastada, como se viu acima. Desse modo, o reconhecimento de uma indeterminação do conceito revela-se estéril sob o ponto de vista de um debate teórico, quando se parte da inexistência mesma de um interesse que se oporia ao interesse público. Dito de outro modo, o interesse público não necessita se sobrepôr ao interesse individual, porque este último sequer chega a se constituir como algo independente daquele. Assim, tem-se como consequência lógica a inexistência de conflito.

²⁶ BORGES, Alice Maria Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Interesse Público**, Porto Alegre, v. 8, n. 37, p. 29-48, maio/jun. 2006.

²⁷ *Ibid.*, p. 32-33.

²⁸ *Ibid.*, p. 33.

²⁹ ESCOLA, Hector Jorge. El interes público como fundamento del derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 238.

³⁰ BORGES, op. cit., p. 37.

Merece relevo também o trabalho de Moraes³¹, que, embora sob enfoque diverso, filia-se à teoria da indeterminação do conceito de interesse público, concentrando-se no controle jurisdicional da Administração Pública. Moraes acompanha Karl Engisch³² em sua definição de conceito indeterminado, que tem por base a incerteza no conteúdo e na extensão do conceito.

Se se considera a sistematização de Moraes, interesse público pode ser situado como um conceito normativo, em contraste com os chamados conceitos descritivos, porque teria em vista “dados que não são simplesmente percebidos pelos sentidos ou perceptíveis, e só em conexão com o mundo da norma se tornam representáveis e compreensíveis”.³³ Seria, ainda, um conceito de “valor”, eis que seu “processo de definição de conteúdo e de alcance exige uma valoração”³⁴, diversamente dos “conceitos de experiência” ou “descritivos”, cujo conteúdo seria dado pela experiência sensitiva.³⁵

Moraes exemplifica interesse público como um dos “conceitos-tipo”, ou seja, que “demandam uma valoração subjetiva”³⁶, “também denominados de conceitos verdadeiramente indeterminados ou de prognose”.³⁷ Seria característica de tais conceitos, segundo a autora, a “indeterminação derivada da contextualidade da linguagem”, mas também “resultante das incertezas de avaliação da situação concreta”³⁸, porque se exige do julgador uma visão prospectiva dos processos sociais, em que devem ser sopesados os potenciais perigos relacionados à decisão a ser tomada. Por fim, os conceitos de prognose pertenceriam a “uma categoria de conceitos indeterminados não vinculados” e “que não são discricionários, justamente porque não envolvem necessariamente uma valoração comparativa de interesses”.³⁹ Seriam conceitos cuja complementação de sentido demandaria uma “avaliação

³¹ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

³² ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 10.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 208.

³³ MORAES, op. cit., p. 61.

³⁴ Ibid., loc. cit.

³⁵ Ibid., loc. cit.

³⁶ Ibid., p. 62.

³⁷ Ibid., p. 62-63.

³⁸ Ibid., p. 63.

³⁹ Ibid., p. 183.

prospectiva das circunstâncias de fato, mediante um juízo de aptidão formulado em razão do futuro – juízo de prognose”.⁴⁰

Conquanto se deva, desde já, ressaltar a utilização da expressão conceito “indeterminado” por Moraes – questão que será desenvolvida nos capítulos seguintes –, a compreensão do interesse público como conceito de prognose afigura-se, sem dúvida, potencialmente produtiva para a análise que aqui se pretende.

Constata-se, por outro lado, que, para além de eventuais classificações do conceito de interesse público e da estrita abordagem do conceito jurídico-positivo, muitas divergências doutrinárias há acerca do interesse público como categoria lógico-jurídica, como se verá no item seguinte.

1.3. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: O DISSENSO

1.3.1. Supremacia do interesse público: axioma, princípio básico ou finalidade da Administração Pública?

Um aspecto no mínimo intrigante e até recorrente nas propostas doutrinárias de definição do interesse público é o recurso à valoração, em que abundam argumentos em prol da existência de uma supremacia do interesse público. E nesse passo exige-se esforço redobrado do leitor, que, ávido do aporte teórico ontológico do conceito, depara-se com abordagens relacionais, valorativas. Em termos concretos, explica-se o interesse público – ou se intenta fazê-lo – a partir de uma alegada supremacia sobre interesses privados. Trata-se, portanto, de um interesse público qualificado, ou melhor, considerado em termos relacionais, eis que contraposto ao interesse do particular.

Nessa ótica, identifica-se uma gama de estratégias discursivas como propostas de justificação teórica da supremacia do interesse público. Dos fundamentos do Direito Administrativo e da Teoria do Estado à hodierna discussão acerca da constitucionalização dos princípios, parte da doutrina converge no recurso a determinadas categorias e mesmo no encaminhamento teórico que é dado ao interesse público, como algo que intrinsecamente se

⁴⁰ Ibid., loc. cit.

impõe pelo tão só fato de sua existência. Em sentido contrário também argumentos não faltam e, por certo, essa contrapalavra nos será de grande valia.

Começemos, então, por Mello, que se refere inicialmente à supremacia do interesse público sobre o privado como “axioma” do regime jurídico-administrativo, “pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados”⁴¹. Mais adiante em seu livro, no capítulo que trata dos “princípios constitucionais do direito administrativo brasileiro”, o autor define a supremacia do interesse público como “princípio [...] inerente a qualquer sociedade” ou “condição de sua existência”.⁴² Assim é que se justifica o fato de o dito princípio não constar do texto da Constituição, já que seria “um pressuposto lógico do convívio social”.⁴³ E nisso Mello diverge de Osório⁴⁴, por exemplo, para quem a supremacia do interesse público sobre o particular estaria consubstanciada em dispositivos específicos da Constituição.

Enfim, dessa supremacia decorreriam os demais princípios da Administração Pública, tais como a imperatividade, a exigibilidade, a autoexecutoriedade, a autotutela, assim como as demais prerrogativas da Administração, tudo com vistas ao atendimento dos interesses da coletividade, como finalidade precípua do Estado.⁴⁵

Já em Meirelles⁴⁶ a exploração do conceito de interesse público extrai-se das considerações a propósito da hermenêutica no Direito Administrativo. O intérprete, nesse ramo do Direito, segundo Meirelles, há de se valer “da utilização analógica das regras do Direito Privado” aplicáveis, devendo

considerar, necessariamente, esses três pressupostos: 1º) a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados; 2º) a presunção de legitimidade dos atos da Administração; 3º) a necessidade de poderes discricionários para a Administração atender ao interesse público.⁴⁷

A mencionada “desigualdade jurídica” é explicitada no seguinte trecho:

⁴¹ MELLO, op. cit., p. 66.

⁴² Ibid., p. 93.

⁴³ Ibid., loc. cit.

⁴⁴ OSÓRIO, Fabio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 88, n. 770, p. 53-92, dez. 1999.

⁴⁵ MELLO, op. cit., p. 93-95.

⁴⁶ MEIRELLES, op. cit., p. 49.

⁴⁷ Ibid., loc. cit.

Com efeito, enquanto o Direito Privado repousa sobre a igualdade das partes na relação jurídica, o Direito Público assenta em princípio inverso, qual seja, o da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais. Dessa desigualdade originária entre a Administração e os particulares resultam inegáveis privilégios e prerrogativas para o Poder Público, privilégios e prerrogativas que não podem ser desconhecidos nem desconsiderados pelo intérprete ou aplicador das regras e princípios desse ramo do Direito. Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o *bem comum*. As leis administrativas visam, geralmente, a assegurar essa supremacia do Poder Público sobre os indivíduos, enquanto necessária à consecução dos fins da Administração. Ao aplicador da lei compete interpretá-la de modo a estabelecer o equilíbrio entre os privilégios estatais e os direitos individuais, sem perder de vista aquela supremacia [grifo do autor].⁴⁸

A leitura do excerto acima nos permite identificar na proposta teórica de Meirelles uma correspondência – e se se diz correspondência é no intuito de evitar o termo “confusão” – entre “supremacia do poder” e “supremacia do interesse” público, como se a desigualdade jurídica – da qual emanariam as tais prerrogativas da Administração – tivesse como substrato político um interesse prevalecente estabelecido *a priori*.

Na explicitação do terceiro pressuposto mencionado acima, ou seja, da necessidade de poderes discricionários para a Administração, assim se expressa Meirelles:

O terceiro princípio é o de que a Administração Pública precisa e se utiliza freqüentemente de *poderes discricionários* na prática rotineira de suas atividades. Esses poderes não podem ser recusados ao administrador público, embora devam ser interpretados restritivamente quando colidem com os direitos individuais dos administrados. Reconhecida a existência legal da *discricionariedade administrativa*, cumpre ao intérprete e aplicador da lei delimitar seu campo de atuação, que é o do *interesse público*. A finalidade pública, o bem comum, o interesse da comunidade, é que demarcam o *poder discricionário* da Administração [grifo do autor].⁴⁹

Para Meirelles, então, a supremacia do interesse público é princípio básico da Administração que, conquanto não esteja expresso no art. 37 de nossa Constituição, decorre do nosso regime político.⁵⁰ O interesse público teria sido elevado à categoria de princípio da Administração Pública na Lei nº 9.784⁵¹, de 29 de janeiro de 1999, em seu artigo 2º. Na verdade, para Meirelles⁵², supremacia do interesse público e finalidade pública são diferentes

⁴⁸ Ibid., loc. cit.

⁴⁹ Ibid., p. 50.

⁵⁰ Ibid., p. 87.

⁵¹ BRASIL, República Federativa do. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

⁵² MEIRELLES, op. cit., p. 101.

formas do nome “*interesse público*” a que se refere a Lei em comento, na qual o doutrinador entende estar precisado o sentido daquela expressão. Interesse público equivaleria ao “atendimento a fins de interesse geral”, mencionado no artigo 2º, parágrafo único, inciso II da Lei nº 9.784/99, entendimento compartilhado por Di Pietro.⁵³

Acrescenta Meirelles:

O princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral.⁵⁴

Assim, mais que simples opção teórica do interesse público como um “princípio”, tem-se, de um lado, a sua vinculação a outro princípio da Administração Pública, o da finalidade, este último evidentemente exaltado como pilar da sobredita supremacia. Nesses termos, interesse público – ou supremacia do interesse público – seria um princípio que se sustenta em outro princípio, que, na verdade, não é senão um objetivo, um fim a ser perseguido pelo Estado, ou seja, a “busca do interesse geral”.

No mesmo sentido são as considerações de Di Pietro, que enfatiza aspectos históricos na configuração de uma “bipolaridade” do Direito Administrativo, na qual a supremacia do interesse público estaria situada:

o Direito Administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas idéias opostas: de um lado, a **proteção aos direitos individuais** frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro, a de **necessidade de satisfação dos interesses coletivos**, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos. Daí a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; **restrições e prerrogativas**. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei; é a aplicação, ao direito público, do **princípio da legalidade**. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a **supremacia do interesse público sobre o particular** [grifo do autor].⁵⁵

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 65.

⁵⁴ MEIRELLES, op. cit., p. 101.

⁵⁵ DI PIETRO, op. cit., p. 60.

Assim, conclusão de Di Pietro, a existência de um par de princípios – a saber, legalidade e supremacia do interesse público sobre o particular – como fundamentais à construção de todos os demais princípios desse ramo do Direito decorreria da “assinalada bipolaridade do Direito Administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração”.⁵⁶

Di Pietro, à semelhança de Meirelles, dedica um item específico ao princípio da supremacia do interesse público ou da finalidade pública, situando-o não só na atividade concreta do Estado como também na fase de elaboração legislativa.⁵⁷ Trata-se, aparentemente, de considerar o princípio sob a ótica da separação de poderes. No entanto, a opção pela abordagem do princípio como substrato normativo parece ser indicativa de certo desvio na delimitação do conceito, uma vez que se recorre a uma propriedade ou utilidade do princípio na dicotomia direito público/direito privado:

No que diz respeito à sua influência na elaboração da lei, é oportuno lembrar que uma das distinções que se costuma fazer entre o direito privado e o direito público (e que vem desde o Direito Romano) leva em conta o interesse que se tem em vista proteger; o direito privado contém normas de **interesse individual** e, o direito público, normas de **interesse público** [grifo do autor].⁵⁸

Que as “fronteiras entre o público e o privado são extremamente móveis e instáveis e que a prioridade atribuída a cada um dos elementos do par também oscila ao sabor das políticas e cosmovisivas”⁵⁹ não nos parece algo novo. Nesse respeito talvez devêssemos concordar com Kelsen⁶⁰, que já nos idos da década de 1940 dizia que, não obstante fazer-se da “distinção entre Direito privado e público a base da sistematização do Direito”, “procuramos em vão por uma distinção dos dois conceitos que não seja ambígua”:

a distinção entre Direito privado e público varia em significado, conforme seja o Direito criminal ou o Direito administrativo aquilo que se deseja separar do Direito privado. A distinção, como princípio para uma sistematização geral do Direito, é inútil.⁶¹

⁵⁶ Ibid., p. 62.

⁵⁷ Ibid., p. 63.

⁵⁸ Ibid., loc. cit.

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional**. In: Sarmento, Daniel (org). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 29-30.

⁶⁰ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 289.

Conquanto admita a pertinência das críticas ao “critério distintivo” que adota, Di Pietro argumenta que “algumas verdades permanecem: em primeiro lugar, as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo”.⁶² E acrescenta:

[...] pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a idéia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os **interesses públicos têm supremacia sobre os individuais**.

[...]

O direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo [grifo do autor].⁶³

Insiste-se, assim, na valoração do interesse público, enfatizando-se a sua supremacia em relação aos interesses individuais.

A opção metodológica de Di Pietro, no entanto, tem o inconveniente de incorrer no equívoco de confundir critério de distinção com critério de valoração. Isto porque uma coisa é a classificação público/privado, que teria por base o agrupamento de interesses em razão dos bens tutelados; outra, bem diversa, é a utilização da classificação, ou melhor, especificamente, do que seja considerado direito público como *locus* em que determinada valoração se estabelece. Em outras palavras, a autora recorre à distinção público/privado para justificar a “supremacia” do interesse público, o que não é senão uma aplicação valorativa do conceito. É fato que não se discute a prevalência das normas de interesse público no direito público. Entretanto, o que talvez mereça reparo é o uso que dessa distinção se faz na doutrina de Meirelles e de Di Pietro.

É bem verdade que, conforme Sarmiento, “três principais critérios foram propostos para demarcar os campos pertinentes ao Direito Público e Privado: o critério da prevalência do interesse, o da natureza das relações jurídicas travadas e o subjetivo”.⁶⁴ Mas não há confundir critério de demarcação de ramos do direito, principalmente quando se trata do critério do interesse prevalecente no ramo do direito em questão, com a prevalência que se

⁶¹ Ibid., p. 297.

⁶² DI PIETRO, op. cit, p. 64.

⁶³ Ibid., loc. cit.

pretenda estabelecer entre determinados interesses, sejam eles considerados como pertencentes a esferas distintas – a saber, públicos e privados –, sejam esses interesses tomados em dada relação de continência, segundo nos parece ser o caso da proposta de Mello, que chamamos conglobante.

Contra o critério da predominância do interesse, Sarmiento observa que

no Estado de Direito, que se baseia na perspectiva *ex parte populi* das relações políticas, o Direito Público deve pautar-se pelo respeito aos interesses privados do cidadão, sobretudo dos que se qualifiquem como direitos fundamentais. [...] E, por outro lado, nos ramos que costumam ser localizados no interior do Direito Privado, como o Direito Civil e o Direito Empresarial, abundam hoje as normas de ordem pública, que limitam e condicionam interesses individuais em proveito de valores e interesses coletivos.⁶⁵

Em conformidade com o que se observou acima a propósito da utilização da dicotomia direito público/direito privado por Di Pietro, concordamos com Sarmiento quando o doutrinador diz parecer “incorreto definir o Direito Público como espaço de prevalência do interesse público em face do individual”⁶⁶. A existência de exceções – consubstanciadas nas normas de ordem pública em diversos ramos do Direito Privado não invalida a classificação como regra geral, mas, ao contrário, a ratifica. Além disso, em consonância com o argumento antecedente, trata-se de uma prevalência, do que decorre exatamente a possibilidade, intrínseca à denominação do critério, da existência de exceções. Significa dizer que no conjunto de regras materialmente agrupadas como pertencentes a determinado ramo, no caso, do direito público, sobressaem aquelas de interesse público. E talvez devido a essa relativa permeabilidade o critério se mostre produtivo, impende frisar, para o efeito de classificação do direito nos dois grandes ramos público/privado.

Já o critério da natureza das relações jurídicas que os sujeitos estabelecem entre si talvez se afigure menos produtivo, não obstante se admita a procedência da crítica sociológica e política que lhe faz Sarmiento, ao realçar a desigualdade latente de seu substrato – seja aquela resultante da negação das “desigualdades fáticas”⁶⁷ entre os particulares, seja a que resultada da afirmação da verticalidade na relação entre o particular e o Estado, cujas origens remontam ao Estado Moderno absolutista. E diferente não é o caso do critério subjetivo, visto

⁶⁴ SARMENTO, op. cit., p. 30.

⁶⁵ Ibid., p. 31.

⁶⁶ Ibid., loc. cit.

que, sobretudo nos modelos de gestão hodiernamente praticados, cada vez mais se tornam intercambiáveis os papéis no desempenho das funções públicas. Em termos práticos, o Estado ora atua regulando, ora exercendo atividade econômica, ora provendo diretamente os bens jurídicos que lhe são incumbidos por força do texto constitucional, não sendo menos intensa a atuação de particulares como delegados, concessionários, permissionários etc., fazendo as vezes do Estado.

Por outro lado, Di Pietro assinala o papel do interesse público na ampliação da carteira de direitos tutelados pelo Estado, que teriam transcendido a esfera da chamada ordem pública para alcançar as ordens econômica e social.⁶⁸ Identifica-se, portanto, a ênfase que a autora dá à instrumentalidade do princípio, seja do ponto de vista da intervenção do Estado, seja como limitador de sua atuação, ao estabelecer a finalidade pública a ser atingida.

Parece não haver dissenso, porém, a respeito de uma dupla estruturação do Direito Administrativo, conforme se extrai do seguinte trecho de Borges:

Ora, todo o direito administrativo é construído sobre dois pilares básicos: a *supremacia do interesse público* sobre o interesse privado e a *indisponibilidade do interesse público*. Sobre esses dois pilares é que se estruturam, de um lado, as chamadas *prerrogativas de potestade pública* e, de outro, as *sujeições de potestade pública*, que corporificam o conteúdo da atividade administrativa.

Tais prerrogativas e sujeições só encontram sua *única* razão de ser em face do *interesse público* que as justifica. Sem sua existência, perderiam qualquer significado em um Estado Democrático de Direito. Mais ainda: na enunciação das regras fundamentais que constituem o conteúdo do regime de direito administrativo, umas e outras, prerrogativas e sujeições, são indissociáveis, duas faces da mesma vinculação da Administração ao interesse público [grifo do autor].⁶⁹

Por essa dupla estruturação costumavam-se estabelecer os paradigmas para a validade ou não dos atos praticados pela Administração. Esse panorama, no entanto, vem-se alterando drasticamente. Assim é que Moraes analisa os limites do controle jurisdicional da discricionariedade dos atos administrativos. Segundo a autora, a doutrina do Direito Administrativo, plasmada sob a égide do Estado Liberal, e que tinha na legalidade sua principal sustentação, necessita adaptar-se ao que chama de “fase pós-positivista do constitucionalismo”.⁷⁰ Nas palavras de Moraes,

⁶⁷ Ibid., loc. cit.

⁶⁸ DI PIETRO, op. cit., p. 64.

⁶⁹ BORGES, op. cit., p. 32.

O espectro do controle judicial dos atos administrativos, antigamente reconduzível à verificação de legalidade desses atos, executável, predominantemente, através do método silogístico, usado em função da estrutura da regra jurídica – antes a principal fonte do Direito Administrativo, amplia-se para o controle da constitucionalidade dos atos administrativos, que se operacionaliza também por intermédio de outros métodos impostos pela adoção da fonte atualmente hegemônica do Direito – os princípios, estruturalmente distintos das regras.

Cabe ao Poder Judiciário, além da aferição da *legalidade* dos atos administrativos – de sua conformação com as regras jurídicas, o controle de *juridicidade* – a verificação de sua compatibilidade com os demais princípios da Administração Pública, para além da legalidade, a qual se reveste do caráter de controle de constitucionalidade dos atos normativos, pois aqueles princípios se encontram positivados na Lei Fundamental [grifo do autor].⁷¹

Haveria, portanto, uma explicação histórica para o fenômeno da modificação do par legalidade/supremacia do interesse público:

Com efeito, identificam-se nas normas jurídicas conceitos que demandam, durante sua aplicação, um processo de preenchimento semântico, isto é, de “densificação”, feito através de uma valoração e, a par destas, aquelas que prescindem deste processo decisório mais complexo de complementação do significado em cada caso concreto. Na primeira hipótese, há conceitos jurídicos indeterminados, e na outra, conceitos jurídicos determinados. Nas duas situações, no momento da concretização do Direito, há a determinação do significado *exato* do conceito. A questão que se põe é saber quem pode proceder a essa perquirição do sentido do conceito nas situações em que o Direito admite diferentes resultados para o processo de complementação do significado, os quais também ensejam distintas opções para a aplicação das normas [grifo do autor].⁷²

Borges⁷³, de sua parte, realça a especificidade da jurisdição exercida em face da Administração, dado que se trata, diz a autora, “do exercício do *controle da atuação de um poder por outro poder estatal*, provendo a manutenção do equilíbrio entre os poderes do Estado [grifo do autor]”.⁷⁴ Assim, na resolução das lides dessa natureza, o Judiciário

No exercício dessa função estatal por excelência estabilizadora, o julgador tem um compromisso maior, o da de sua vinculação à *preservação do interesse público*, também confiado a sua guarda, embora em modo não tão direto quanto no do exercício da função estatal administrativa.

Não lhe cabe apenas, como prevê a Lei de Introdução ao Código Civil, decidir de acordo com a lei, e, em sua falta, com os costumes, a analogia e os princípios gerais de direito.

Não estará apenas reconhecendo um interesse ou pretensão meramente individual de uma das partes, em contraposição a outro interesse ou pretensão, igualmente de

⁷⁰ MORAES, op. cit., p. 9.

⁷¹ Ibid., p. 10.

⁷² MORAES, op. cit., p. 59.

⁷³ BORGES, Alice Maria Gonzalez. Valores a serem considerados no controle jurisdicional da administração pública: segurança jurídica – boa-fé – conceitos indeterminados – interesse público. **Interesse Público**, Porto Alegre, v. 4, n. 15, p. 83-96, jul./set. 2002.

⁷⁴ Ibid., p. 84.

ordem individual. Haverá que sopesar, bem além disso, a aplicação de um princípio geral do direito público, qual seja, o de assegurar a *primazia do interesse público sobre o interesse privado*.

E ao exercer a missão própria de sua função estatal, cabe ao julgador a relevante missão de procurar atingir, por mais difícil que seja, o exato ponto de *justo equilíbrio* entre as garantias da legalidade e as garantias dos administrados, em busca da *juridicidade* que leve à suprema consagração dos princípios consagrados em nosso Texto Maior [grifo do autor].⁷⁵

O interesse público, para Borges, ao lado da segurança jurídica, boa-fé, e outros conceitos que denomina “jurídicos indeterminados”, seria um valor de cuja compreensão e aplicação depende o “desempenho dessa função estatal”⁷⁶ do Judiciário. Há, portanto, uma dupla abordagem do conceito de interesse público pela autora, o que conduz a certa dificuldade, mormente quando se questiona sob qual perspectiva a indeterminação do conceito é sublinhada. Se se parte, como o faz Borges, da noção de que o interesse público é meta e, ao mesmo tempo, um princípio cujo preenchimento semântico se faz na solução concreta da lide, é mister admitir que esse preenchimento, isto é, do conceito jurídico de interesse público, impõe-se também no ato cuja validade ou legitimidade está sendo questionada na lide. Além disso, é algo no mínimo perturbador que o juiz, “na apreciação do caso concreto”, preencha “conceitos jurídicos indeterminados” por meio de “valoração, à luz do interesse público”.⁷⁷

1.3.2. Supremacia do interesse público: da negação do *status* de princípio à negação como critério para resolução de conflitos

Parte da doutrina é contrária à idéia de que a supremacia do interesse público seja um princípio em nosso ordenamento. Ávila, por exemplo, entende que “só a um primeiro olhar [...] é adequada a descrição desse “princípio de supremacia””.⁷⁸ O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, diz Ávila,

tal como vem sendo descrito pela doutrina, não se identifica com o bem comum. Bem comum é a própria composição harmônica do bem de cada um com o de todos; não o direcionamento dessa composição em favor do “interesse público”. O discutido “princípio da supremacia” explica, antes, uma “regra de preferência” [...].⁷⁹

⁷⁵ Ibid., loc. cit.

⁷⁶ Ibid., loc. cit.

⁷⁷ Ibid., p. 91.

⁷⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”**. In: Sarmiento, op. cit., p. 173.

⁷⁹ Ibid., p. 174.

“Estipular o significado de princípio”, assevera o autor, “é somente possível se forem feitas distinções quanto à finalidade de sua utilização e o objeto de conhecimento do qual ele é extraído e ao qual deve manter referência”.⁸⁰ Com o fim de amparar sua crítica à utilização indiscriminada do aludido princípio, Ávila destaca três principais variantes do significado de princípio, a saber, axioma, postulado e norma. Observa que, no primeiro caso, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é definido como axioma – assim em Mello⁸¹, por exemplo – justamente porque seria autodemonstrável ou óbvio. Já o princípio como postulado é explicado nos seguintes termos:

Os postulados normativos são entendidos como condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico. Eles, também por isso, não oferecem argumentos substanciais para fundamentar uma decisão, mas apenas explicam como pode ser obtido o conhecimento do Direito. [...] O que a doutrina comumente denomina de “princípio como idéia normativa geral” (ou princípio explicativo, como fundamento ou pressuposto para o conhecimento do ordenamento jurídico ou de parte dele), são verdadeiros postulados normativos. Esses fundamentos jurídicos decorreriam da idéia de Direito e do princípio da justiça, mas embora possuam caráter normativo, não possuem a qualidade de normas de comportamento, dada a sua falta de determinação.⁸²

Por fim, eis a definição de princípio como “norma”, na compreensão de Ávila:

Norma é o conteúdo de sentido de determinada prescrição normativa, em função do qual é delimitado o que um dado ordenamento jurídico determina, proíbe ou permite. A norma-princípio tem fundamento de validade no direito positivo, de modo expresso ou implícito. Caracteriza-se estruturalmente por ser concretizável em vários graus: seu conteúdo depende das possibilidades normativas advindas dos outros princípios, que podem derogá-lo em determinado caso concreto. Daí dizer-se que os princípios, à diferença das metanormas de validade, instituem razões *prima facie* de decidir. Os princípios servem de fundamento para a interpretação e aplicação do Direito.⁸³

As conclusões do autor são pela impossibilidade de definição do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular seja como axioma, seja como postulado ou, ainda, como norma-princípio. No último caso, a qualificação dada pela prevalência afastaria a definição da supremacia do interesse público como um princípio, em decorrência da exclusão da necessária ponderação entre os interesses em conflito. A prevalência, diz Ávila, “é a única

⁸⁰ Ibid., p. 176.

⁸¹ MELLO, op. cit., p. 66.

⁸² ÁVILA, op. cit., p. 177-178.

⁸³ Ibid., p. 179.

possibilidade”⁸⁴, consistindo o referido princípio, ao fim e ao cabo, de uma “regra abstrata de preferência no caso de colisão”.⁸⁵ Em suas palavras:

O que pode ser descrito em abstrato é somente uma espécie de dependência entre as diferentes normas jurídicas e os bens jurídicos por elas protegidos. Uma relação de prevalência só pode ser verificada, entretanto, diante do caso concreto.⁸⁶

A inadequação do conceito de “princípio” decorreria, de igual modo, de “limites normativos”, a saber, de ele não resultar “da análise sistemática do Direito”, porque colidente com uma série de princípios e direitos assegurados pela Constituição⁸⁷, assim como com “os postulados normativos da proporcionalidade e da concordância prática”.⁸⁸ Ao revés, assevera Ávila, o dito “princípio” seria na verdade “um dogma até hoje descrito sem qualquer referibilidade à Constituição vigente”.⁸⁹

Na síntese de Ávila, haveria “pressupostos necessários”, os quais uma supremacia do interesse público, na qualidade de princípio, desatenderia. São eles:

O “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular” pressupõe a verificação de algumas condições, sem as quais ele não pode ser havido como uma *condição necessária a explicação do ordenamento jurídico* (postulado normativo): o interesse público deve ser descrito ou explicável separadamente do interesse privado, ou ser dele dissociável, para que possa ser concebida, ainda que abstratamente, uma posição de supremacia em favor do primeiro; a relação bipolar entre os citados interesses deve ser de significado geral e fundamental para a explicação do Direito Administrativo, a qual pressupõe uma relação Estado-cidadão; o interesse público deve ser determinável normativa e objetivamente, mesmo no caso concreto, sob pena de ser insustentável uma supremacia intersubjetivamente controlável [grifo do autor].⁹⁰

Entende Ávila pela impossibilidade de o “princípio” ser “descrito separada ou contrapostamente aos interesses privados”, porque estes últimos consistiriam “em uma parte do interesse público”. Nisso, de certa forma, aproxima-se de Mello, para quem, como vimos, o interesse público é uma “faceta coletiva” dos interesses individuais.⁹¹ A divergência entre os autores consiste exatamente na ilogicidade, realçada por Ávila, em se pretender que interesses ditos indissociáveis sejam passíveis de confrontação.

⁸⁴ Ibid., p. 184.

⁸⁵ Ibid., p. 185.

⁸⁶ Ibid., loc. cit.

⁸⁷ Ibid., p. 186.

⁸⁸ Ibid., p. 191.

⁸⁹ Ibid., p. 202.

⁹⁰ Ibid., p. 207.

Além disso, diz Ávila, o princípio da supremacia do interesse público “não pode ser descrito sem referência a uma situação concreta”.⁹² O caminho, então, proposto pelo autor, qualificado como “a única idéia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão”, é o “postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais”.⁹³

Já Aragão entende que as previsões normativas – sejam em que nível – que estabelecem a “preponderância de determinado interesse público sobre os interesses particulares” consistem apenas de uma “pré-ponderação entre os valores envolvidos”, que não se confunde com o princípio da supremacia do interesse público.⁹⁴ Na inexistência de norma, diz Aragão, a supremacia não há como ser pressuposta, resolvendo-se o conflito, ao revés, pela “ponderação de interesses *in concreto*, à luz dos valores constitucionais envolvidos, que podem pesar ora em favor de interesses públicos, ora de interesses privados [grifo do autor]”.⁹⁵

Quais seriam, então, os critérios ou o critério a ser adotado na resolução de tais conflitos, a se admitir que eles existam?

Sarmiento defende que “o chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não constitui critério adequado para resolução” dos conflitos entre interesses públicos e privados.⁹⁶ O autor identifica no sobredito princípio uma “cosmovisão subjacente” de “indisfarçáveis traços autoritários”, colidente com o princípio da dignidade da pessoa humana, que seria o “epicentro axiológico” de nossa ordem constitucional.⁹⁷

O prognóstico de Sarmiento não é, de fato, dos mais otimistas. Para ele, a “fragmentação e pluralismo que caracteriza as sociedades contemporâneas”, e a consequente dificuldade em “extrair, à moda de Rousseau, uma noção homogênea de bem comum ou de

⁹¹ MELLO, op. cit., p. 58.

⁹² ÁVILA, op. cit, p. 214.

⁹³ Ibid., loc. cit.

⁹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: Sarmiento, op. cit., p. 4.

⁹⁵ Ibid., p. 5.

⁹⁶ SARMENTO, op. cit., p. 23.

vontade geral”, pode constituir um permissivo às “mais perigosas malversações” do princípio de interesse público pelas “autoridades públicas”.⁹⁸ Diante desse panorama, que o autor qualifica como sendo de “profunda indeterminação semântica”, o interesse público

periga tornar-se o novo figurino para a ressurreição das “razões de Estado”, postas como obstáculo intransponível para o exercício de direitos fundamentais, sobretudo num momento como o que o mundo hoje vivencia desde o 11 de Setembro, em que a exacerbação do discurso da segurança assedia a defesa da liberdade.⁹⁹

Avalia Sarmiento que tanto o organicismo como o individualismo, como perspectivas “do ponto de vista de uma teoria moral”, não dão conta de explicar a “afirmação da supremacia do interesse da coletividade sobre aqueles pertencentes a cada um”.¹⁰⁰

O organicismo é recorrentemente associado por Sarmiento a um autoritarismo em potencial e encarado como ameaça à liberdade. Há mesmo quem vá mais além e veja no princípio da supremacia do interesse público uma espécie de resquício aberrante do Antigo Regime, uma categoria de “incompatibilidade visceral com a sistemática constitucional dos direitos fundamentais”, como Binenbojm¹⁰¹, por exemplo.

A propósito do organicismo, que serviria de substrato à supremacia do interesse público, diz Sarmiento:

pode ser objetado a partir da constatação de que o ser humano, apesar do seu natural impulso gregário, é muito mais que um órgão dentro de um todo maior. Na verdade, o organicismo não “leva a sério” a pessoa humana, desconsiderando que cada indivíduo é um valor em si, independentemente do papel que desempenhe na sociedade; que em cada pessoa existe todo um universo de interesses, objetivos e valores próprios, irredutíveis ao “todo” de qualquer entidade coletiva; que a vida humana tem uma importante dimensão pública, mas que ela faz sentido sem a sua dimensão privada, que deve ser cultivada através da persecução de projetos e objetivos próprios de cada indivíduo, autônomos em relação aos interesses da comunidade política.¹⁰²

O organicismo, como teoria moral, segundo Sarmiento, é “absolutamente incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe sejam as pessoas sempre tratadas

⁹⁷ Ibid., p. 27.

⁹⁸ Ibid., loc. cit.

⁹⁹ Ibid., p. 27-28.

¹⁰⁰ Ibid., p. 52.

¹⁰¹ BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo.** In: Sarmiento, op. cit., p. 166.

¹⁰² SARMENTO, op. cit., p. 56.

como fim, e nunca como meios”¹⁰³ – referindo-se ao imperativo categórico de Kant. Na avaliação de Sarmiento, “é visivelmente organicista a idéia de que existiria um interesse público inconfundível com os interesses pessoais dos integrantes de uma sociedade política e superior a eles”.¹⁰⁴

O utilitarismo seria de igual modo “incompatível com a Constituição brasileira”, porque “não trata adequadamente os direitos fundamentais como direitos situados acima dos interesses das maiorias”.¹⁰⁵ E acrescenta o autor que, “para o utilitarismo, os direitos fundamentais devem ser respeitados se isto convier à promoção do bem-estar geral – identificando-se este com os interesses prevaletentes em cada sociedade”.¹⁰⁶ As consequências, porém, de se tratar os indivíduos “como partes no todo, e não como fins em si”¹⁰⁷ teriam, em última análise, repercussão direta sobre o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁸

As formulações de Sarmiento, na verdade, estão bem ajustadas aos comentários de Bobbio a propósito daquilo que individualizaria o liberalismo em relação ao chamado “não-igualitarismo”:

O não-igualitarismo nega a máxima do igualitarismo, segundo a qual *todos os homens devem ser (no limite) iguais em tudo*, com relação à totalidade dos sujeitos, afirmando, ao contrário, que somente *alguns* homens são iguais, ou, no limite, que nenhum homem é igual a outro; já o liberalismo nega a mesma máxima não com relação à totalidade dos sujeitos, mas à totalidade (ou quase totalidade) dos bens e dos males com relação aos quais os homens deveriam ser iguais, ou seja, admite a igualdade de todos não em tudo (ou quase tudo), mas somente em *algo*, um *algo* constituído, habitualmente, pelos chamados direitos fundamentais, ou naturais, ou, como se diz, humanos [grifo do autor].¹⁰⁹

Se a tese defendida por autores como Sarmiento situa-se nos limites do liberalismo puro ou não parece ser secundário. A preocupação normalmente externada de sublinhar a não vinculação aos excessos do liberalismo em seus estágios mais remotos – preocupação essa verbalizada com certa insistência – não infirma o que de nuclear há em certas perspectivas

¹⁰³ Ibid., p. 57.

¹⁰⁴ Ibid., p. 58.

¹⁰⁵ Ibid., p. 62.

¹⁰⁶ Ibid., loc. cit.

¹⁰⁷ Ibid., p. 63.

¹⁰⁸ Ibid., p. 64.

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 41.

teóricas. Na verdade, afigura-se mais como uma questão de grau do que qualquer outra coisa. Perfilar ou não os excessos do liberalismo é irrelevante para a compreensão da abordagem desenvolvida por Sarmiento, cujo norte é, inegavelmente, o da prevalência dos interesses individuais sobre os da coletividade.

Sarmiento defende abertamente a “primazia dos indivíduos sobre a sociedade e o Estado”¹¹⁰, não obstante ressalve que não se trata da tradicional perspectiva individualista, mas, sim, “personalista”, cujo lastro seria a própria Constituição, ao reconhecer na “pessoa humana, e não no Estado, *“a medida de todas as coisas”* [...]”.¹¹¹ Em suas palavras,

Esta nova perspectiva enjeita a crença de que o Estado seja o adversário, por excelência, dos direitos humanos. Embora continue sendo essencial proteger as pessoas do arbítrio do Estado, os poderes públicos são agora concebidos como responsáveis pela promoção e defesa dos direitos fundamentais, diante dos perigos que rondam as pessoas na própria sociedade. Isto justificará uma ingerência estatal muito mais profunda e extensa em questões que, para o ideário do liberalismo clássico, pertenciam com exclusividade à sociedade civil.¹¹²

Por outro lado, a distinção entre personalismo e organicismo é feita nos seguintes termos:

O personalismo parte de uma visão mais realista da autonomia do que o individualismo clássico, pois reconhece os múltiplos obstáculos materiais para o seu exercício, que devem ser removidos, com o auxílio do Estado, para que a liberdade saia do plano metafísico e ganhe concretude na vida de seres humanos de carne e osso. Mas, diferentemente do organicismo, ele se norteia pelo profundo respeito a esta autonomia individual, recusando-se a instrumentalizá-la em proveito de objetivos coletivos.¹¹³

Sarmiento observa que, em se tratando dos chamados direitos “transindividuais”, não haveria choque, mas, sim, convergência de interesses públicos e interesses individuais.¹¹⁴ No entanto, reconhece o autor a real possibilidade de colisão entre dado interesse público e o interesse que um indivíduo tenha, nessa qualidade:

Porém, existem situações em que o interesse da coletividade pode, de fato, chocar-se com direitos fundamentais. Isto porque, de um lado, os direitos fundamentais valem independentemente dos benefícios que possam granjear à sociedade em geral, não constituindo assim meros meios para a promoção de interesses públicos. E, por outro

¹¹⁰ SARMENTO, op. cit., p. 69.

¹¹¹ Ibid., p. 72.

¹¹² Ibid., p. 72-73.

¹¹³ Ibid., p. 74.

¹¹⁴ Ibid., p. 84.

turno, embora a proteção e promoção dos direitos fundamentais também seja interesse público, como acima destacado, há outros autênticos interesses públicos cuja prossecução não corresponde a nenhum tipo de direito fundamental. Pense-se, por exemplo, no interesse público referente à melhoria do trânsito, ou no concernente ao controle da dívida pública. São genuínos interesses públicos, que, não obstante, podem eventualmente colidir com direitos fundamentais.¹¹⁵

A recusa a um “princípio da supremacia do interesse público como critério de limitação de direitos fundamentais” teria aporte também no fato de que “nem todo interesse público possui berço constitucional, não há como postular sua prevalência sobre tais direitos”, isto é, os fundamentais.¹¹⁶

Barroso, de sua parte, assente que o interesse público primário tenha precedência sobre interesses individuais, assim prelecionando:

O interesse público primário, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático. Deverá ele pautar todas as relações jurídicas e sociais – dos particulares entre si, deles com as pessoas de direito público e destas entre si. O interesse público primário desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação. Ele é o parâmetro da ponderação. Em suma: o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover.¹¹⁷

Em havendo, porém, “confronto entre o interesse público primário consubstanciado em uma meta coletiva e o interesse público primário que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental”, os “parâmetros” a serem adotados, segundo Barroso, são “a dignidade humana e a razão pública”.¹¹⁸

Sarmiento igualmente interessa-se pelo problema da “determinabilidade da norma restritiva”¹¹⁹ dos direitos fundamentais. Diz ele:

Na verdade, a admissão de cláusulas muito gerais de restrição de direitos fundamentais – como a da supremacia do interesse público – implica também em violação aos princípios democráticos e da reserva de lei, em matéria de limitação de direitos, já que transfere para a Administração a fixação concreta dos limites ao exercício de cada direito fundamental. Ademais, dita indeterminação pode

¹¹⁵ Ibid., loc. cit.

¹¹⁶ Ibid., p. 95.

¹¹⁷ BARROSO, op. cit.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ SARMENTO, op. cit., p.96.

comprometer a sindicabilidade judicial dos direitos fundamentais, por privar os juízes de parâmetros objetivos de controle.¹²⁰

Ademais, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular teria sua principal “objeção dogmática” consubstanciada no fato de ser ele “incompatível com princípio da proporcionalidade”.¹²¹ Daí questionar-se a supremacia do interesse público sobre o particular como um princípio, já que, segundo os doutrinadores, estaria na própria Constituição o fundamento da negativa de fixação apriorística de um critério de prevalência. Com propriedade observou Binenbojm a “circularidade”¹²² desse tipo de pensamento no seguinte trecho:

Com efeito, na Constituição são encontrados os fundamentos para a restrição de direitos individuais em prol de interesses da coletividade. Ora, se é a Constituição que, explícita ou implicitamente, estabelece quando e em que medida direitos individuais são restringidos, (I) o fundamento da restrição é a norma constitucional específica, e não o dito princípio e (II) a medida da restrição, conforme permitida pela Constituição, é dada por uma norma de proporção e preservação recíproca dos interesses em conflito, e não de prevalência *a priori* do coletivo sobre o individual.¹²³

Segundo Binenbojm, a ponderação no caso concreto, na hipótese de conflito de interesses, há de guiar-se pelo princípio da proporcionalidade – aí compreendidos os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – e pelo princípio da dignidade da pessoa humana, da seguinte forma:

Assim, o melhor *interesse público* só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento deste raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade [grifo do autor].¹²⁴

No entender de Binenbojm, “uma norma que preconiza a supremacia *a priori* de um valor, princípio ou direito sobre outros não pode ser qualificado como princípio”, porque um princípio é, “por definição”, “norma de textura aberta, cujo fim ou estado de coisas para o qual aponta deve sempre ser contextualizado e ponderado com outros princípios igualmente

¹²⁰ Ibid., loc. cit.

¹²¹ Ibid., p.99.

¹²² BINENBOJM, op. cit.

¹²³ Ibid., p. 139.

¹²⁴ Ibid., p. 167.

previstos no ordenamento jurídico”.¹²⁵ O problema “teórico verdadeiro”, então, diz Binenbojm, “não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer”.¹²⁶

Ponto pacífico, então, entre os defensores da chamada desconstrução do princípio da supremacia do interesse público é a crítica ao estabelecimento apriorístico da prevalência do interesse público sobre os interesses individuais, com exceção da perspectiva de Barroso, como visto alhures, acerca da imponderabilidade do interesse público primário.¹²⁷

Mas há, ainda, a contrapalavra à desconstrução, como se encontra em Borges¹²⁸, que manifesta ceticismo em face da tensão que se vem estabelecendo entre a supremacia do interesse público, como prerrogativa da Administração Pública, e o movimento que denomina “constitucionalização do direito”. Esse movimento, diz a autora, estaria empenhado em “*desconstruir (sic)* o princípio da supremacia do interesse público, como sendo a base de um autoritarismo retrógrado, ultrapassado e reacionário do direito administrativo [grifo do autor]”.¹²⁹

Borges entende estar havendo “uma certa confusão conceitual”, que assim explicita:

Não se trata de *desconstruir* a supremacia do interesse público. Bem ao contrário, na atual conjuntura nacional, o que é preciso, mais do que nunca, é fazer respeitá-la, é integrá-la na defesa dos luminosos objetivos fundamentais de nossa Constituição, expressos em seu monumental artigo 3º. [...] É preciso não confundir a *supremacia do interesse público* – alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico-administrativo – com as suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas. O problema, pois, não é do princípio: é, antes, de sua aplicação prática. Trata-se, isto sim, de *reconstruir* a noção, situá-la devidamente dentro do contexto constitucional, para que possa ser adequadamente defendida e aplicada pelo Poder Judiciário, no exercício de seu inafastável controle [grifo do autor].¹³⁰

Em suma, para Borges, a relevância da discussão cinge-se não ao aspecto ontológico de uma supremacia do interesse público, mas às alegadas concretizações do aludido princípio. Daí que a controvérsia se desloca para o plano político, inclusive no que se refere ao controle

¹²⁵ Ibid., p. 166.

¹²⁶ Ibid., p. 167.

¹²⁷ BARROSO, op. cit.

¹²⁸ BORGES, Alice Maria Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Interesse Público**, Porto Alegre, v. 8, n. 37, p. 29-48, maio/jun. 2006.

¹²⁹ Ibid., p. 30.

¹³⁰ Ibid., p. 31.

jurisdicional da atividade administrativa, em que se faria a adequação ou reconstrução – para utilizar o termo da autora – semântica do interesse público, à luz da Constituição.

2. TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

O que se convencionou chamar de teorias da argumentação jurídica remonta ao pensamento de jusfilósofos cuja produção teórica situa-se no pós-guerra da década de 1950. Tal produção é geralmente associada à “ressurreição da tópica” em diversos campos de conhecimento, a partir de releituras das obras de Aristóteles e de Cícero.¹³¹

A retórica clássica, até então associada a uma grandiloquência divorciada da ética, é retomada no campo da filosofia do direito em propostas teóricas guiadas pela rejeição à lógica formal dedutiva como explicação do raciocínio jurídico, ponto de contato entre Viehweg e Perelman como precursores de uma teoria da argumentação jurídica, conforme se verá adiante.

Como nota introdutória, porém, a este Capítulo e que tem em vista, de um lado, a densidade com que o tema da argumentação jurídica é abordado por diversos teóricos e, de outro, os limites formais do presente estudo, talvez seja apropriado fazer uma ressalva. Longe da pretensão de dar conta da produção teórica dos jusfilósofos, o que em verdade excederia nossos objetivos, limitar-nos-emos a apresentar, em linhas gerais, o pensamento de Viehweg, Perelman, Ferraz Jr. e, por último, de Habermas, concluindo com um item específico dedicado à teoria da argumentação de Alexy.

2.1. ALGUMAS CONTRIBUIÇÕES DA FILOSOFIA DO DIREITO

2.1.1. A tópica de Viehweg

Encontram-se em duas obras de Aristóteles e de Cícero, ambas intituladas *Tópica*, o aparato teórico das formulações de Viehweg. Aliás, o tributo aos pensadores clássicos em questão se fez até mesmo no nome da obra pioneira de Viehweg, *Tópica e Jurisprudência*¹³² (*Topik und Jurisprudenz*), publicada em 1953. Segundo Atienza, “a tópica toma como ponto

¹³¹ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006, p. 45-46.

¹³² VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

de partida não um *primum verum*, e sim o verossímil, o sentido comum, e o desenvolve mediante um tecido de silogismos e não mediante longas deduções em cadeia”.¹³³

De fato, o conceito de verossimilhança foi essencial em Aristóteles, como contraponto ao conceito de verdade, tão caro ao pensamento platônico. Daí a afirmação aristotélica, feita na *Arte Poética*, de que “ao poeta não compete narrar exatamente o que aconteceu, mas sim o que poderia ter acontecido, o possível, segundo a verossimilhança ou a necessidade”.¹³⁴ A retórica foi estudada por Aristóteles como parte da dialética, entendidas ambas, assim, como faculdade de fornecer argumentos, e foi desses argumentos, dos dialéticos, de que o filósofo grego se ocupou na *Tópica*.

A especialidade do argumento dialético consistiria, segundo Atienza, “na natureza das premissas, que no caso dos argumentos dialéticos são *endoxa*, isto é, proposições que parecem verdadeiras a todos ou aos mais conhecidos ou famosos”¹³⁵, diversamente do argumento apodítico ou demonstrativo, fundado na idéia de evidência. Em Cícero, porém, tal distinção teria perdido relevo em virtude da distinção *ars inveniendi* e *ars judicandi* – ou invenção e formação do juízo.¹³⁶ Nessa perspectiva, a tópica é retomada por Viehweg como *ars inveniendi*, como procedimento que visa à descoberta das premissas, à obtenção dos argumentos, pelo recurso aos chamados lugares-comuns ou *topoi*, em contraposição ao raciocínio lógico-dedutivo.

Como observa Viehweg, os *topoi*, que eram, “para Aristóteles, pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte [...], são os que nos podem ajudar, em relação a cada problema, a obter raciocínios dialéticos”.¹³⁷ Pensar o problema, portanto, constitui o eixo da tópica de Viehweg. Não o simples pensar, mas o tecnicamente “orientado para o problema, e que explora a *invenção*”, no dizer de Camargo.¹³⁸ Daí Ferraz Jr., no seu Prefácio à tradução da

¹³³ ATIENZA, op. cit., p. 48.

¹³⁴ ARISTÓTELES. *Arte poética e arte retórica*. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Ediouro, [19--], p. 252.

¹³⁵ ATIENZA, op. cit., loc. cit.

¹³⁶ Ibid., loc. cit.

¹³⁷ VIEHWEG, op. cit., p. 27.

¹³⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 150.

Tópica e Jurisprudência, observar que “a tópica não é propriamente um método, mas um estilo [...], um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção deles”.¹³⁹

Viehweg estabelece, porém, a distinção entre tópica de primeiro grau e tópica de segundo grau. A primeira compreenderia os pontos de vista diretivos, “mais ou menos casuais, escolhidos arbitrariamente”, utilizáveis na solução de determinado problema. Seriam, portanto, premissas capazes de nos “levar a consequências que nos iluminem”¹⁴⁰, premissas essas tomadas isoladamente. A tópica de segundo grau, por sua vez, consistiria de repertórios de pontos de vista mais ou menos organizados, de catálogos de *topoi* e cujo sentido é dado a partir do problema.

Trata-se, de todo modo, de perspectiva cuja ênfase recai no estágio germinal da decisão, em detrimento da decisão em si mesma, como resultado de um procedimento argumentativo. A esse propósito são as considerações de Viehweg:

A tópica é um procedimento de busca de premissas, conforme sublinhou Cícero, ao diferenciá-la, como *ars inveniendi*, da lógica demonstrativa ou *ars iudicandi* [...]. Isto tem pleno sentido. Pois é possível distinguir uma reflexão que busca o material para pensar, de outra que se ajusta à lógica. É igualmente claro que na prática esta última deve vir depois daquela. Vista desta maneira, a tópica é uma meditação prológica, pois, como tarefa, a *inventio* é primária e a *conclusio* secundária. A tópica mostra como se acham as premissas; a lógica recebe-as e as elabora.¹⁴¹

Em conformidade com isso, Viehweg enfatizou a irrelevância do meio formal em que o pensamento jurídico pode expressar-se, ressaltando, assim, como norte de suas formulações a necessidade da racionalização:

Para nuestro razonamiento es indiferente la forma como se exprese una tal opinión jurídica, es decir, que se lo haga a través de un oráculo, de máximas transmitidas de generación, de sentencias judiciales, decisiones administrativas, leyes, ordenanzas o de alguna otra forma. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que una tal opinión jurídica así establecida con carácter de obligatoriedad puede, en menor o mayor medida, ser racionalizada. Es decir, puede en menor o mayor medida, ser colocada bajo el control del pensamiento. Si ello es realizado en una medida suficiente, nos encontramos con una opinión jurídica racionalmente desarrollada.¹⁴²

¹³⁹ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Imprensa Nacional, 1979, p. 3.

¹⁴⁰ VIEHWEG, op. cit., p. 36.

¹⁴¹ VIEHWEG, op. cit., p. 39-40.

¹⁴² VIEHWEG, Theodor. **Topica y filosofía del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1990, p. 16.

A assunção da tópica como *ars inveniendi*, porém, é conjugada com o que Viehweg chama de função social de uma opinião jurídica vinculante, situada em uma pretendida teoria do direito material, cujo objetivo, em última análise, seria a busca da justiça.¹⁴³ Assim, diz ele: “Todo lo que el *ars inveniendi* sugiere dentro de la dogmática jurídica como solución de un problema tiene que ser conciliable con los dogmas fundamentales”.¹⁴⁴

Viehweg entende que a busca das premissas é um *continuum*, o que se justifica na impossibilidade de estabelecer seguramente, e de forma objetiva, um conjunto de valores passíveis de aplicação dedutiva pela jurisprudência, dada a compreensão do “jurista” como alguém que participa na construção do direito, devendo fazê-lo, porém, de forma responsável, conforme se depreende do seguinte trecho:

Si se sostiene la concepción – casi generalmente compartida y manifiestamente correcta –, según la cual la persona es un ser *no* determinado, se constata que tiene una propiedad que la estimula como ser pensante pero que también la pone en peligro como actor. El ejercicio responsable de la profesión del jurista apunta, en no poca medida, a trabajar cotidianamente en la determinación necesaria y razonable del comportamiento humano. El jurista lo hace cultivando una dogmática jurídica casuística razonable que, por una parte, es lo suficientemente elástica y, por otra, lo suficientemente estable.¹⁴⁵

Na leitura empreendida por Atienza, Viehweg teria fundamentado a rejeição ao método axiomático dedutivo na assertiva de que tal método exigiria “a axiomatização do Direito, o estabelecimento do *non liquet*, uma interpretação contínua do legislador, a estabelecer preceitos de interpretação dos fatos que se orientassem exclusivamente para o sistema jurídico”.¹⁴⁶ Diante de uma tal impossibilidade é que, na síntese de Atienza,

[...] a alternativa que permanece aberta é a de não modificar a essência da técnica jurídica (isto é, seu caráter tópico), mas apenas concebê-la como uma forma de manifestação incessante busca do justo, da qual emana o Direito positivo e que continua apresentada pelo Direito positivo [...]. A jurisprudência aparece, assim, como uma técnica que opera – topicamente – dentro do sistema jurídico e que se opõe ao pensar investigador, praticado por disciplinas não-dogmáticas como a história do Direito ou a sociologia do Direito.¹⁴⁷

¹⁴³ Ibid., p. 17.

¹⁴⁴ Ibid., p. 16.

¹⁴⁵ Ibid., p. 17.

¹⁴⁶ ATIENZA, op. cit., p. 51.

¹⁴⁷ Ibid., p. 51-52.

Desse modo, Viehweg rejeita a possibilidade do direito como disciplina sistematizável¹⁴⁸, atribuindo-lhe, por outra parte, a condição de *locus* em que se viabiliza a discussão problemática.

Na lição de Camargo,

[...] a tese [de Viehweg] é a de que a forma de pensar tópico-problemática da jurisprudência romana, que construía sua justiça a partir de decisões concretas, para então extrair princípios que lhe servissem de fundamento de validade, não se perdeu, apesar de toda ênfase dada à idéia de sistema pela dogmática jurídica dos modernos.¹⁴⁹

Por outro lado, a percepção do raciocínio jurídico como *continuum* permitiria uma compreensão multifacetada do problema, conforme Camargo:

Sob a ótica da hermenêutica, acreditamos que a tópica é de grande serventia. Não se limita a um sistema em que as interpretações aparecem como resultado de uma operação puramente lógica; ao contrário, ela vem possibilitar um significado mais abrangente do problema, na medida em que se admite um sem-fim de conexões. As várias e possíveis dimensões do problema são levadas em considerações, podendo ainda correlacionarem-se das mais diversas maneiras. Tudo para provocar um entendimento mais amplo, profundo e favorável de questões complexas, como as que tangem a justiça. Podemos dizer que a tópica permite que os diversos focos de luz que possam iluminar o problema incidam sobre ele.¹⁵⁰

Assim é que o “modelo tópico de jurisprudência” proposto por Viehweg teria três pressupostos, assim reproduzidos por Atienza, a partir da *Topica y jurisprudencia*:

1) “A estrutura total da jurisprudência só pode ser determinada a partir do problema”; a aporia fundamental é o problema de determinar o que é o justo aqui e agora. 2) “As partes integrantes da jurisprudência, seus conceitos e proposições, precisam ficar ligados de um modo específico ao problema e só podem ser compreendidos a partir dele”. 3) “Os conceitos e as proposições da jurisprudência só podem ser utilizados numa implicação que conserve a sua vinculação com o problema. É preciso evitar qualquer outra”.¹⁵¹

Atienza, no entanto, não poupa críticas a Viehweg ao asseverar que “praticamente todas as noções básicas da tópica são extremamente imprecisas e, inclusive, equívocas”, a começar pela própria noção de tópica, que abrangeria “pelo menos três coisas diferentes”, a

¹⁴⁸ Cf. CAMARGO, op. cit., p. 160.

¹⁴⁹ Ibid., p. 141.

¹⁵⁰ Ibid., p. 153-154.

¹⁵¹ ATIENZA, op. cit., p. 52.

saber, “uma técnica de busca de premissas”, “uma teoria sobre a natureza das premissas” e “uma teoria sobre o uso destas premissas na fundamentação jurídica”.¹⁵²

No que se refere, por exemplo, ao primeiro pressuposto do modelo tópico de jurisprudência, ou seja, a aporia fundamental da determinação do justo, Atienza comenta que as afirmações de Viehweg “não parecem significar outra coisa senão afirmar que a jurisprudência deve buscar soluções *justas* a partir de conceitos e proposições extraídos da própria *Justiça* [grifo do autor]”.¹⁵³ E acrescenta:

Mas isso só pode ser qualificado, na melhor das hipóteses, como uma trivialidade que, evidentemente, não contribui muito para fazer avançar a jurisprudência ou a teoria do raciocínio jurídico. O problema, naturalmente, não consiste em fazer proclamações vazias sobre a Justiça, e sim em criar algum tipo de método – ou pelo menos algum elemento de controle – que permita discutir racionalmente as questões da Justiça.¹⁵⁴

Atienza identifica, pode-se dizer, uma circularidade no pensamento de Viehweg em relação ao problema da justiça. De fato, pela avaliação de Atienza, a tópica seria insatisfatória como uma teoria da argumentação jurídica, porque

não permite ver o papel importante que a lei (sobretudo a lei), a dogmática e o precedente desempenham no raciocínio jurídico; ela fica na estrutura superficial dos argumentos padrões e analisa a sua estrutura profunda, permanecendo num nível de grande generalidade que está distante do nível da aplicação como tal do Direito [...]. Ela se limita a sugerir um inventário de tópicos ou de premissas utilizáveis na argumentação, mas não fornece critérios para estabelecer uma hierarquia entre eles. E, definitivamente, não proporciona uma resposta – nem sequer o começo de uma resposta – para a questão central da metodologia jurídica, que não é outra senão a da racionalidade da decisão jurídica [...].¹⁵⁵

Na verdade, aquilo que Atienza identifica como falho na tópica de Viehweg, quanto ao “inventário de tópicos ou de premissas utilizáveis na argumentação”, é realçado positivamente por Camargo, como se viu acima, na medida em que a autora enfatiza a visão de complexidade que seria proporcionada pela tópica na racionalização de um problema. Com efeito, comenta Camargo, “diante da infinidade do raciocínio tópico, permanece, então, o

¹⁵² Ibid., loc. cit.

¹⁵³ Ibid., p. 55.

¹⁵⁴ Ibid., loc. cit.

¹⁵⁵ Ibid., loc. cit.

debate como principal instância de controle”¹⁵⁶, ou seja, não se descarta da intersubjetividade característica do raciocínio dialético sobre o qual se funda a tópica.

Não obstante as críticas acima, admite Atienza que a tópica jurídica

contém algo importante: a necessidade de raciocinar também onde não cabem fundamentações conclusivas, e a necessidade de explorar, no raciocínio jurídico, os aspectos que permanecem ocultos se examinados de uma perspectiva exclusivamente lógica. Essa dimensão não desenvolvida na realidade, mas para qual aponta a tópica – foi prosseguida por outras concepções da argumentação jurídica e, um tanto paradoxalmente, adquiriu, nestes últimos anos, grande importância prática, em decorrência das atuais investigações sobre sistemas jurídicos hábeis; isto é, em virtude da construção de programas que reproduzem as formas características de raciocinar de um profissional do direito.¹⁵⁷

Na conclusão de Atienza, “o mérito fundamental de Viehweg não é ter construído uma teoria, e sim ter descoberto um campo para a investigação”.¹⁵⁸ E de que esse campo vem sendo explorado não resta dúvida, exploração essa feita inclusive a partir das próprias lições de Viehweg, ainda que com desdobramentos teóricos diversos, como é o caso da proposta de Ferraz Jr., conforme se verá mais adiante. Na sequência, porém, fiquemos com a nova retórica de Perelman, em função da contemporaneidade da produção desse autor com a de Viehweg. Critério, portanto, meramente didático.

2.1.2. A nova retórica de Perelman

Ao analisar as fases do raciocínio jurídico desde a Revolução Francesa, Perelman observou que a doutrina da separação dos poderes calcava-se na concepção do juiz como aplicador do direito “que lhe é dado”. Assim, “o poder judiciário diz[ia] o direito, mas não o elabora[va]”, e essa “passividade do juiz satisfaz[ia] nossa necessidade de segurança jurídica”.¹⁵⁹ Tratava-se, portanto, de compreender a atividade jurisdicional como simples operação dedutiva, sintomática da exigência de se atribuir ao direito uma feição “tranquilizadora”, no sentido de guiar a ação social, a partir da convicção de que os indivíduos estariam ao abrigo de instituições, e não à mercê do mero arbítrio de julgadores, cuja

¹⁵⁶ CAMARGO, op. cit., p. 154.

¹⁵⁷ ATIENZA, op. cit., p. 57.

¹⁵⁸ Ibid., loc. cit.

¹⁵⁹ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Virgínia K. Pupi. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 32.

autoridade seria inconteste.¹⁶⁰ Essa teria sido a segunda fase do raciocínio judiciário, a lógico-dedutiva. Na primeira, anterior à Revolução Francesa, a motivação das decisões judiciais teria sido relegada a segundo plano, em virtude da “importância [então] atribuída às regras consuetudinárias e os precedentes”.¹⁶¹

Estariamos, segundo Perelman, vivenciando uma terceira fase “na ideologia judiciária”, em que se

abre um espaço crescente, na interpretação e na aplicação da lei, para a busca de uma solução que seja não só conforme à lei, mas também equitativa, razoável, aceitável, em uma palavra, que possa ser, ao mesmo tempo, justa e conciliável com o direito em vigor. A solução buscada deveria não apenas poder inserir-se no sistema, mas também revelar-se social e moralmente aceitável para as partes e para o público esclarecido.¹⁶²

Eis um trecho que bem sintetiza o pensamento de Perelman, sua preocupação com a razoabilidade das decisões judiciais e com a questão da justiça. Ao mesmo tempo em que reconhecia os limites impostos pela dogmática jurídica na interpretação e aplicação da lei, Perelman acenava para a necessidade de decisões mais consentâneas com a realidade social. E disso, é bom que se diga, decorre também a assunção do poder criador do direito pela jurisprudência. Mas se a “feição tranquilizadora” do direito já não se obtém por processo lógico-dedutivo, a que tipo de lógica estaria associada a nossa pretensão de segurança jurídica? Segundo Perelman e Olbrechts-Tyteca, à lógica argumentativa do razoável:

A própria natureza da deliberação e da argumentação se opõe à necessidade e à evidência, pois não se delibera quando a solução é necessária e não se argumenta contra evidência. O campo da argumentação é o do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa às certezas do cálculo.¹⁶³

O direito, assim como todas as áreas em que se delibera, recorreria a técnicas de argumentação, porque os conflitos que lhe são submetidos não se sujeitam à demonstração, como ocorre nas ciências amparadas na lógica formal. O recurso aos raciocínios dialéticos e retóricos, conforme Perelman, teria por fim o estabelecimento de um “acordo sobre os valores

¹⁶⁰ Ibid., p. 33.

¹⁶¹ Ibid., p. 185.

¹⁶² Ibid., p. 184.

¹⁶³ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 1.

e sobre sua aplicação, quando estes são objeto de uma controvérsia”.¹⁶⁴ Assim, nas palavras de Camargo,

Perelman posiciona-se expressamente contra a filosofia da evidência de Descartes. Seu esforço consistiu, justamente, na busca de uma outra dimensão da racionalidade compatível com a vida prática. Pretendia demonstrar a aptidão da razão para lidar também com valores, organizar preferências e fundamentar, com razoabilidade, nossas decisões.¹⁶⁵

Considerando que seu objeto é o discurso não demonstrativo, a análise dos raciocínios que não se limitam às inferências formalmente corretas, a cálculos mais ou menos mecanizados, a nova retórica ocupa-se do discurso como estruturação da linguagem que visa convencer. O raciocínio jurídico, nessa perspectiva, rejeita o critério que tem por base as noções de evidência ou de verdade, em favor das noções de adesão e de aceitabilidade. Em termos concretos, onde não se admite a certeza do cálculo argumenta-se.

Perelman observara que a língua é “instrumento de comunicação e de ação, adaptável a fins variados e não apenas a fins científicos”, em oposição ao modelo de uma “língua ideal, caracterizada pela univocidade, pela ausência de imprecisão e de ambigüidade”.¹⁶⁶ Assim, em sua proposta de reabilitação da razão prática, Perelman contemplou, além de outras questões relativas ao contexto de produção das decisões judiciais, o “eixo pragmático da linguagem”,¹⁶⁷ e a adaptabilidade desta às exigências de uma racionalidade calcada em valores, e que se impõe pela força dos argumentos, tanto mais estes correspondam às expectativas partilhadas por seus destinatários.

Trata-se, então, de racionalidade voltada para a *praxis*, e admitidamente radicada no reconhecimento da intersubjetividade, a exigir uma justificativa para as escolhas valorativas que resultam na decisão. A argumentação ou lógica dialógica foi, portanto, a alternativa oferecida por Perelman ao pensamento dedutivo. Nesse sentido são as palavras de Camargo: “a universalidade e a homogeneidade da razão cedem lugar agora a um outro tipo de racionalidade, operacionalizada por meio da linguagem: a racionalidade persuasiva, intrinsecamente dialógica”.¹⁶⁸

¹⁶⁴ PERELMAN, op. cit., p. 139.

¹⁶⁵ CAMARGO, op. cit., p. 187.

¹⁶⁶ PERELMAN, op. cit., p. 155.

¹⁶⁷ ATIENZA, op. cit., p. 77.

¹⁶⁸ CAMARGO, op. cit., p. 206.

Vejam-se, nesse sentido, os comentários de Camargo:

A conduta prática – pensamento dirigido à ação correta – comporta mais de um resultado ou mais de um significado, conforme a aceitação por uma ou outra escala de valores, e conforme o problema apresentado em uma situação específica. Como toda escolha, a solução adotada como conduta a ser assumida despreza outras consideradas menos favoráveis. A “melhor” conduta será aquela que se apresente como a mais razoável, consoante justificativa convincente. Perelman procura chamar a atenção para a validade das deliberações humanas ou preferências razoáveis que deixam de ser arbitrárias à medida que se apresentam por meio de justificativas. Não é o caso de se estabelecer uma linha divisória entre o necessário (racional) e o não-necessário (irracional), mas de se incluir no conceito de razão aquilo que é razoável e escapa ao rigor da lógica formal e da demonstração. A deliberação consta de uma ação válida, porque eticamente correta, ainda que não necessária, e o seu fundamento de validade é dado pela força do argumento que a justifique dentro de uma concepção valorativa. Uma decisão razoável não corresponde ao mero subjetivismo ou à paixão, mas a um outro tipo de racionalidade, intersubjetiva, que se utiliza da técnica argumentativa e se define pelo consenso.¹⁶⁹

É basilar no modelo de racionalidade proposto por Perelman, em sua nova retórica – ou do que Camargo chama de “racionalidade intersubjetiva” –, o resgate do conceito aristotélico de auditório, definido como “o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação”.¹⁷⁰ Assim, dizem Perelman e Olbrechts-Tyteca, “como a argumentação visa obter a adesão daqueles a quem se dirige, ela é, por inteiro, relativa ao auditório que procura influenciar”.¹⁷¹ Pressuposto nas formulações de Perelman é o poder que o auditório exerce na determinação da qualidade da argumentação e, conseqüentemente, no comportamento do orador. E quanto maior a heterogeneidade do auditório, tanto menor o alcance, a influência da argumentação, como se pode inferir do seguinte trecho:

(...) a variedade de auditórios é quase infinita e (...), querendo adaptar-se a todas as suas particularidades, o orador vê-se confrontado com inumeráveis problemas. Talvez seja esta uma das razões pelas quais o que suscita acima de tudo o interesse é uma técnica argumentativa que se imporia a todos os auditórios indiferentemente ou, pelo menos, a todos os auditórios compostos de homens competentes ou racionais. A busca de uma objetividade, seja qual for sua natureza, corresponde a esse ideal, a esse desejo de transcender as particularidades históricas ou locais de modo que as teses defendidas possam ser aceitas por todos.¹⁷²

Daí a relevância da distinção entre convencimento e persuasão, em que persuasiva é a “argumentação que pretende valer só para um auditório particular”, e convincente, aquela

¹⁶⁹ Ibid., p. 189-190.

¹⁷⁰ PERELMAN & OLBRECHTS-TYTECA, op. cit., p. 22.

¹⁷¹ Ibid., p. 21.

“que deveria obter a adesão de todo ser racional”.¹⁷³ A partir dessa distinção, Perelman e Olbrechts-Tyteca apresentam o conceito de auditório universal como universalidade que é produto da imaginação do orador, ou seja, como imagem que o próprio orador “forma do auditório universal que busca conquistar para suas opiniões”.¹⁷⁴ Portanto, não obstante Perelman e Olbrechts-Tyteca se oponham à idéia de uma razão universal, a universalidade, como expediente teórico, não está de todo descartada em sua teoria, eis que contemplada no conceito de auditório universal, como abstração do acordo sobre os valores:

O auditório universal é constituído por cada qual a partir do que sabe de seus semelhantes, de modo a transcender as poucas oposições de que tem consciência. Assim, cada cultura, cada indivíduo tem sua própria concepção do auditório universal, e o estudo dessas variações seria muito instrutivo, pois nos faria conhecer o que os homens consideram, no decorrer da história, *real, verdadeiro e objetivamente válido* [grifo do autor].¹⁷⁵

A argumentação, segundo Perelman e Olbrechts-Tyteca, tem como ponto de partida o acordo do auditório, ou seja, aquilo que é “presumidamente admitido pelos ouvintes”.¹⁷⁶ Tal acordo compreende “ora o conteúdo das premissas explícitas, ora as ligações particulares utilizadas, ora a forma de servir-se dessas ligações”.¹⁷⁷

Esse ponto de partida da argumentação, ou acordo, no entanto, não é senão o resultado de um exercício mental:

As possibilidades de argumentação dependem do que cada qual está disposto a conceder, dos valores que reconhece, dos fatos sobre os quais expressa seu acordo; por isso toda argumentação é uma argumentação *ad hominem* ou *ex concessis*. No entanto, se é freqüente opor à argumentação *ad hominem* a argumentação *ad rem*, a primeira baseada na opinião e a segunda referente à verdade ou à própria coisa, é porque se esquece que a verdade em questão deve ser admitida. Em termos da nossa teoria, a argumentação *ad rem* corresponde a uma argumentação que o orador pretende válida para toda a humanidade racional, ou seja *ad humanitatem*. Esta seria um caso particular, mas eminente, da argumentação *ad hominem*.¹⁷⁸

Daí Perelman e Olbrechts-Tyteca advertirem sobre a necessidade de se evitar, na “argumentação filosófica”, o argumento *ad hominem*¹⁷⁹, em face do que denominaram

¹⁷² Ibid., p. 29.

¹⁷³ Ibid., p. 31.

¹⁷⁴ Ibid., p. 37.

¹⁷⁵ Ibid., loc. cit.

¹⁷⁶ Ibid., p. 73.

¹⁷⁷ Ibid., loc. cit.

¹⁷⁸ Ibid., p. 125.

¹⁷⁹ Ibid., loc. cit.

“petição de princípio”, considerado pelos autores um erro de retórica, representado “no fato de se postular o que se quer provar”.¹⁸⁰ Assim, na lição de Perelman e Olbrechts-Tyteca, a petição de princípio resulta de utilização inadequada da técnica argumentativa: “A petição de princípio consiste num uso do argumento *ad hominem* quando ele não é utilizável, porque ela supõe que o interlocutor já aderiu a uma tese que o orador justamente se esforça por fazê-lo admitir”.¹⁸¹

Perelman entende que a lógica jurídica é forma específica de organização do pensamento e que objetiva a adesão de um auditório qualificado:

(...) o raciocínio judiciário visa a discernir e a justificar a solução autorizada de uma controvérsia, na qual argumentações em sentidos diversos, conduzidas em conformidade com procedimentos impostos, procuram fazer valer, em situações diversas, um valor ou um compromisso entre valores, que possa ser aceito em um meio e em um momento dados.¹⁸²

Perelman, no entanto, privilegia a argumentação jurídica em sua forma institucionalizada, a decisão judicial. Segundo Perelman e Olbrechts-Tyteca, funções há que “autorizam – e somente elas – a tomar a palavra em certos casos, ou perante certos auditórios”.¹⁸³ O direito, pode-se dizer, seria uma delas, apresentando-se como uma área cuja habilitação para “tomar a palavra” é “minuciosamente regulamentada”.¹⁸⁴

Assim, a lógica jurídica seria racionalidade que se exterioriza pela argumentação, como discurso orientado para um auditório específico e com finalidade específica, qual seja, a adesão a uma tese. Nesse sentido é que o auditório – que inclui as partes, a comunidade jurídica e a opinião pública – é fundamental, “pois um discurso só pode ser eficaz se é adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer”.¹⁸⁵

A argumentação irá sempre pressupor um contato entre o orador e o auditório. A concepção de auditório apresenta, assim, grande operacionalidade na lógica jurídica, visto que a posição de auditório varia no decorrer do processo judicial: no início, os advogados argumentam, e os juízes são o seu auditório; no segundo momento, os juízes têm como

¹⁸⁰ Ibid., p. 127.

¹⁸¹ Ibid., loc. cit.

¹⁸² PERELMAN, op. cit., p. 183.

¹⁸³ PERELMAN & OLBRECHTS-TYTECA, op. cit., p. 21.

¹⁸⁴ Ibid., loc. cit.

auditório não só as partes e seus advogados, como também a comunidade jurídica e a sociedade como um todo.

A lógica jurídica consistiria de técnicas de argumentação específicas, ou seja, técnicas de raciocínio próprias do direito, que permitem ao juiz fundamentar suas decisões e que excedem o mero exercício de “uma sabedoria prática, uma prudência”, que lhe “permite bem julgar, em conformidade com o senso comum”. Tais técnicas implicariam na conformidade da sentença “com a jurisprudência ou com a sabedoria prática dos juristas”.¹⁸⁶

Assim é que Perelman se volta para o meio em que a solução autorizada deve ser aceita, e que se revela perpassado por uma transversalidade de discursos. A transversalidade, porém, não implica o questionamento da autoridade das instituições do direito na solução das controvérsias.

Por outro lado, quando se tem em conta a afirmação de que “toda argumentação visa à adesão dos espíritos e, por isso mesmo, pressupõe a existência de um contato intelectual”¹⁸⁷, emerge o problema da heterogeneidade dos discursos a reivindicar o papel de autoridade crítica do direito. Isto talvez represente um inconveniente complicador para a formação daquilo que Perelman e Olbrechts-Tyteca denominaram “comunidade efetiva dos espíritos”. Ou, dito de outro modo, a existência de um campo aberto para a discussão de questões supostamente pertencentes à esfera exclusiva do direito só aumentaria o peso da responsabilidade da argumentação jurídica na fundamentação das decisões judiciais.

Pode-se dizer, então, a partir das considerações de Perelman, que a “comunidade dos espíritos”, que seria imprescindível à aceitabilidade da argumentação, é inversamente proporcional à heterogeneidade do auditório. Na verdade, a assunção da existência dessa comunidade antecede a discussão sobre valores em qualquer análise das decisões judiciais: “É mister que se esteja de acordo, antes de mais nada e em princípio, sobre a formação dessa comunidade intelectual e, depois, sobre o fato de se debater uma questão determinada”.¹⁸⁸ Por isso, em se tratando de mudanças qualitativas ou mesmo quantitativas no chamado “auditório”

¹⁸⁵ PERELMAN, op. cit., p. 143.

¹⁸⁶ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 514-515.

¹⁸⁷ PERELMAN & OLBRECHTS-TYTECA, op. cit., p. 16.

¹⁸⁸ Ibid., p. 21.

da argumentação jurídica, a autoridade discursiva pode-se tornar, ela mesma, objeto de discussão.

Por outro lado, ainda que o fundamento de aceitabilidade das decisões seja reconduzido à lógica do razoável, subsistem as questões de conteúdo. Assim é que, segundo Camargo, Perelman não teria encontrado “uma lógica para uma justiça que se imponha como fundamento para o direito”, pela impossibilidade de se estabelecer uma “lógica para a escolha dos valores”, que são “determinados de forma arbitrária”.¹⁸⁹ A racionalidade operacionalizada nas justificativas para as escolhas dos valores em conflito, é possível dizer, não teria fornecido uma resposta satisfatória para a questão da justiça, basilar no pensamento de Perelman.

2.1.3. Tercio Sampaio Ferraz Jr. e a argumentação jurídica como tecnologia

A argumentação jurídica, ou melhor, a teoria dogmática da argumentação jurídica em Ferraz Jr. está conectada à perspectiva dogmática dos fenômenos sociais, entendidos, assim, “como situações normadas, expectativas cognitivas e normativas”.¹⁹⁰ A questão subjacente a essa perspectiva não é outra senão a de como a sociedade é possível, ou seja, trata-se de “captar” a sociedade “como uma ordem”, como um “sistema de interações, comportamentos mutuamente dirigidos e referidos uns aos outros, formando uma rede de relações”.¹⁹¹

Expressão que melhor traduz a interdisciplinaridade teórica em Ferraz Jr. – até porque cunhada pelo próprio autor – é a pragmática da comunicação normativa, adotada como subtítulo em sua *Teoria da Norma Jurídica*.¹⁹² E é a partir sobretudo de pressupostos extraídos das teorias da comunicação que Ferraz Jr. constrói a sua tese, tendo como ponto de partida a propriedade dialógica do discurso. Nessa ótica, a estrutura da comunicação pressupõe um emissor, uma mensagem e um receptor, como Aristóteles já havia sistematizado. Parte-se, outrossim, do axioma da pragmática comunicacional, expresso na impossibilidade da não comunicação, em que o princípio da interação é um dos pilares.

¹⁸⁹ CAMARGO, op. cit., p. 194.

¹⁹⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 102.

¹⁹¹ Ibid., loc. cit.

¹⁹² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

A interação comunicacional se daria, segundo Ferraz Jr., em dois níveis distintos, a saber, o do relato e o do cometimento, assim explicitados: “o relato é a informação transmitida. O cometimento é uma informação sobre a informação, que diz como a informação transmitida deve ser entendida.”¹⁹³ Este último, por se tratar de comunicação sobre a comunicação – ou metacomunicacional¹⁹⁴, para adotar o termo de Ferraz Jr. – é, sem dúvida, o que nos interessa em particular.

Ser essa estrutura dialógica implica um fluxo de informações, de idas e vindas, em que emissores e receptores alternam-se continuamente. Qual a consequência imediata disso? Diz Ferraz Jr.: “A estrutura dialógica [...] absorve basicamente, como seu traço fundamental, a possibilidade de contraditório, a possibilidade de contestação”.¹⁹⁵

As situações comunicativas, no entanto, seriam caracterizadas, basicamente, por sua complexidade, seletividade e contingência. Daí que, na concepção de Ferraz Jr., a estabilidade das relações sociais seria dada por regras estruturais.¹⁹⁶ Em outras palavras, a ordem não seria possível, sem regras bastantes ou mecanismos que fizessem face à instabilidade que é intrínseca à natureza das interações sociais.

O discurso racional, segundo Ferraz Jr., emerge do controle da situação comunicativa, a partir de regras que visam à contenção da reflexividade do ato locucional. A racionalidade, assim, não nasce do consenso sobre “o que se diz”, tendo em vista a reflexividade do discurso e a constante possibilidade de questionamento, “mas do mútuo entendimento sobre as *regras* que nos permitem falar” sobre o tema objeto do dissenso, desde que observada a exigência de que tais “regras da discussão” sejam “impostas” de dentro da situação comunicativa, e não de fora dela.¹⁹⁷ A racionalidade do discurso normativo estaria jungida à observância do compromisso da comunicação consubstanciado no dever de prova, esse o conceito de discurso “fundamentante” proposto por Ferraz Jr. Destarte, racional seria o discurso fundamentante norteado pelo dever de prova do orador, ou seja, pela regra do dever de fundamentação.¹⁹⁸ Daí que a racionalidade é reconduzida à questão da tecnicidade, do regramento de questões:

¹⁹³ Ibid., p. 48.

¹⁹⁴ Ibid., p. 51.

¹⁹⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio Ferraz. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 21.

¹⁹⁶ FERRAZ JR., op. cit., 2003, p. 103.

¹⁹⁷ FERRAZ JR., op. cit., 2000, p. 17.

¹⁹⁸ Ibid., p. 17-18.

A visão pragmática da racionalidade nos permite dizer que esta não se localiza nem em “formas” (invariáveis, essenciais), nem em “matérias” (variáveis, contingentes), nem na sua manipulação, nem mesmo em “premissas” que ocorrem sempre, como componentes estruturais do decurso da discussão, mas no tratamento correlacional e regrado de questões e solução de questões.¹⁹⁹

O dever de prova, porém, não se confunde com o dever de demonstração típico da lógica formal:

A argumentação como um tipo específico de raciocínio em oposição à demonstração, ou seja, como um procedimento típico que corresponde ao raciocínio persuasivo jurídico, reservando a palavra *argumento* para expressar o que se costuma chamar de *prova formal*. A expressão *formal* não deve ser tomada no sentido da lógica formal, mas da chamada lógica retórica, correspondente a procedimentos “quase lógicos”, que não obedecem o rigor exigido pelos sistemas formais.²⁰⁰

Complexas, seletivas e contingentes, as interações comunicativas reclamam “mecanismos” estabilizadores do sistema, como a institucionalização:

Partimos da idéia de que os sistemas sociais desenvolvem mecanismos capazes de garantir dinamicamente certa estabilidade às interações humanas, cuja seletividade está sempre sujeita à contingência. Expectativas normativas, assim, garantem *duração* às interações, em face da simples passagem do *tempo*, que modifica, torna contingente[s] as expectativas em jogo nas interações sociais. Para garantir aquela estabilidade, porém, não bastam as expectativas normativas, posto que sempre haverá mais normas do que o suportável. Por isso, encontramos nos sistemas sociais um segundo mecanismo estrutural, a institucionalização, que confere a certas expectativas normativas contrapostas, que afetam a estabilidade do sistema, ou seja, a existência de múltiplos agentes sociais que imprimem a suas ações orientações normativas diferentes e contrapostas, é controlada por meio de instituições, isto é, expectativas presumidas a respeito das expectativas globais e anônimas dos outros, dos terceiros em face das interações que ocorrem. Contudo [...], os conteúdos das interações institucionalizadas manifestam variedade de *sentido* que também precisa ser garantido contra a contingência. A mera expectativa *normativa institucionalizada* não dá conta dessa tarefa.²⁰¹

O discurso normativo seria, portanto, instrumento de controle de comportamento. A garantia do conteúdo das interações institucionalizadas, segundo Ferraz Jr., adviria de mecanismos de estabilização chamados “núcleos significativos”, ou seja, “centros integradores de sentido que conferem à variedade certa unidade aceitável para as interações sociais”.²⁰² Em “situações mais complexas”, avalia Ferraz Jr., a estabilidade reclamaria a

¹⁹⁹ Ibid., p. 19.

²⁰⁰ FERRAZ JR., op. cit., 2003, p. 335.

²⁰¹ Ibid., p. 111.

²⁰² Ibid., loc. cit.

utilização de valores que, em função de seu caráter abstrato, necessitam de “outro mecanismo integrador”, que são as ideologias.²⁰³ De todo modo, tem-se como questão central o problema da decidibilidade dos conflitos, vinculado a um saber que Ferraz Jr. diz ser “tecnológico”:

Sendo um saber tecnológico, o saber dogmático não cuida da decisão em termos de sua descrição como realidade social, mas de regras para a tomada de decisão. Ao fazê-lo, encara o problema da decidibilidade como resultante da incidência contínua do direito na convivência, esta própria vista como um sistema de conflitos intermitentes. É nestes termos que se ocupa das condições de possibilidade para a tomada de decisão. A doutrina dogmática, assim, tradicionalmente, preocupa-se com os requisitos técnicos que constituem os instrumentos de que se serve o decisor, aparentemente para adaptar sua ação à natureza mesma dos conflitos, mas, na verdade, para encontrar a decisão que prevalecentemente se imponha e os conforme juridicamente.²⁰⁴

Então, a racionalidade dogmática, para Ferraz Jr., é sistema de controle da decisão, analisável sob dois aspectos, um interno e outro externo. O primeiro, diz Ferraz Jr., “encara a decisão jurídica como um controle a partir dos próprios instrumentos que o sistema normativo oferece (controle-disciplina)”.²⁰⁵ Nessa perspectiva, a teoria dogmática da argumentação jurídica corresponderia ao aspecto externo do “problema dogmático do controle na correlação entre conflito e decisão”, eis que atinente aos “instrumentos que a retórica jurídica traz para o sistema (controle-dominância)”.²⁰⁶

No que se refere ao aspecto interno do controle, pertencente ao campo da teoria dogmática da aplicação do direito²⁰⁷, abrangeria o problema da subsunção do fato à norma. A esse propósito Ferraz Jr. distingue conceitos indeterminados de conceitos valorativos, sendo os primeiros aqueles que “manifestam vaguidade, isto é, não é possível, de antemão, determinar-lhes a extensão denotativa”, enquanto que os segundos seriam aqueles que “manifestam ambiguidade, isto é, não é possível, de antemão, determinar-lhes a intenção conotativa”.²⁰⁸ E preleciona:

A concreção dos conteúdos normativos, conceituados, eventualmente, de forma vaga e ambígua, porém, não é arbitrária, mas vem balizada pelo próprio sistema. Assim, o controle do processo decisório encontra princípios de balizamento da aplicação. No

²⁰³ Ibid., p. 112.

²⁰⁴ Ibid., p. 309.

²⁰⁵ Ibid., p. 314.

²⁰⁶ Ibid., loc. cit.

²⁰⁷ Ibid., loc. cit.

²⁰⁸ Ibid., p. 316.

direito moderno, o mais importante é o da legalidade, que vincula o decisor à lei e se expressa pela proibição da decisão *contra legem*.²⁰⁹

A via eleita, portanto, é a da legalidade, em espécie de autorreferência regulatória, pode-se dizer, de sorte que os conflitos resultantes da “superprodução de normas” resolvem-se pelo “princípio da inegabilidade dos pontos de partida”²¹⁰, que exige preponderância das normas jurídicas:

A teoria da decisão é, assim, uma espécie de teoria dos procedimentos institucionalizados que são verdadeiros programas de ação decisória. Estes programas não são, propriamente, ritualizações, embora não as excluam, pois não se reduzem a automatismos, exigindo, a todo momento, a transformação de questões indecidíveis em decidíveis que de novo podem se transformar em indecidíveis, até a decisão que termina a questão.²¹¹

Avalia Ferraz Jr. que, “nos sistemas jurídicos positivados e burocratizados, há um forte predomínio de programações condicionais”, em que a decisão é procedimentalmente programada a partir da fixação prévia dos meios, “deixando em aberto as consequências”, conquanto admita que “aspectos finalísticos não podem ser desprezados”, ainda que estes se refiram a “valores difusos como a justiça, o bem comum, o interesse social etc.”.²¹² Já as programações finalísticas seriam aquelas vinculadas aos fins colimados, deixando-se em aberto o meio para a sua consecução.²¹³

Mas é nos chamados aspectos externos do controle que Ferraz Jr. analisa a argumentação jurídica, sob a perspectiva da teoria da comunicação. Volta-se para a decisão como objeto do discurso normativo, como “ato de comunicação”. Assim, “o fato de decidir juridicamente é um discurso racional, pois dele se exige fundamentação”²¹⁴:

Não deve apenas ser provado, mas *com* provado. Esta comprovação não significa necessariamente consenso, acordo, mas sim que são obedecidas regras *sobre* a obtenção do consenso que aliás nem precisa ocorrer. Por isso, uma decisão que não conquiste a adesão dos destinatários pode ser, apesar do desacordo, um discurso fundamentante (racional).

A regra suprema do discurso decisório jurídico é a do dever de prova: quem fala e afirma responde pelo que diz. Para ser racional, o discurso decisório tem de estar aberto à possibilidade de questionamento. Se, num momento final a decisão jurídica

²⁰⁹ Ibid., p. 317.

²¹⁰ Ibid., p. 106.

²¹¹ Ibid., p. 320.

²¹² Ibid., p. 320-321.

²¹³ FERRAZ JR., op. cit., 2000, p. 109.

²¹⁴ FERRAZ JR., op. cit., 2003, p. 322.

termina as questões conflitivas, pondo-lhes um fim, isto não quer dizer que, durante todo o processo, ela não seja argumentada.²¹⁵

Entretanto, quando reconhece no fenômeno jurídico o ato comunicacional não descuida Ferraz Jr. de que o direito “corresponde também uma série de fatos, empíricos, que não são linguagem, como relações de força, conflitos de interesse, instituições administrativas”.²¹⁶ Desse modo, o autor ressalva que qualquer opção pela assertiva do direito como linguagem é meramente epistemológica, operacional, dado que a linguagem, em vista do postulado da alteridade, é condição de existência da formulação do direito.²¹⁷

A incerteza inerente ao conflito, todavia, sempre existirá mesmo que se ponha um termo ao dilema. Isto porque a incerteza é intrínseca ao conflito, isto é, ele se caracteriza como um *dubium*. Segundo Ferraz Jr., um *dubium* é, “dado o comportamento, em princípio, ilimitadamente crítico do ouvinte, um conjunto de possibilidades estruturadas em alternativas, de alta reflexividade”.²¹⁸ Essa alta reflexividade, explica o autor, “determina o discurso como um jogo infinito de estratégias que se organizam a partir de *topoi*”.²¹⁹ Os *topoi*, assim, teriam função orientadora da argumentação na aplicação da lei. O conflito jurídico, então, é um *dubium*, porque seu traço fundamental é a ausência de consenso, é a permanente possibilidade de apresentar alternativas concorrentes.²²⁰

Um *dubium* é, inicialmente, um conjunto de alternativas. Trata-se, entretanto, de uma questão eminentemente reflexiva, onde é, pois, sempre possível pôr-se em dúvida a própria questão, formular-se uma questão sobre a questão. [...] O diálogo se revela, por isso, como uma estrutura aberta para todos os lados, na qual é impossível uma eliminação cabal do *dubium*. Trata-se de um jogo sem-fim de estratégias que se apóiam, não sobre axiomas, mas sobre *topoi* ou lugares comuns. *Topoi* são fórmulas de procura, operações estruturantes que nos permitem manipular o *dubium* de modo argumentativo. Como os *topoi* são fórmulas presas à situação comunicativa, o discurso dialógico experimenta uma certa historicidade. Mas, propriamente, não o diálogo e sim as suas estratégias é que são históricas.²²¹

Um conflito, sob esse prisma, caracteriza-se como um conjunto de alternativas incompatíveis que pedem uma decisão. Ao ser trazido à deliberação jurídica, esse conflito é reduzido a uma forma institucional, o conflito jurídico. Entretanto, o conflito jurídico não se

²¹⁵ Ibid., loc. cit.

²¹⁶ FERRAZ JR., op. cit., 2000, p. 7.

²¹⁷ Ibid., p. 6-7.

²¹⁸ Ibid., p. 21.

²¹⁹ Ibid., p. 22.

²²⁰ FERRAZ JR., op. cit., 1997, p. 17.

resume a uma discussão que se encerra no ato da decisão. Na verdade, ele se inicia no debate de teses contrárias de forma racional e se desenvolve conforme a adequação da comunicação entre os indivíduos, através do diálogo. Por isso, a decisão no conflito judicial não teria como escopo o estabelecimento de uma harmonia perfeita entre as partes. Isso porque se houvesse a possibilidade de se chegar a uma solução ideal, conflito sequer haveria, e muito menos seria necessária a decisão.

Na decisão, a insegurança que decorre do caráter conflitivo da situação comunicacional é absorvida – idéia que Ferraz Jr. extrai de Luhmann – com a transformação de incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis. O conflito tem, desse modo, um fim, no sentido de limite temporal, não significando isso a sua extinção. Nesse passo, a decisão tão somente coordenaria pontos de vista conflitantes²²², instaurando um consenso a partir da institucionalização do conflito. Portanto, a decisão não emana de um consenso, mas, sim, o contrário.

Segundo Ferraz Jr., “a decisão é um procedimento cujo momento culminante é a resposta. A justificação da resposta constitui a questão da sua legitimidade”.²²³ Trata-se, assim, de um ato linguístico, numa situação comunicativa específica.

Ocupando-se do procedimento argumentativo dogmático, Ferraz Jr. identifica três etapas.

Na etapa inicial, denominada pela retórica antiga de *translatio*, questiona-se a própria existência do conflito, e se ele é efetivamente jurídico. Esse questionamento é prévio e condiciona a argumentação que se seguirá. Após, vem a conjectural, que se refere às “consistências fáticas das alegações”²²⁴, buscando comprovar se existe (ou não) o fato alegado e sua autoria.

Na etapa seguinte, a *definitio*, o que se busca, em última análise, é subsumir o fato à significação da lei. A acusação procurará tipificar o fato – já definida sua existência e

²²¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A filosofia como discurso aporético**. Disponível em <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/23>>. Acesso em 04 de agosto de 2009.

²²² FERRAZ JR., op. cit., 2000, p. 166.

²²³ FERRAZ JR., op. cit., 2003, p. 310.

²²⁴ Ibid., p. 331.

caracterização na etapa anterior – em relação ao texto legal, enquanto que a defesa tentará negar essa tipificação ou, ainda, substituí-la por outra, menos desfavorável (por exemplo, furto em vez de roubo):

A definitio, no questionamento argumentativo é sempre *partidária*, isto é, ela é “usada” no interesse das partes. [...] A *definitio* corresponde, na argumentação jurídica, a uma “normativização” jurídica da semântica “natural”. Aqui entra a habilidade hermenêutica. Do ponto de vista da decisão, seu fim último é subsumir a designação do fato à significação (da palavra legal) “querida pelo legislador” (*voluntas legumlatoris*) ou “querida pela lei” (*voluntas legis*) [...].²²⁵

No entanto, por se tratar essa “vontade da lei” ou “do legislador” de uma presunção cuja força é diminuída no processo argumentativo das partes, as definições, segundo Ferraz Jr., “no discurso decisório, sempre têm caráter persuasivo”.²²⁶ Portanto, a determinação semântica da norma não faria mais do que nos levar a uma “distinção elástica e gradativa, que oscila, com diferentes intensidades, entre um *plenum* [...] e um *parum plenum* [...]”.²²⁷

A *definitio*, avalia Ferraz Jr., “revela [...] o problema semântico que nos coloca entre a presunção da clareza da lei em contraste com sua obscuridade semiológica”.²²⁸

No aspecto da fundamentação, o modo pragmático de discurso no qual o direito é situado teria como traço distintivo a heterologia, ou seja, tipifica-se como discussão-*contra*, em contraste com o discurso homológico, ou discurso-*com*, que se prende à idéia de convencimento.²²⁹

No caso, porém, em que se discute um *contra* o outro, a relação é basicamente *heterológica*. Aqui um eventual consenso entre as partes não é fruto da verdade, mas, ao contrário, a “verdade” se funda no consenso obtido. Não há lugar, pois, para convicção, mas para *persuasão*. Persuasão é entendida como um sentimento que se funda no *interesse*. Enquanto a verdade se liga aos procedimentos verificadores (e falsificadores) nos quadros da comum competência comunicativa, o interesse se liga a procedimentos de controle de opinião.²³⁰

Dada a natureza heterológica do conflito jurídico e a inafastabilidade da decisão, o que resulta na impossibilidade de sua solução pela “racionalidade simétrica entre problemas e

²²⁵ Ibid., loc. cit.

²²⁶ Ibid., p. 332.

²²⁷ Ibid., loc. cit.

²²⁸ Ibid., p. 334.

²²⁹ FERRAZ JR., op. cit., 2000, p. 27-28.

²³⁰ Ibid., p. 28.

soluções”, Ferraz Jr. chama a atenção para o fato de que “as interações heterológicas têm formas específicas de controle”.²³¹

No conflito jurídico há a necessidade da intermediação de um terceiro elemento na situação comunicativa, a saber, o “comunicador normativo”, que funciona como elo na interação entre as partes conflitantes. Esse elemento, institucionalizado, também deverá escolher, dentre a gama de possibilidades que lhe são apresentadas, aquela mais apropriada para dirimir o conflito. No entanto, esse comunicador normativo, segundo Ferraz Jr., “entra na discussão de modo fortalecido, no sentido de que sua fala passa a ligar as partes entre si como partes conflitantes”, ao estabelecer entre as partes em conflito “uma coordenação objetiva da qual elas não podem mais escapar”.²³² Como consectário desse papel coordenador institucionalizado na situação comunicativa tem-se a isenção do dever de prova do orador normativo, não obstante a natureza de discurso heterológico em que ele participa.²³³ Assim, palavras de Ferraz Jr.,

a sua decisão passa a valer, independentemente de as expectativas dos endereçados serem, de fato, contrárias, valendo ainda que os endereçados insistam em desiludi-la. Como, portanto, a decisão do comunicador normativo tem força contrafática, tendo garantida a sua expectativa, ainda que de fato os comportamentos exigidos sejam divergentes, acatem ou não a decisão, explica-se que ela soluciona os conflitos, não porque os elimina de fato, mas porque lhes põe um fim, encerra-os.²³⁴

O discurso normativo, avalia Ferraz Jr., é discurso *sui generis*, porque se realiza em situação linguística que, “estruturalmente, é, ao mesmo tempo, dialógica e monológica”.²³⁵ De início, o “editor normativo [...] é *parte argumentante*, pois deve persuadir o endereçado, com os procedimentos pertinentes; de outro, ele aparece como *autoridade*, impõe complementaridade, exigindo adesão convicta”.²³⁶ Daí a afirmação de que “os discursos normativos são dialógicos no que se refere ao aspecto relato, monológicos no que se refere ao aspecto cometimento”.²³⁷

Na perspectiva de Ferraz Jr., a validade da norma jurídica não se esgota em seu aspecto sintático normativo, mas prende-se à capacidade do discurso normativo em pôr termo

²³¹ Ibid., p. 33.

²³² Ibid., p. 43.

²³³ Ibid., loc. cit.

²³⁴ Ibid., p. 44.

²³⁵ Ibid., p. 46.

²³⁶ Ibid., loc. cit.

aos conflitos. Aqui funciona também a distinção entre programações condicionais e programações finalísticas, que Ferraz Jr. colhe da cibernética. Sua operacionalidade é ativada na explicação das técnicas de validação ou de imunização da norma jurídica, pelas quais “uma norma imuniza a outra: a) disciplinando-lhe a edição; b) delimitando-lhe o relato”.²³⁸ A validade, assim, seria uma “propriedade do discurso normativo que exprime uma conexão de imunização”²³⁹, conceito que Ferraz Jr. delimita nos seguintes termos:

Imunização significa basicamente um processo racional (fundamentante) que capacita o editor a controlar as reações do endereçado, eximindo-se de crítica, portanto capacidade de garantir a sustentabilidade (no sentido pragmático de prontidão para apresentar razões e fundamentos do agir) da sua ação linguística. [...] A imunização do discurso normativo jurídico se caracteriza, pois, por ser conquistada a partir *de outro discurso normativo*, o que faz da validade uma relação pragmática entre normas, em que uma *imuniza* a outra contra as reações do endereçado, garantindo-lhe o aspecto-cometimento meta-complementar.²⁴⁰

A validade é, para Ferraz Jr., portanto, questão relacional, ou seja, exsurge da relação entre normas ou, nas palavras de Camargo, na “inegabilidade dos pontos de partida, que aponta para a inexorabilidade da lei”.²⁴¹

Em suma, participam na situação comunicativa normativa três comunicadores, os comunicadores sociais e o normativo, este último gozando de situação privilegiada. Assim é que dessa interação Ferraz Jr. extrai as seguintes “regras fundamentais”:

a) regra de imputação do dever de prova pela recusa da comunicação ao endereçado; b) regra de garantia do conflito, pela qual os comunicadores sociais não podem mais eximir-se da situação, sem que o terceiro, de algum modo, se manifeste, o que dá ao conflito seu caráter institucionalizado; c) regra da exigibilidade, que dá às expectativas do comunicador normativo o seu caráter contrafático. Graças a essas regras, a relação entre comunicador normativo e seus endereçados se configura como meta-complementar.²⁴²

A crítica do ouvinte ao discurso é, desse modo, limitada por regras que, de um lado, impedem a paralisação do discurso pela possibilidade interminável de questionamento e, de outro, resguardam a manutenção da relação comunicativa ao “assegura[re]m o

²³⁷ Ibid., p. 51.

²³⁸ Ibid., p. 109.

²³⁹ Ibid., p. 106.

²⁴⁰ Ibid., p. 106-107.

²⁴¹ CAMARGO, op. cit., p. 251.

²⁴² FERRAZ JR., op. cit., 2000, p. 44.

estabelecimento das ações linguísticas primárias, aquelas que, em virtude de um diálogo preliminar (que pode ser explícito ou implícito), foram admitidas como inatacáveis”.²⁴³

Trata-se da dogmatização do discurso normativo-decisório, em contraste com a axiomatização dos discursos verdadeiros. Os “discursos decisórios”, diz Ferraz Jr., “representam uma constante indagação que vai da consistência da opinião à consistência da autoridade dos que emitem opiniões”, exatamente esse o aspecto do qual esses discursos extrairiam a sua força.²⁴⁴ As discussões heterológicas, diz Ferraz Jr., “repousam justamente no momento ideológico que exclui do dever de prova certas asserções”, na forma de “dogmas, cuja força depende de sua referência às questões aporéticas, que são o seu ponto de partida”.²⁴⁵ Avalia, então, Ferraz Jr. que “o limite da racionalidade dos discursos heterológicos está na sua capacidade de assumir aporias, sendo irracionais os que as excluem ou tentam eliminá-las”.²⁴⁶

A normatividade do discurso, em suma, seria determinada pelo aspecto do cometimento, como forma de “violência simbólica”:

de tal modo que uma dúvida quanto ao relato [...] que se resolveria, eventualmente, ao nível de uma constatação empírica, sempre esconde um problema de cometimento, caso em que as interpretações sutis dos juristas do seu “verdadeiro” sentido revelam disputas ideológicas em que o conteúdo é reduzido a segundo plano, convertendo-se a questão em problema de “ascendência comunicativa”, grupal ou pessoal. [...]

Tendo em vista o momento monológico da sua estrutura, todo discurso normativo se revela uma violência simbólica, enquanto imposição, por um poder arbitrário, de um tipo de relação comunicativa que decide do sentido do relato da comunicação. [...] O caráter *arbitrário* significa, apenas, que a norma representa um momento de *seleção* fortalecida do sistema de opções por este ou aquele comportamento, tratando-se de uma seleção de seleção ou decisão sobre possíveis decisões [...]. Esta noção de arbitrário está intimamente ligada ao caráter *dogmático* do discurso normativo. Como este é discurso decisório, heterológico, está sempre referido a questões conflitivas que, pela sua reflexividade, dominam o próprio discurso decisório o qual, num outro nível, é também conflitivo.²⁴⁷

A arbitrariedade do discurso normativo consistiria, desse modo, na decisão do sentido do relato da comunicação, não obstante a própria fundamentação da autoridade do editor normativo seja, ela mesma, questão dúbia conflitiva. Trata-se da reafirmação do caráter

²⁴³ Ibid., p. 165.

²⁴⁴ Ibid., p. 167.

²⁴⁵ Ibid., p. 168.

²⁴⁶ Ibid., loc. cit.

²⁴⁷ Ibid., p. 174-176.

contratáfico das expectativas do comunicador normativo, ou regra da exigibilidade, conforme regra supramencionada, deduzida por Ferraz Jr., e pela qual se estabelece a metacomplementaridade da relação entre o comunicador normativo e os seus destinatários.

Em suma, a explicação da situação comunicacional normativa como garantida por regras estruturais ou técnicas extraídas do próprio sistema representa uma mudança de paradigma na dogmática jurídica. Assim é que Coelho, ao se referir à contribuição de Perelman para o que chama de “ruptura anticientificista” no interior da filosofia jurídica, observa um redirecionamento na trajetória na teoria do conhecimento jurídico que põe em perspectiva o “estatuto científico desse saber”.²⁴⁸ Destaca, a esse propósito, o enfoque de Ferraz Jr. no sentido de atribuir ao conhecimento jurídico o estatuto tecnológico:

Em Tercio Sampaio Ferraz Jr., por exemplo, como o problema que se propõe a dogmática jurídica não é o da verdade ou da falsidade de seus enunciados mas as pautas de decisões possíveis, ela se manifesta como pensamento *tecnológico*, e não científico. O estudioso do direito conheceria, a rigor, a adequabilidade de meios (isto é, as muitas interpretações possíveis de uma norma jurídica) para o alcance de fins dados externamente a seu saber (a administração de conflitos sociais, a manutenção da organização econômica, política, social etc.); adequabilidade essa que não se revela por demonstração lógico-dedutiva mas por argumentação retórica.²⁴⁹

Com efeito, Ferraz Jr., amparando-se na tópica de Viehweg, admite que “enquanto a analítica estaria na base da ciência, a dialética estaria na base da prudência”²⁵⁰, espaço no qual a discussão de um estatuto científico da fundamentação das decisões judiciais não iria mesmo longe.

2.1.4. Habermas e a teoria do agir comunicativo

Habermas se propôs a estudar “as condições da gênese e da legitimação do direito” como “um processo que envolve negociações e formas de argumentação”.²⁵¹ Em sua tentativa de explicar como a ordem social é possível, desenvolveu a chamada teoria do agir

²⁴⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. In: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XVI.

²⁴⁹ Ibid., p. XVI-XVII.

²⁵⁰ FERRAZ JR., op. cit., 2003, p. 326.

²⁵¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b, p. 9.

comunicativo, em que a razão, transportada para o *medium* linguístico e aliviada “da ligação exclusiva com o elemento moral”, dá lugar à razão comunicativa.²⁵²

Muito embora o conceito de razão comunicativa elaborado por Habermas seja algo inteiramente novo, o ponto de partida, pode-se dizer, é a ambivalência da razão moderna, uma vez que “sustenta, ao mesmo tempo, o caráter dominador e emancipador da razão moderna”.²⁵³ Conforme Alvim, Habermas alinha-se com a visão predominante entre os pensadores iluministas, segundo a qual é o desenvolvimento da razão na modernidade que “cria as condições de possibilidade de emancipação do homem dos aspectos de dominação baseados na religião, tradição, família, obscurantismo, ideologia etc.”.²⁵⁴

Habermas admite, porém, que, em virtude das “qualidades estruturais da socialização comunicativa” que perpassam o “mundo da vida” e o “tecido social”, “não é possível estabilizar definitivamente expectativas de comportamento social, que dependem de suposições de validade frágeis e precárias”.²⁵⁵

Segundo Alvim, Habermas reconheceria a “procedência da crítica feita pela Escola de Frankfurt ao caráter positivo e emancipador da razão moderna”, destacando a ressalva habermasiana de que essa crítica envolveria somente a razão sistêmica ou instrumental.²⁵⁶ Daí a proposição da existência de uma “ambigüidade constitutiva da modernidade”, que se caracterizaria pela produção de dois tipos “diferenciados e contraditórios” de racionalização, o instrumental e o comunicacional, e que “estabelecem uma tensão na própria formação da razão moderna”.²⁵⁷

Assim é que “uma teoria da racionalização das sociedades modernas não pode deixar de levar em conta estas duas formas constitutivas da razão”²⁵⁸, isto é, a instrumental e a

²⁵² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a, p. 19.

²⁵³ ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. O modelo de direito procedimental-discursivo em Jürgen Habermas. **Confluências**: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito, Niterói, n. 5, jul./2006, p. 44.

²⁵⁴ Ibid., loc. cit.

²⁵⁵ HABERMAS, op. cit., 2003a, p. 57.

²⁵⁶ ALVIM, op. cit., p. 45.

²⁵⁷ Ibid., loc. cit.

²⁵⁸ Ibid., loc. cit.

comunicacional, que, segundo Habermas, seriam “dois registros sobre os quais a análise da racionalidade pode-se aplicar aos conceitos de saber proposicional e de mundo objetivo”.²⁵⁹

Uma possível contrapalavra a Habermas é encontrada em Giddens, que externa descrença em relação à racionalidade como via de acesso para a apropriação do mundo pelos sujeitos. Considerando o que denomina “componentes reflexivos da sociologia”, diz Giddens: “Nas ciências sociais, temos que acrescentar ao caráter inconstante de todo conhecimento baseado empiricamente a “subversão” que vem da reentrada do discurso científico social nos contextos que ele analisa”.²⁶⁰

Mas em que consiste essa *subversão*? Diz Giddens,

[...] as ciências sociais estão na verdade mais profundamente implicadas na modernidade do que as ciências naturais, na medida em que a revisão crônica das práticas sociais à luz do conhecimento sobre estas práticas é parte do próprio tecido das instituições modernas.²⁶¹

Trata-se, assim, de uma volatilidade dos significados dos conceitos e das conclusões empíricas ligadas a eles, “formulados no sentido de analisar mudanças envolvidas na emergência das instituições modernas”²⁶², uma vez que não se poderia separar os conceitos das atividades e eventos aos quais se relacionam.

Muito embora se possa inferir que a crítica de Giddens tenha por foco a razão sistêmica ou instrumental, isso não significa que a razão comunicativa esteja a salvo de crítica no que se refere ao seu caráter emancipador, principalmente quando se considera a atual diversidade de configurações de democracias. Nesse respeito, é muito apropriada a crítica de Neves ao modelo habermasiano, cujas concepções compreenderiam “apenas parcialmente a modernidade”. Isto porque, segundo Neves,

[...] não houve de maneira alguma a efetivação suficiente da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional, tampouco a construção de uma esfera pública pluralista fundada na generalização institucional da cidadania, que

²⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l’agir communicationnel*. Tome I. Paris: Ed. Fayard, 1987, p. 27 *apud* ALVIM, op. cit., p. 45.

²⁶⁰ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. 2.ed. São Paulo: Unesp, 1991. p. 46.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 47.

²⁶² *Ibid.*, loc. cit.

constituem supostamente características sociais de outras regiões estatalmente organizadas.²⁶³

O que, porém, diferencia o enfoque positivo da razão moderna em Habermas do pensamento iluminista é o deslocamento da origem do sujeito para o processo de comunicação intersubjetivo. Ou, nas palavras de Habermas,

a razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* linguístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam.²⁶⁴

E é justamente esse *medium* linguístico concretizado em um processo argumentativo que tem especial interesse em uma análise sobre as formas de produção do direito na sociedade moderna.

Em Habermas, a argumentação está vinculada ao agir comunicativo, que, por sua vez, é essencial à reprodução do mundo da vida, uma categoria fundante de sua teoria, e que representa o espaço da mediação simbólica. Mundo vivido e sistema, cada um produzindo um tipo específico de razão, são duas partes da Teoria Social de Habermas, e o Direito estaria presente em ambas.²⁶⁵

A racionalidade produzida no agir comunicativo “está inscrita no telos linguístico do entendimento, formando um *ensemble* de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras”.²⁶⁶ Com efeito, o estudo dessas condições limitadoras poderia fornecer certo instrumental que contribuísse para a previsibilidade de discursos argumentativos no direito. Mas essas condições, adverte Habermas, não significam normas do agir, porque a razão comunicativa só possui um conteúdo normativo “na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual”²⁶⁷, isto é, necessariamente terá de recorrer a abstrações:

Ou seja, ele é obrigado a empreender idealizações, por exemplo, a atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação

²⁶³ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 237.

²⁶⁴ HABERMAS, op. cit., 2003a, p. 20.

²⁶⁵ ALVIM, op. cit., p. 45-46.

²⁶⁶ HABERMAS, op. cit., 2003a, p. 20.

²⁶⁷ Ibid., loc. cit.

aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros. E, ao fazer isso, o que age comunicativamente não se defronta com o ‘ter que’ prescritivo de uma regra de ação e, sim, com o ‘ter que’ de uma coerção transcendental fraca – derivado da validade deontológica de um mandamento moral, da validade axiológica de uma constelação de valores preferidos ou da eficácia empírica de uma regra técnica. Um leque de idealizações inevitáveis forma a base contrafactual de uma prática de entendimento factual, a qual pode voltar-se criticamente contra seus próprios resultados, ou *transcender-se* a si própria.²⁶⁸

É bem verdade que, nesse modelo, ter como ponto de partida “pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual” talvez represente um complicador adicional a uma investigação sobre questões semânticas no direito. Sem dúvida, a potencial contestabilidade de um elemento teórico é a atribuição do estatuto de contrafático²⁶⁹, isto sem falar na idéia de uma consciência universalista, como resta claro nas proposições de Habermas.

De fato, a razão comunicativa “não fornece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa, nem imediatamente prática”²⁷⁰, porque a orientação que ela possibilita refere-se às pretensões de validade da verdade proposicional.

Segundo Maia, “a idéia central de Habermas no tocante à sua teoria da argumentação consiste na noção de sistema de pretensões de validade”, em que argumentos seriam “meios através dos quais o reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade hipoteticamente erguidos por algum proponente pode ser alcançado e assim opiniões são transformadas em conhecimento”²⁷¹:

A prática argumentativa conecta-se a uma forte antecipação idealizante expressa no controvertido conceito de situação ideal de fala (semelhante à idéia de auditório universal) [...]. Esse constructo teórico recorre a certas pressuposições idealizadas como as de que todos os participantes devem ser verídicos, todos os interessados podem participar, todos podem problematizar qualquer afirmação, todos podem introduzir quaisquer argumentos e de que nenhum participante pode ser coagido. Estas condições especificam uma norma de comunicação que traz em si um impulso de ‘reciprocidade igualitária’. Disso decorre que a utilização do expediente da situação ideal de fala não supõe que tais condições ocorram simultaneamente na vida real. Ela se caracteriza por ser uma noção contrafática, um ideal a ser

²⁶⁸ Ibid., p. 20-21.

²⁶⁹ MAIA, Antonio Cavalcanti. **Argumentação - verbete**. In: BARRETTO, Vicente (Org.). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8.

²⁷⁰ HABERMAS, op. cit., 2003a, p. 21.

²⁷¹ MAIA, op. cit., p. 7.

perseguido, nunca plenamente realizável, mas que funciona como um parâmetro crítico à avaliação dos processos argumentativos concretos.²⁷²

O desafio reside em como, a partir de uma noção contrafática, avaliar esses processos argumentativos concretos, bem como, a partir de idealizações, considerar realidades singulares e contextos específicos de concretização do direito.

Para Habermas, a questão de que sua teoria do agir comunicativo pretende dar conta é a tensão existente entre facticidade e validade. O problema decorrente de suas opções metodológicas – o de como “explicar a possibilidade de reprodução da sociedade num solo tão frágil como é o das pretensões de validade transcendentais” – teria como possível solução, segundo Habermas, o *medium* do direito, “especialmente na figura moderna do direito positivo”:

As normas desse direito possibilitam comunidades extremamente artificiais, mais precisamente, associações de membros livres e iguais, cuja coesão resulta simultaneamente da ameaça de sanções externas e da suposição de um acordo racionalmente motivado.²⁷³

Segundo Habermas, o que subsiste à mudança de paradigmas é o caráter constitutivo da razão, “é a sua relação com a formação idealizadora de conceitos, que circunscreve os limites através de conteúdos ideais ou de idéias”.²⁷⁴ E acrescenta: “Qualquer idealização gera conceitos sobre a adaptação mimética a uma realidade dada e carente de um esclarecimento”.²⁷⁵ Daí que, referindo-se ao pioneirismo de Frege na “guinada linguística”, avalia Habermas não ser mais possível “apreender simplesmente e sem mediação pensamentos e fatos no mundo dos objetos representáveis; eles só são acessíveis enquanto representados, portanto em estados de coisas expressos através de proposições”.²⁷⁶

Sem dúvida, na construção de sua teoria do agir comunicativo, Habermas deve muito ao que ele chama “guinada analítica da linguagem”, pela superação da oposição clássica entre idéia e realidade, “típica da tradição platônica”.²⁷⁷ De fato, se parafraseássemos Platão, a pretensão de representar a realidade na linguagem – e, no nosso caso, no discurso do direito –

²⁷² Ibid., p. 8.

²⁷³ HABERMAS, op. cit., 2003a, p. 25.

²⁷⁴ Ibid., p. 26-27.

²⁷⁵ Ibid., p. 27.

²⁷⁶ Ibid., p. 28.

²⁷⁷ Ibid., p. 55.

só traria como consequência o afastamento do *vero* a enorme distância, já que apenas conseguiríamos fazer simulacros com simulacros.²⁷⁸ O que, para Habermas, subsiste da teoria platônica é o fato de a razão continuar sendo constitutiva:

é a sua relação com a formação idealizadora de conceitos, que circunscreve os limites através de conteúdos ideais ou de idéias. Qualquer idealização gera conceitos sobre a **adaptação mimética** a uma realidade dada e carente de um esclarecimento [grifo nosso].²⁷⁹

A adaptação mimética já em Aristóteles era percebida como tendo uma dupla consequência na vida humana: o prazer e a aquisição de conhecimento.²⁸⁰ E causa e efeito se confundem na visão aristotélica, já que o prazer pode ser educativo ao mesmo tempo em que a aquisição do conhecimento, prazerosa. Por isso a *mimesis* era considerada essencial ao desenvolvimento humano.²⁸¹

Assim, não haveria falar em realidade, ou melhor, em concepções e representações da realidade senão como tradução. Uma forma específica de compreender essa mediação é exposta por Habermas nos seguintes termos:

As idéias passam a ser concebidas como incorporadas na linguagem, de tal modo que a facticidade dos signos e expressões lingüísticas que surgem no mundo liga-se internamente com a idealidade da universalidade do significado e da validade em termos de verdade. A generalidade semântica de significados lingüísticos obtém sua determinabilidade ideal no *medium* de sinais e expressões que sobressaem, como tipos reconhecíveis, da corrente de eventos lingüísticos e processos de fala (por exemplo, testemunhos escritos), seguindo regras gramaticais. Além disso, esclarece-se a diferença entre a validade de um proferimento e o simples ter-como-verdade, afirmando que o conceito da validade ideal deve ser entendido como afirmabilidade racional sob condições ideais, portanto somente através da referência ao resgate discursivo de pretensões de validade.²⁸²

E porque os argumentos são também ambivalentes, “tanto podem fortalecer convicções como estremecê-las”.²⁸³ Por isso, diz Habermas:

A tensão ideal que irrompe na realidade social remonta ao fato de que a aceitação de pretensões de validade, que cria fatos sociais e os perpetua, repousa sobre a aceitabilidade de razões dependentes de um contexto, que estão sempre expostas ao

²⁷⁸ Cf. **A República**, Livro X.

²⁷⁹ HABERMAS, op. cit., 2003a, p. 27.

²⁸⁰ ARISTÓTELES, op. cit., p. 242.

²⁸¹ AGUIAR E SILVA, Vitor Manuel de. **Teoria da literatura**. Coimbra: Almedina, 1979. p. 143-144.

²⁸² HABERMAS, op. cit., 2003a, p. 55-56.

²⁸³ *Ibid.*, loc. cit.

risco de serem desvalorizadas através de argumentos melhores e processos de aprendizagem que transformam o contexto.²⁸⁴

Nesse sentido é a síntese de Maia:

A argumentação, para Habermas, pode ser compreendida como uma pugna em torno dos melhores argumentos a favor de ou contra uma pretensão de validade controvertida e serve à busca da verdade. Verdade, marcada por um espírito falibilista, entendida como aceitabilidade racional. Os critérios elencados nas suas reflexões sobre argumentação e referenciados à situação ideal de fala possibilitam pensar na idéia de um consenso não coarctado, isto é, em uma aceitação racional de pretensões de validade. Tal processo repousa na convicção intuitiva de que há uma diferença entre convencer e persuadir, entre motivação mediante razões e influência causal, e entre aprendizagem e doutrinação.²⁸⁵

O reconhecimento da mediação simbólica da linguagem é um dos eixos da teoria de Habermas. O problema surge quando se considera que os membros de uma determinada comunidade linguística “supõem que as mesmas expressões conservam o mesmo significado na variedade de situações e dos atos de fala nos quais são empregados”.²⁸⁶ Trata-se, de fato, de uma suposição necessária ao estabelecimento da comunicação, mas isso não ilide a problemática da conservação do significado. Daí ser apropriado perguntar como conciliar pressupostos aparentemente conflitantes como o da representação simbólica situada na ambivalência da linguagem e uma idealização em termos de conservação de significado.

Habermas, de sua parte, entende aplicável essa mesma suposição – de conservação de significados – no que se refere ao “conceito ou o significado e as formas de manifestação de sua expressão”.²⁸⁷ Então, argumenta:

A idealidade, apoiada em sinais lingüísticos e regras gramaticais, caracteriza um pensamento geral, idêntico consigo mesmo, aberto e acessível, algo transcendente em relação à consciência individual, não se confundindo com as representações particulares, episódicas, acessíveis apenas privadamente ou imanentes à consciência. Tais regras emprestam uma forma determinada aos eventos lingüísticos, numa relação fonética, sintática e semântica, reconhecível e solidificada através das variações.²⁸⁸

Considerando a explicação linguístico-pragmática da idéia de verdade baseada nas proposições de Pierce, Habermas admite que a realidade somente é compreensível como a

²⁸⁴ Ibid., p. 57.

²⁸⁵ MAIA, op. cit., p. 8.

²⁸⁶ HABERMAS, op. cit., 2003a, p. 29.

²⁸⁷ Ibid., loc. cit.

²⁸⁸ Ibid., loc. cit.

“totalidade daquilo que é representável através de proposições verdadeiras”²⁸⁹, reconhecendo a impossibilidade de sairmos da esfera da linguagem e da argumentação. Como observa Atienza, para Habermas, “o discurso, a argumentação, remete a uma situação ideal de fala ou de diálogo”, e “a verdade das proposições ou a correção das normas depende, em última instância, de que se possa alcançar um consenso numa situação de total liberdade e simetria entre todos os participantes do discurso”.²⁹⁰ Daí Habermas dizer que “na relação com a realidade não se pode perder o nexos com algo que independe de nós e que é, nesse sentido, transcendente”.²⁹¹ Esse, então, seria o conteúdo do conceito de contrafactual, conforme proposto por Pierce, para quem a verdade seria “aceitabilidade racional”, “resgate de uma pretensão de validade criticável sob as condições comunicacionais de um auditório de intérpretes alargado idealmente no espaço social e no tempo histórico”.²⁹²

Segundo Habermas, a tensão entre facticidade e validade é “estabilizada de modo peculiar na integração social realizada por intermédio do direito positivo”.²⁹³ Essa tensão deslocaria a explicação da possibilidade de existência da ordem social como resultante de processos de formação de consenso. A resposta encontrada por Habermas é o “saber que constitui o pano de fundo do mundo da vida”²⁹⁴, que nivelaria a tensão entre facticidade e validade:

na própria dimensão da validade é extinto o momento contrafactual de uma idealização, a qual ultrapassa respectivamente o que é factual e que poderia propiciar um confronto decepcionante com a realidade; ao mesmo tempo permanece intacta a dimensão da qual o saber implícito extrai a força de convicções.²⁹⁵

Por outro lado, a necessidade de legitimação do direito não se restringiria ao reconhecimento dos direitos subjetivos “por todas as demais pessoas”, mas esse reconhecimento dever-se-ia apoiar “em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que ‘a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos’”.²⁹⁶ A legitimação, assim, é situada em uma “prática intersubjetiva de

²⁸⁹ Ibid., p. 32.

²⁹⁰ ATIENZA, op. cit., p. 163.

²⁹¹ HABERMAS, op. cit., 2003a, p. 32.

²⁹² Ibid., p. 33.

²⁹³ Ibid., p. 35.

²⁹⁴ Ibid., p. 41.

²⁹⁵ Ibid., p. 41-42.

²⁹⁶ Ibid., p. 52.

entendimento”, que teria no processo legislativo “o lugar propriamente dito da integração social”. Nesse sentido, diz Habermas:

Por isso, temos que supor que os participantes do processo de legislação saem do papel, de sujeitos privados do direito e assumem, através de seu papel de cidadãos, a perspectiva de membros de uma comunidade jurídica livremente associada, na qual um acordo sobre os princípios normativos de regulamentação da convivência já está assegurado através da tradição ou pode ser conseguido através de um entendimento segundo regras reconhecidas normativamente.²⁹⁷

Como Habermas compreende os espaços de criação do direito de forma relativizada, ou seja, não adstritos aos *loci* tradicionais abrangidos pelas funções essenciais do Estado (Legislativa, Executiva e Judiciária)²⁹⁸, qualquer tentativa de situar a argumentação em determinada esfera de produção do direito deve, então, estar munida de boa dose de adaptabilidade.

Segundo Alvim, a relativização de “certos papéis e funções tradicionais de criar o direito”²⁹⁹ em Habermas relaciona-se com

uma visão específica do direito procedural-discursivo no sentido de observar a emergência de aspectos procedurais que enquadram as decisões tomadas por atores individuais ou coletivos de maneira a construir uma necessidade obrigatória, fundamental e indispensável de justificação racional-argumentativa destas decisões. Volta-se tal visão para uma valorização das (1) obrigações procedurais que devem respeitar o processo deliberativo e das (2) decisões negociadas. Desta forma, existe uma análise ligada a um certo tipo de ‘desformalização’ (no sentido do direito formal procedimental do Estado liberal de Direito), mas também de ‘desmaterialização’ (no sentido do direito material garantido pela – e exclusiva – decisão e ação do Estado-providência) do direito.³⁰⁰

Poderíamos dizer, então, que a precariedade da estabilidade social está na reflexividade moderna, o que confere ao direito uma relevância sem precedentes, por oferecer “a garantia estatal da normatização”, entendida como “equivalente funcional para a estabilização de expectativas através de uma autoridade sagrada”.³⁰¹

²⁹⁷ Ibid., p. 52-53.

²⁹⁸ ALVIM, op. cit., p. 47.

²⁹⁹ Ibid., loc. cit.

³⁰⁰ Ibid., loc. cit.

³⁰¹ HABERMAS, op. cit., 2003a, p. 59.

No entanto, quando se tem por objeto algo tão intrincado e multifacetado como o direito, a adoção de certa dose de relativismo é recomendável na aplicação concreta de modelos teóricos que *per se* tenham pretensões universalistas.

Ademais, se as leis devem ser de tal maneira apropriadas para o povo para o qual são elaboradas, que somente no caso de grande coincidência as leis de uma nação serviriam para outra – como entendia Montesquieu –, não é menos verdade que no plano das elaborações teóricas pretensões universalistas devem ser vistas com cautela.

E isso parece adquirir contornos ainda mais problemáticos quando uma teoria universalista parte de pressupostos transcendentais ou de conceitos baseados em situações ideais, como é o caso da teoria do agir comunicativo de Habermas.

Não obstante, porém, Habermas se dedique à argumentação no espaço público de discussão, alguns de seus pressupostos, como o das *pretensões de validade*, podem revelar-se produtivos na consideração dos espaços oficiais de produção de direito, especialmente o judiciário, e na análise da existência de uma justiça procedimental. Suas formulações foram objeto de releitura por Alexy, especificamente no que se refere à existência de uma verdade consensual, discursivamente construída.

2.2. ALEXY E UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

O pensamento de Alexy tem sido invocado por boa parte de nossos doutrinadores em discussões acerca da fundamentação das decisões judiciais que versam sobre questões controvertidas, como é o caso, por exemplo, do interesse público e, principalmente, da chamada supremacia do interesse público sobre o interesse particular. A influência das formulações do jusfilósofo alemão é patente, sobretudo no papel atribuído pela doutrina ao princípio da proporcionalidade na ponderação de interesses.³⁰²

A perspectiva de análise do discurso jurídico adotada por Alexy é analítico-normativa, contemplando, ao mesmo tempo, o estudo da “estrutura lógica dos argumentos realmente efetuados ou possíveis” e a investigação dos “fundamentos e critérios para a racionalidade”

³⁰² Nesse sentido, Daniel Sarmiento, Humberto Ávila e Gustavo Binbenojm, apenas para mencionar três exemplos.

desse tipo de discurso.³⁰³ Da tópica Alexy retém a tese de que, mesmo diante da impossibilidade de se produzir fundamentações concludentes, “não se deve conduzir à decisão irracional, assim como a idéia de que o conceito de fundamentação racional está estreitamente entrelaçado com o de discussão racional”.³⁰⁴ Reconhece, assim, a importância metodológica da tópica na exigência da racionalidade da argumentação.

O eixo da teoria da argumentação de Alexy é a possibilidade de um discurso racional na fundamentação jurídica que se sustenta na procedimentalidade, esta guiada por regras da lógica discursiva. A tese de controlabilidade do discurso jurídico por normas procedimentais de argumentação estaria comprometida com o ideal assecratório da democracia.³⁰⁵

A teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Alexy situa o discurso jurídico como modalidade do discurso prático racional geral, este último entendido como “um conjunto de ações interconectadas”, em que se “comprova a verdade ou correção das proposições”.³⁰⁶ O discurso prático geral, segundo Alexy, teria sua racionalidade procedimentalmente condicionada, racionalidade essa, portanto, entendida como correção, pela observância de regras fundamentais, de razão, de carga de argumentação, de fundamentação, de transição, bem como abrangeria as formas de argumento do discurso prático. Assim, o consenso racional seria aquele obtido por meio de uma justificação discursiva realizada nos limites de regras de argumentação, procedimentais, perspectiva que Alexy extrai do conceito de verdade consensual de Habermas, em que o conceito de verdade é “transferido do nível da semântica para o nível da pragmática”.³⁰⁷ Da correção que se confunde com o necessário à correção como o discursivamente possível, é a transição proposta por Alexy.

O discurso jurídico, diz Alexy, pode ser concebido “como um caso especial do discurso prático geral que ocorre sob condições limitadas, como a lei, a dogmática e o

³⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2.ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 45.

³⁰⁴ Ibid., p. 52-53.

³⁰⁵ Cf. TOLEDO, Cláudia. In: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2.ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 16.

³⁰⁶ ALEXY, op. cit., p. 183.

³⁰⁷ Ibid., p. 121.

precedente”.³⁰⁸ O ponto em comum com o chamado discurso prático geral seria a exigência da correção dos enunciados normativos, conquanto o conceito de correção seja tomado, na argumentação jurídica, sob aspecto diferenciado, não se esgotando na mera racionalidade, mas comportando a exigência de fundamentação racional do enunciado jurídico normativo “no contexto de um ordenamento jurídico”.³⁰⁹ A existência de limitações, portanto, no âmbito da argumentação jurídica seria o que a distingue da argumentação prática em geral.

Para Alexy, não se cogita de fundamentação racional no discurso jurídico que não aquela construída no contexto do ordenamento jurídico vigente.

Um dos “traços fundamentais” da argumentação jurídica, segundo Alexy, seria o de que a justificação das proposições normativas teria tanto um aspecto interno como um externo, em que o primeiro diria respeito à verificação da lógica entre as premissas adotadas na fundamentação e a decisão, isto é, da relação entre antecedente e conseqüente, pode-se dizer, e o segundo referir-se-ia à correção de tais premissas.³¹⁰ Tanto a justificação interna como a externa apresentariam, além de regras, formas de justificação, visando satisfazer à “*exigência de consistência* da decisão jurídica” na promoção de sua “*controlabilidade*, quesito indispensável para a promoção da *legalidade* e da *legitimidade* em um *Estado Democrático de Direito*” [grifo do autor].³¹¹

As regras de justificação interna, segundo Toledo, não obstante formais, transcenderiam o “modelo clássico do *silogismo jurídico*”, por adentrarem o “aspecto *pragmático* do enunciado jurídico apresentado como argumento na discussão”, exigindo a “*complexa ponderação do conteúdo valorativo* das proposições jurídicas”.³¹²

Na justificação interna funciona o princípio da universalidade, que, segundo Alexy, “serve de base para o princípio de justiça formal”. Como “concreção” desse princípio, o autor expõe as seguintes regras: “para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal”; “a decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições”; as duas regras anteriores “não devem

³⁰⁸ Ibid., p. 183.

³⁰⁹ Ibid., p. 212.

³¹⁰ Ibid., p. 217.

³¹¹ TOLEDO, op. cit., p. 26.

³¹² Ibid., p. 24.

ser superestimadas”, eis que “não estabelecem como deve ser a norma universal e tampouco excluem que a norma universal seja mudada, por exemplo, mediante a introdução de uma cláusula de exceção”, conquanto observe Alexy que essa cláusula de exceção também se submeta à exigência da universalidade.³¹³

As regras em questão devem ser aplicadas ainda que inexistente a norma de direito positivo a servir de fundamento da decisão, hipótese em que, segundo Alexy, a regra há de ser construída.³¹⁴ O autor reconhece, entretanto, que o “esquema de fundamentação” consubstanciado em tais regras “é insuficiente em casos mais complicados”, como, por exemplo, “quando na formulação da norma se usam expressões que admitem diversas interpretações”.³¹⁵ Nesses casos, em que as premissas não podem ser deduzidas da lei, releva o papel da justificação externa. Alexy ressalta que

Para fundamentar as regras necessárias para cada nível particular de desenvolvimento, é preciso entrar com profundidade tanto nas especificidades dos fatos como nas particularidades da norma. Isto ocorre na justificação externa, na qual são possíveis todos os argumentos admissíveis no discurso jurídico. As regras expostas na fundamentação interna, que fazem uma ponte sobre o abismo existente entre a norma e a descrição do fato, podem, se assim se deseja, ser vistas precisamente como resultado do processo caracterizado com a metáfora do ir e voltar do equilíbrio.³¹⁶

Em última análise, seria tarefa da justificação interna estabelecer “quais premissas devem ser justificadas externamente”, ao passo que a justificação externa teria como objeto “a fundamentação das premissas usadas na justificação interna”, que seriam de três tipos, a saber, regras de direito positivo, enunciados empíricos e premissas que não se encaixariam em nenhuma das duas hipóteses anteriores.³¹⁷

Na justificação externa do discurso jurídico é aferida a observância às seguintes regras: da argumentação prática geral, da argumentação empírica, da interpretação, da argumentação dogmática, do uso dos precedentes e das formas especiais de argumentos jurídicos.

³¹³ ALEXY, op. cit., p. 219.

³¹⁴ Ibid., loc. cit.

³¹⁵ Ibid., p. 220.

³¹⁶ Ibid., p. 225.

³¹⁷ Ibid., p. 226.

As regras da argumentação empírica têm por fim a correção do que deve ser considerado como fato. Nesse caso, observa Alexy que, em face da impossibilidade de se “obter o conhecimento empírico necessário com a certeza razoável”, impõe-se o recurso às regras de “presunção racional”.³¹⁸ Daí que, em termos práticos, nenhuma regra específica Alexy formula nesse sentido, limitando-se a reconhecer a eventual necessidade de se passar da argumentação ao discurso empírico.

As regras da interpretação ou “cânones hermenêuticos, que se apresentam sob diversas formas de argumento”³¹⁹, são agrupadas da seguinte maneira por Alexy: da interpretação semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica.³²⁰ Por se tratar de formas, ou seja, por não indicarem “o que se deve fazer ou o que se deve alcançar condicionada ou incondicionadamente”³²¹, reclamam, para sua completude, premissas que lhe são próprias. Eis o princípio da saturação, conforme proposto por Alexy, segundo o qual “um argumento de uma forma só é completo se contém todas as premissas pertencentes a esta forma”.³²² Significa dizer que as formas de argumentos da interpretação exigem premissas empíricas ou normativas, estas últimas não necessariamente extraídas da lei.

Segundo Toledo,

[...] a hermenêutica jurídica contribui sensivelmente para a justificação do discurso jurídico, mas, na busca da *correção* do resultado da interpretação, com a demonstração do campo do discursivamente impossível e a maior delimitação do discursivamente possível, devem-se aliar à hermenêutica jurídica as *regras* pragmáticas da *argumentação* desenvolvidas para esse fim [...].³²³

Com efeito, diz Alexy, “a teoria do discurso considera também a dimensão pragmática da fundamentação”, e porque essa teoria não “pretende proporcionar critérios tão fortes para a determinação com segurança de um resultado simplesmente com base no seu conhecimento”³²⁴, mas, ao revés, pauta-se pela correção do resultado, segundo uma lógica discursiva, é que surge a exigência pragmática da determinação do peso dos argumentos da discussão. Nesse sentido, Alexy observa que “os argumentos que expressam uma vinculação

³¹⁸ Ibid., p. 229.

³¹⁹ TOLEDO, op. cit., p. 24.

³²⁰ ALEXY, op. cit., p. 230.

³²¹ Ibid., p. 239.

³²² Ibid., p. 240.

³²³ TOLEDO, op. cit., p. 24-25.

³²⁴ ALEXY, op. cit., p. 242.

ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos”, exceto quando se admite a apresentação de “motivos racionais que dêem prioridade a outros argumentos”³²⁵, desde que estes estejam compreendidos no rol de possibilidades do discurso jurídico. Uma abertura de tal sorte, segundo Alexy, traz à tona o problema da hierarquia das fontes, cuja resolução se faria, “sobretudo, por meio da argumentação prática geral”.³²⁶ Ressalva, contudo, que

O fato de delegar a decisão à razão daqueles que argumentam não significa que a determinação da relação entre os cânones esteja sempre aberta e deva efetuar-se de novo em cada caso. As determinações de peso aferidas pelos participantes no discurso nos diferentes contextos de interpretação valem, porque devem ser obtidas a partir de razões, não só para o caso discutido, mas para todos os casos iguais nos aspectos relevantes. O princípio da universalidade, como princípio básico da teoria do discurso, exige que a relação entre as formas de argumentos estabelecida segundo regras seja fundamentável racionalmente.³²⁷

Daí Alexy formular, “como variante do princípio da universalidade”, a regra segundo a qual “a determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de ponderação”.³²⁸ O correto nessa perspectiva, portanto, não implica a afirmação de que o procedimento argumentativo tenha um único resultado possível, ou seja, não se trata de uma correção – ou verdade discursiva – absolutizada, nem tampouco seria o caso de negar-lhe a historicidade. De fato, a prevalecer noção semelhante, isso significaria um retorno à lógica formal dedutiva. Ao contrário, a ponderação de interesses deve resultar em solução que melhor atenda aos interesses das partes envolvidas.

Na apresentação das regras da argumentação dogmática, Alexy tem como ponto de partida um conceito de dogmática jurídica que adapta a esse fim, nos seguintes termos:

uma dogmática do Direito é (1) uma série de enunciados que (2) se referem à legislação e à aplicação do Direito, mas que não se podem identificar com sua descrição, (3) estão entre si numa relação de coerência mútua, (4) formam-se e discutem dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e (5) têm conteúdo normativo.³²⁹

Por funcionar institucionalmente, a dogmática jurídica, segundo Alexy, tem uma função estabilizadora - ao fixar formas de decisão - e, ao mesmo tempo, de progresso, ao

³²⁵ Ibid., p. 242-243.

³²⁶ Ibid., p. 243.

³²⁷ Ibid., loc. cit.

³²⁸ Ibid., loc. cit.

proporcionar que discussões anteriores sejam “retomadas, comprovadas mediante a experiência e, conseqüentemente, rejeitadas ou mantidas”.³³⁰ Ademais, diz ele, “a institucionalização faz que um elemento fundamental nos enunciados permaneça mais ou menos como indiscutido por algum tempo”, o que “facilita o debate sobre enunciados problemáticos”.³³¹ A isso Alexy chama “função de descarga”, sintetizada na “possibilidade de adotar nas fundamentações dogmáticas enunciados já comprovados e aceitos pelo menos de maneira provisória”³³² pelos tribunais.

Como enunciados da dogmática jurídica, Alexy relaciona as “definições dos conceitos jurídicos genuínos”, as “*definições de outros conceitos* presentes nas normas jurídicas”, os “enunciados que expressam uma *norma não extraída da lei*”, as “*descrições e caracterizações de estados de coisas*” e as “*formulações de princípios*” [grifo do autor].³³³ Com relação aos primeiros, observa Alexy que o conteúdo de tais conceitos é dependente de normas jurídicas reguladoras e, portanto, institucionalmente definido. E acrescenta:

Esta relação dos conceitos jurídicos genuínos com normas jurídicas permite ao mesmo tempo esclarecer que a proposta de mudança de um desses conceitos implica uma proposta de mudança das normas a que se referem e que quem designa um determinado fato hipotético com um desses conceitos, subsume esse fato hipotético às normas que constituem esse conceito. As definições de conceitos jurídicos genuínos têm, nesse sentido, conteúdo normativo.³³⁴

Já os princípios, avalia Alexy,

são enunciados normativos de um alto nível de generalidade que, normalmente, não podem ser aplicados sem agregar premissas normativas adicionais e, muitas vezes, experimentam limitações através de outros princípios. Enquanto enunciados normativos, os princípios podem ser introduzidos na discussão como descrições de estados de coisas em que eles têm vigência.³³⁵

Alexy ressalta, porém, a “dependência da dogmática em relação à argumentação prática geral”, formulando as seguintes regras:

³²⁹ Ibid., p. 249.

³³⁰ Ibid., loc. cit.

³³¹ Ibid., loc. cit.

³³² Ibid., p. 260.

³³³ Ibid., p. 249-252.

³³⁴ Ibid., p. 250.

³³⁵ Ibid., p. 252-253.

(J.10) Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral.

(J.11) Todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo.³³⁶

Quanto aos precedentes, sua inclusão no rol das regras de justificação externa é explicada pela relevância fática, além de teórica, conquanto Alexy reconheça a subsistência da discussão, quanto a este segundo aspecto, acerca da natureza de fonte de direito.³³⁷ A partir da constatação do papel dos precedentes nas funções estabilizadora, de progresso e de descarga da argumentação e, conseqüentemente, sua “contribuição à segurança jurídica e à proteção da confiança na aplicação do Direito”³³⁸, Alexy formula a chamada “regra da carga da argumentação”:

(J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo.

(J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação.³³⁹

Por fim, as formas especiais de argumentos jurídicos compreendem “as formas de argumentos que se usam especialmente na metodologia jurídica, como a analogia, o *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*”.³⁴⁰ Alexy, no entanto, destaca não se tratar propriamente de formas especiais de argumentos jurídicos, mas, sim, de “formas de inferência logicamente válidas”, ou seja, de validade geral.³⁴¹

Em suma, a racionalidade discursiva, para Alexy, tem o mesmo sentido de correção, correção essa que confere à argumentação seu caráter de universalidade.³⁴² Entretanto, a coincidência entre o sentido de correção no discurso prático geral e no discurso jurídico seria apenas parcial, segundo Alexy, na medida em que a pretensão de verdade no discurso jurídico “não se refere à necessidade absoluta de racionalidade dos enunciados normativos, mas à sua fundamentabilidade racional no âmbito do ordenamento jurídico vigente”.³⁴³ O desdobramento teórico dessa concepção consiste exatamente na proposição de um conceito de verdade não mais vinculado à idéia de necessidade ou de demonstração, mas, sim, como

³³⁶ Ibid., p. 257.

³³⁷ Ibid., p. 264.

³³⁸ Ibid., p. 266.

³³⁹ Ibid., p. 267.

³⁴⁰ Ibid., p. 268-269.

³⁴¹ Ibid., p. 269.

³⁴² Cf. TOLEDO, op. cit., p. 19.

³⁴³ ALEXY, op. cit., p. 276.

construção discursiva. Assim é que as valorações não são consideradas como entrave à racionalidade jurídica, porque a obtenção do consenso em torno dos valores estaria condicionada a regras procedimentais de argumentação, esse o meio pelo qual a objetividade seria atingida.

Na teoria da argumentação jurídica de Alexy, a ênfase recai sobre o aspecto formal, procedimental, ou seja, questão central em sua teoria é a possibilidade de fundamentação racional do discurso jurídico pelas regras pragmáticas da lógica discursiva que determinam a correção de seus enunciados normativos. Resulta disso que, não obstante a racionalidade do discurso jurídico admita apreciação sob os ângulos formal e material, o aspecto procedimental discursivo, pela verificação da observância às regras lógicas do discurso com vistas à correção, é privilegiado, reservando-se ao ângulo material, ou seja, ao conteúdo do discurso jurídico relativo às normas do agir, papel secundário.

Em síntese, Alexy estaria entre aqueles que admitem a possibilidade de um estatuto científico da argumentação jurídica, ao contrário de Ferraz Jr., para quem, como se viu, a racionalidade da argumentação situa-se no plano das normas técnicas.

Em favor dessa cientificidade é que se manifesta Toledo, observando que o caráter universal de certas regras lógicas de argumentação justificariam “o tratamento científico de teorias que busquem explicar as *regras da argumentação* que se desenvolvem nos *discursos práticos*”.³⁴⁴

Passemos, então, à terceira e última parte deste trabalho, com a análise da Jurisprudência selecionada do Superior Tribunal de Justiça relativa às ações que versam sobre a existência de interesse público, como proposta de operacionalização dos conceitos esboçados no presente capítulo e em combinação com as discussões doutrinárias objeto do primeiro capítulo.

³⁴⁴ TOLEDO, op. cit., p. 16.

3. O INTERESSE PÚBLICO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ: INDETERMINAÇÃO OU PLURISSIGNIFICAÇÃO?

O Direito Administrativo, como avalia Meirelles³⁴⁵, resente-se “de sistematização doutrinária e de codificação legal”, razão por que a jurisprudência influenciaria “poderosamente” a construção desse ramo do Direito. O que dizer, então, do papel da doutrina na “construção” da racionalidade jurídica quando se trata de um conceito alegadamente indeterminado como interesse público? Se se parte dessa afirmação de Meirelles, tem-se que a análise da estrutura argumentativa dos textos é reveladora do que podemos chamar de mutualismo entre doutrina e jurisprudência, conforme se verá a seguir. Mas não nos adiantemos tanto.

A reflexão a respeito de possíveis sentidos de interesse público, desenvolvida a partir das situações concretas em que ele é usualmente invocado, fornece pistas matizadoras do conceito. De fato, fazer o caminho de volta, ou seja, partir de aplicações concretas do conceito na jurisprudência, em vez de optar pela busca sisífica de agregar sentido às previsões abstratas, revela-se produtivo. É bem verdade que o problema da propalada indeterminação talvez se intensifique quando, em situações semelhantes, o mesmo conceito é apropriado de forma a resultar em consequências antagônicas, o que se explica em virtude de seu preenchimento semântico ter como substrato interesses pertencentes a um conjunto heterogêneo e diversificado de valores. Entretanto, seria adequado predicar o interesse público como conceito indeterminado, à luz da jurisprudência?

A fim de responder a essa questão, vejamos como o interesse público é utilizado nos textos, ou seja, a que campo ou campos semânticos ele é usualmente associado. Antes, porém, faremos uma consideração mais geral sobre algumas formas de justificativa observadas nos textos.

3.1. ALGUMAS FORMAS DE JUSTIFICATIVA

Encontram-se fartos exemplos, sobretudo nas ações em que se discute preliminarmente a legitimidade do Ministério Público, de acaloradas argumentações que se propõem a atribuir significado ao conceito de interesse público. Nesses casos o interesse

³⁴⁵ MEIRELLES, op. cit., p. 46.

público ora aparece como sinônimo de outros conceitos como bem comum, interesse coletivo e interesse social, que, por sua vez, longe estão de serem unívocos, ora é simplesmente associado a tais conceitos. Tenha-se como exemplo o seguinte texto, em que, com apoio na doutrina, arrisca-se uma definição do conceito, numa suposta – ou pressuposta – equivalência a “interesses sociais”:

A ele [i.e., o Ministério Público], a quem a lei já conferira o poder-dever para, na condição de interveniente (custos legis) officiar em todas as causas “em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte” (CPC, art. 82, III), a Constituição veio atribuir, entre outras, a incumbência mais específica de defender “interesses sociais” (CF, art. 127), sem traçar qualquer condição ou limite processual a essa atribuição. **“Interesses sociais”, como consta da Constituição, e “interesse público”, como está no art. 82, III, do CPC, são expressões com significado substancialmente equivalente. Poder-se-ia, genericamente, defini-los como “interesses cuja tutela, no âmbito de um determinado ordenamento jurídico, é julgada como oportuna para o progresso material e moral da sociedade a cujo ordenamento jurídico corresponde”, como o fez J. J. Calmon de Passos, referindo-se a interesses públicos** (“Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do CPC”, Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 268, p. 55). Relacionam-se assim, com situações, fatos, atos, bens e valores que, de alguma forma, concorrem para preservar a organização e o funcionamento da comunidade jurídica e politicamente considerada, ou para atender suas necessidades de bem-estar e desenvolvimento [grifo nosso].³⁴⁶

A opção pela equivalência do interesse público a interesses sociais tem sua justificativa, portanto, reconduzida a normas de direito positivo. Trata-se de texto em que a fundamentação racional, não obstante o grau de complexidade dos conceitos com que opera, recorre às premissas normativas em sentido estrito, isto é, normas positivadas, como estratégia de atribuição de significado.

No exemplo que segue, porém, é a própria busca das premissas que se torna objeto do discurso. Longe de ser indiferente à complexidade envolvida na atribuição de sentido ao conceito de interesse público, o texto, sobretudo em sua parte inicial, é exemplo de metadiscurso, pode-se dizer, de reflexão sobre a necessária racionalidade da “conclusão lógico-jurídica”. Acena para os limites das “regras de interpretação” quando se trata de reconhecer ou não o interesse público, que, no caso, estaria relacionado à competência do órgão julgador para conhecer do conflito:

³⁴⁶ Origem Tribunal: STJ acórdão: 19.04.2005 proc: RESP num: 417.804 ano: 2002. T. Origem: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Recurso Especial. Órgão Julgador 1ª Turma. Partes recorrente: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná - DER/PR e outros. Recorrido: Ministério Público Federal e outros. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Fonte DJ data: 16.05.2005.

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Sr. Presidente, o arcabouço das sustentações feitas inauguralmente no precioso voto do Sr. Ministro-Relator Nilson Naves, com o mesmo conteúdo de valoração jurídica, também desenhado na sustentação feita do seu voto oral pelo eminente Ministro Eduardo Ribeiro, logrando, desde logo, manifestações adesivas, põe, com destaque, que **os argumentos sopesam-se, equilibram-se. Sem dúvida nenhuma, a respectiva linha de raciocínio, se adotada, não desmerece nenhum jurista. A opção, todavia, é feita – penso que não exagero – conforme a formação filosófica do próprio julgador, sem perder as vibrações dos quilates da vida, sofrendo o julgador, no seu íntimo, dentro do ordenamento jurídico, para firmar o seu raciocínio, obrigatório para a conclusão lógico-jurídica.**

É, portanto, com a aflição íntima para bem julgar, dentro do círculo de perplexidades, que me faço de perguntas, muitas sem respostas. Mas, o meu luzeiro maior é o conhecimento sedimentado com as leituras da Filosofia do Direito e obedecendo a regras de interpretação.

[...]

Srs. Ministros, sei que me alongo, entretanto, a competência, como todos sabem, e muito mais do que estou aqui a repetir, expressa um poder reservado para satisfação de interesses públicos, delimitados em atendimento aos mesmos e não por excepcionalidades de interesses individuais. Torna-se, portanto, inaceitável, ante a própria natureza das competências no estado de direito, a sua expansão. [...] Mas, no caso, a lei da Ação Civil Pública prevê competência e ainda quando a União Federal possa manifestar interesse. Logo, não há lacuna.

Por isso é que, a meu juízo, parece-me impossível, analogicamente ou por força de compreensão extensiva ou integrativa, fixar competência de natureza constitucional. [...] Reitero que o juiz não está autorizado a disputar com o legislador quando não há lacuna, e, no caso, também não lacuna de direito. A compreensão para a solução está límpida. Demais, **não é possível solução voltada em prol de único interesse individual, sabido que o ordenamento constitucional tem inspiração pública coletiva. Se o ordenamento constitucional não adentrou a hipótese no caso concreto é porque não viu nele interesse público ou coletivo, mas, situação individual, com solução no ordenamento jurídico infraconstitucional** [grifo nosso].³⁴⁷

Já no exemplo seguinte, o texto enfrenta a plurissignificação de conceitos, entre os quais o de interesse público, a propósito da fundamentação da discricionariedade do ato administrativo dito vinculado. A doutrina é introduzida no texto, evidentemente com o fim de conferir à interpretação adotada o peso da autoridade sob o ponto de vista teórico. A transcrição vale pelos elementos que traz a lume, conquanto extensa:

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

Ocorre que os comandos legais regentes da espécie, seja o art. 4º da Lei n. 4.348/1964, seja o art. 4º da Lei n. 8.437/1992, não obstante valerem-se, no seu

³⁴⁷ Origem Tribunal: STJ acórdão: 01.12.1999 proc: RECL num: 591 ano: 1998. Reclamação. Órgão Julgador Corte Especial. Partes reclamante: Délvio Buffulin. Reclamado: Juízo Federal da 12ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo. Relator Ministro Nilson Naves. Fonte DJ data: 15.05.2000.

enunciado, de conceitos jurídicos indeterminados, não autorizam a conclusão da existência desse ilimitado poder discricionário de decisão. [...]

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

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

Florivaldo Dutra de Araújo, jovem e talentoso administrativista mineiro, **com apoio na autorizadíssima doutrina de Garcia de Enterría**, assevera:

'Essa localização dos chamados 'conceitos indeterminados' ou 'normas flexíveis' no campo da discricionariedade vai aos poucos dando lugar, na teoria moderna do ato administrativo, à sua inclusão como modalidade de comportamento vinculado da Administração.

Trata-se, na verdade, de manifestação específica de regulação direta da conduta administrativa.

[...] Trata-se, portanto, de tema da Teoria Geral do Direito, e não particularidade do Direito Administrativo, a conferir poderes especiais ('discricionários') ao agente público. E se a indeterminação dos conceitos 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 de 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 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 [...]

Sendo, então, modalidade de vinculação, o uso de conceitos jurídicos indeterminados não veda ao Judiciário o controle dos atos praticados com base neles.

[...]

Negar que o Judiciário possa, examinando os casos concretos, verificar se foi ou não atendida a finalidade da norma, ao aplicar-se um conceito jurídico indeterminado, é, na realidade, transformar a lei num supérfluo total e desconhecer a própria razão de existir do órgão judicante.' (Motivação e Controle do Ato Administrativo, Ed. Del Rey, 1992, p.p. 79 e ss.).

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

O exposto implica a conclusão da possibilidade, em tese, de interposição de recurso especial em pedido de suspensão de liminar, como em qualquer outra decisão emanada de órgão jurisdicional, nos termos dos dispositivos das leis adjetivas.³⁴⁸

³⁴⁸ Origem Tribunal: STJ acórdão: 28.08.2001 proc: AGRG num: 4.053 ano: 2001. T. Origem: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo Regimental em Medida Cautelar. Órgão Julgador 2ª Turma. Partes agravante: Associação Hospitalar Novo Hamburgo. Agravada: União. Relator Ministro Paulo Medina. Fonte DJ data: 12.11.2001.

Observa-se no texto acima a assunção de que a localização do conceito de interesse público no interior do regime jurídico – ou seja, a tão só existência de um conceito jurídico positivo – está longe de significar uma autoevidência do seu correspondente conteúdo normativo. E note-se que o texto se refere a um “único sentido possível” em que o conceito pode ser tomado no caso concreto, significando isto que, muito embora se apresentem múltiplos sentidos aplicáveis ao conceito, apenas um se afiguraria o mais adequado às especificidades do caso. Não se trata, portanto, ao contrário do que uma leitura apressada sugeriria, da defesa de uma suposta univocidade.

Além disso, o texto realça o papel integrador da doutrina na construção das premissas, o que se constata até pela utilização do adjetivo “autorizadíssima”, atribuído à doutrina de Garcia de Enterría. Assim, se não se nega a influência poderosa da jurisprudência na construção do Direito Administrativo, não é menos verdade que a doutrina é importante fonte nos textos analisados, muitas vezes funcionando como espécie de lente dos dispositivos legais aplicados.

No caso em apreço, o texto rejeita a indeterminação do conceito como típico amuleto da Administração Pública, isto é, que poderia repelir o exame, pelo Judiciário, do atendimento da finalidade da norma nos atos administrativos sempre que se tratasse de conceitos ditos indeterminados. Ao revés, o texto é exemplar do reconhecimento da necessidade de enfrentamento da valoração que resulta na subsunção do fato à norma, na apreciação concreta do conflito. Como uma possível consequência dessa racionalidade ter-se-ia, segundo nos parece, uma intervenção militante do Judiciário nos conflitos que envolvem a Administração, ainda que se trate de hipóteses que, rigorosamente, teriam o controle adstrito ao aspecto da legalidade *scrito sensu*. Com efeito, a remessa do conteúdo semântico do conceito de interesse público ao plano da razão prática, conforme consta no texto, tem desdobramentos que se relacionam com as opções valorativas, com as preferências que se realizam na decisão judicial.

O preenchimento semântico do conceito de interesse público parece mesmo conduzir a certo abrandamento do que se deva entender por legalidade. Talvez mais apropriado fosse falar em ampliação do campo semântico da legalidade, em vez de abrandamento. Nessa perspectiva, veja-se o texto seguinte:

De início, considerou-se a Administração, livre para desfazer seus próprios atos, independentemente de qualquer cautela. Bastava a alegação de que o ato malsinado padecia de nulidade.

Mais tarde, surgiu a preocupação de se compatibilizar o princípio da autotutela da Administração com aqueles outros relativos à segurança das relações jurídicas, no resguardo da boa-fé e do próprio interesse público.

Envolvidas nesta preocupação, a doutrina e a jurisprudência desenvolvem constantes pesquisas, em busca da solução de compromisso, capaz de instaurar o equilíbrio, como bem observam Erichsen e Martens:

'O princípio da legalidade da Administração constitui apenas um dos elementos do postulado do Estado de Direito. Tal postulado contém igualmente os princípios da segurança jurídica e da paz jurídica, dos quais decorre o respeito ao princípio da boa-fé do favorecido. Legalidade e segurança jurídica constituem dupla manifestação do Estado de Direito, tendo por isto, o mesmo valor e a mesma hierarquia. Daí resulta que a solução para um conflito concreto entre a matéria jurídica e interesses há de levar em conta todas as circunstâncias que o caso possa eventualmente ter.' (Tradução do Professor Gilmar F. Mendes – cf., fl. 361 desses autos).

Percebe-se, assim, que a supremacia do interesse público sobre o privado deixou de ser um valor absoluto.

Tal princípio, muitas vezes, prestou-se a deformações, servindo de justificativa para a implantação de regimes ditatoriais, tornou-se necessário temperá-lo com velhas regras do Direito Privado, que homenageiam a boa-fé e a aparência jurídica.

[...]

Estas considerações que já se vão alongando, sugerem que, **no estágio atual do Direito brasileiro, em que se empreende decisivo processo de consolidação do Estado de Direito, a regra enunciada no verbete n. 473 da Súmula do STF merece algum temperamento.** Assim, é de se reconhecer a faculdade de a Administração anular seus próprios atos, desde que:

- a) tenham causado lesão ao Estado;
- b) sejam insuscetíveis de convalidação;
- c) não tenha servido de fundamento a ato posterior, praticado em outro plano de competência.³⁴⁹

Nesse exemplo, uma vez mais, a doutrina é chamada a compor as razões de decidir. O entendimento adotado, em síntese, foi o de que a “Administração pode declarar a nulidade de seus atos, mas não deve transformar esta faculdade, no império do arbítrio”.³⁵⁰ A relativização da supremacia do interesse público é apresentada como resultado de uma progressiva incorporação de variáveis outras que não somente a legalidade em sentido estrito, mas alcançando especificidades de ordens diversas atinentes ao caso concreto. Para “temperar” o princípio da supremacia do interesse público, que, na hipótese, seria identificável com a anulação do ato ilegal, o texto se valeu da análise sistemática de vários dispositivos legais. A própria lei, portanto, por curioso que seja, surge como fundamento da negativa para a

³⁴⁹ Origem Tribunal: STJ acórdão: 06.11.2001 proc: RESP num: 300.116 ano: 2001. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso Especial. Órgão Julgador 1ª Turma. Partes recorrente: Construtora Construções Ltda. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Fonte DJ data: 25.02.2002.

³⁵⁰ Origem Tribunal: STJ acórdão: 06.11.2001 proc: RESP num: 300.116 ano: 2001. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso Especial. Órgão Julgador 1ª Turma. Partes recorrente: Construtora Construções Ltda. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Fonte DJ data: 25.02.2002.

anulação do ato ilegal, eis que são acrescidas circunstâncias outras, também previstas em lei, e que deveriam somar-se à ilegalidade propriamente dita, a saber, a lesão ao erário, a insuscetibilidade de convalidação do ato e que este não tenha servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência.

Na contramão dos exemplos anteriores, o texto a seguir se vale da indeterminação do conceito de interesse público como um dos fundamentos para denegar o pedido formulado em sede de mandado de segurança:

Dada a própria natureza subjetiva dos conceitos abertos indeterminados de “interesse público”, “necessidade” e “falta de farmacêutico”, e a controvérsia de seu atendimento, torna-se imprópria a sua discussão em sede mandamental, além de inexistente a prova preconstituída de preenchimento dos requisitos excepcionais [grifo nosso].³⁵¹

Em termos práticos, o argumento poderia ser sintetizado na fórmula “aquilo que não se pode estabelecer objetiva e previamente não merece tutela”. Não seria demais dizer que o texto é exemplo – e, infelizmente, não é o único – no qual a atividade de fixação do conteúdo semântico do conceito de interesse público foi recusada pelo órgão julgador. É bem verdade que essa “recusa” é feita com arrimo nas especificidades da ação proposta, mas isso não atenua a lógica expressa nos termos de que exatamente onde se exige a atividade semântica do julgador este deve silenciar.

Em que pese esse último exemplo, observa-se que os textos se direcionam para o reconhecimento não só da necessidade como também da possibilidade de atribuição de sentido ao conceito de interesse público no caso concreto. Dito de outro modo, os textos apontam para a assunção de que a racionalidade das decisões não prescinde do preenchimento semântico do conceito.

3.2. OS SUB-BLOCOS DE SENTIDO DO INTERESSE PÚBLICO

A análise dos textos selecionados permite identificar, pelo menos, três grandes agrupamentos de sentido atribuídos a interesse público. No primeiro deles, que aqui podemos

³⁵¹ Origem Tribunal: STJ acórdão: 04.04.2000 proc: RESP num: 169.633 ano: 1998. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso Especial. Órgão Julgador 2ª Turma. Partes recorrente: Conselho Regional de Farmácia - CRF. Recorrido: Cícero Emanuel de Souza Lima e outros. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Fonte DJ data: 15.05.2000.

chamar de liberal, o interesse público significa ou coincide com direitos individuais, sejam fundamentais ou não. No segundo, o interesse público identifica-se com o interesse estatal, da Administração Pública, muitas vezes tomado como equivalente do princípio da finalidade pública. Por fim, verifica-se um terceiro bloco, que chamaremos transversal, em razão de os sentidos a ele referidos perpassarem direitos que podem ser situados tanto na esfera de direitos individuais como dos direitos sociais. São exemplos disso os interesses econômicos e de mercado, bem como o direito à moradia popular e ao meio ambiente. E se se diz “exemplo” é porque se admite que tais direitos transversais não se esgotam nos aqui mencionados, o que não contraria o nosso propósito de exploração da polissemia do conceito, propósito esse que não se confunde com um estudo exaustivo dos sentidos atribuídos a interesse público pelo raciocínio judiciário.

3.2.1. Liberal: direitos individuais, fundamentais

Como norte identificável nos textos que situam o interesse público na esfera dos direitos individuais, tem-se que os argumentos encaminham-se para uma interseção entre o interesse do indivíduo e algum interesse maior da sociedade, geralmente de *status* constitucional.

É também recorrente a argumentação calcada em princípios, com relevo para a proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana, de orientação nitidamente liberal. O debate argumentativo, com frequência, apresenta como questão de fundo a temática da prevalência ou não do interesse público sobre os interesses individuais.

Destaca-se o seguinte texto, em que a doutrina também é acionada, e onde a prevalência apriorística de um interesse público, valorada negativamente, tem como contraponto a legalidade, pode-se dizer, no Estado de Direito:

A divergência que tenho com o Ministro Luiz Fux é que me parece que o interesse público não prevalece sobre o interesse privado, pelo contrário. Ontem, vindo de uma viagem, lia um velho artigo do grande filósofo, nosso contemporâneo, Bertrand Russell, falando sobre as raízes do fascismo, em que colocava como um dos fundamentos do fascismo a suposta prevalência do interesse público contra o privado. Na verdade, o Estado foi feito para garantir, para assegurar, para disciplinar o poder do soberano, o poder do Estado, contra o indivíduo. O Estado foi feito para o indivíduo, contra o príncipe. Parece-me que o estado de direito, é exatamente isso, é o limite do poder do príncipe. Não existe prevalência, na verdade, o ordenamento jurídico é uma entidade em equilíbrio. Não existe prevalência de um sobre o outro. Se o ordenamento diz que o direito

é este, e se é contra o indivíduo, este sofrerá as conseqüências do direito da administração, do Estado contra ele; mas, se a conseqüência da decisão judicial ou parajudicial é a de que o indivíduo tem aquele direito, não será dizer que aquele direito está contra o interesse maior porque, na verdade, sobre os interesses estão os direitos [grifo nosso].³⁵²

Observe-se que o texto não faz referência à lei formal, mas ao “ordenamento jurídico” como “entidade em equilíbrio” de onde promana o direito do indivíduo em face do Estado, o que incluiria os princípios, estejam eles positivados ou não.

No exemplo seguinte, posto que atendido o interesse individual, o direito tutelado foi reconhecido como de interesse público. A proteção do indivíduo em face do Estado foi fundamentada na ausência de lei formal:

EMENTA: Processual Civil – Sigilo profissional resguardado. O sigilo profissional é exigência fundamental da vida social que deve ser respeitado como princípio de ordem pública, por isso mesmo que o Poder Judiciário não dispõe de força cogente para impor a sua revelação, salvo na hipótese de existir específica norma de lei formal autorizando a possibilidade de sua quebra, o que não se verifica na espécie. **O interesse público do sigilo profissional decorre do fato de se constituir em um elemento essencial à existência e à dignidade de certas categorias, e à necessidade de se tutelar a confiança nelas depositada, sem o que seria inviável o desempenho de suas funções, bem como por se revelar em uma exigência da vida e da paz social.** Hipótese em que se exigiu da recorrente – ela que tem notória especialização em serviços contábeis e de auditoria e não é parte na causa – a revelação de segredos profissionais obtidos quando anteriormente prestou serviços à ré da ação. Recurso provido, com a concessão da segurança [grifo nosso].³⁵³

O substrato liberal no significado de interesse público como equivalente de interesse do indivíduo é constatado de forma mais contundente no texto a seguir, em que a argumentação empreendida pelo Ministério Público, acolhida nas razões de decidir, são no sentido de que “o interesse público que há de se reconhecer e considerar traduz-se justamente na satisfação do direito das pessoas portadoras de deficiência de ter acesso adequado aos edifícios públicos e de uso público”. A justificativa, nesse caso, e que está expressamente consignada na ementa, é a violação aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, bem como a dispositivo de lei infraconstitucional:

³⁵² Origem Tribunal: STJ acórdão: 13.08.2003 proc: MS num: 8.810 ano: 2002. Mandado de Segurança. Órgão Julgador 1ª Seção do STJ. Partes impetrante: CCF Fundo de Pensão. Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Fonte DJ data: 06.10.2003.

³⁵³ Origem Tribunal: STJ acórdão: 03.09.1998 proc: RMS num: 9.612 ano: 1998. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso em Mandado de Segurança. Órgão Julgador 4ª Turma. Partes recorrente: Price Waterhouse Auditores Independentes. Impetrado: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível do Foro Regional XI Pinheiros – São Paulo. Recorrido: Banco do Brasil S/A. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Fonte DJ data: 09.11.1998.

EMENTA: Constitucional — Mandado de segurança — Parlamentar — Deficiente físico — Utilização da tribuna da Assembléia Legislativa — Acesso negado — Ilegalidade — **Igualdade de tratamento — Valorização de princípio constitucional.** 1. Concessão de mandado de segurança em favor de deputada estadual portadora de deficiência física para que sejam criadas condições materiais, com a reforma da tribuna para lhe permitir fácil acesso, de expor, em situação de igualdade com os seus pares, as idéias pretendidas defender, garantindo-lhe o livre exercício do mandato. 2. Odiosa omissão praticada pelo Presidente da Assembléia Legislativa por não tomar providências no sentido de adequar a tribuna com acesso fácil para a introdução e a permanência da impetrante em seu âmbito, a fim de exercer as prerrogativas do mandato em posição equânime com os demais parlamentares. 3. **Interpretação do art. 227 da CF/88, e da Lei nº 7.853, de 24.10.89.** 4. Da tribuna do egrégio Plenário Legislativo é que, regimentalmente, servem-se, obrigatoriamente, os parlamentares para fazer uso da palavra e sustentar posicionamentos e condições das diversas proposições apresentadas naquela Casa. 5. É a tribuna o coração do parlamento, a voz, o tratamento democrático e necessário a ser dado à palavra de seus membros, a própria prerrogativa máxima do Poder Legislativo: o exercício da palavra. 6. A Carta Magna de 1988, bem como toda a legislação regulamentadora da proteção ao deficiente físico, são claras e contundentes em fixar condições obrigatórias a serem desenvolvidas pelo Poder Público e pela sociedade para a integração dessas pessoas aos fenômenos vivenciados pela sociedade, pelo que há de se construírem espaços acessíveis a elas, eliminando barreiras físicas, naturais ou de comunicação, em qualquer ambiente, edifício ou mobiliário, especialmente nas Casas Legislativas. 7. A filosofia do desenho universal neste final de século inclina-se por projetar a defesa de que seja feita adaptação de todos os ambientes para que as pessoas com deficiência possam exercer, integralmente, suas atividades. 8. Recurso ordinário em mandado de segurança provido para reconhecer-se direito líquido e certo da impetrante de utilizar a tribuna da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, nas mesmas condições dos demais deputados, determinando-se, portanto, que o Presidente da Casa tome todas as providências necessárias para eliminar barreiras existentes e que impedem o livre exercício do mandato da impetrante. 9. **Homenagem à Constituição Federal que deve ser prestada para o fortalecimento do regime democrático, com absoluto respeito aos princípios da igualdade e de guarda dos valores protetores da dignidade da pessoa humana e do exercício livre do mandato parlamentar** [grifo nosso].³⁵⁴

Nos próximos dois textos trata-se do direito individual ao sigilo, reconhecido em ambos os casos, em distintas argumentações e sob fundamentos diversos:

EMENTA: Processual Civil - Medida cautelar - Indisponibilidade de bens - Prova - Sigilo fiscal - Quebra. 1. A indisponibilidade de bens é medida de caráter grave e só pode ser decretada quando existir, em face de caso concreto, autorização legal. 2. O **direito de propriedade** não pode ser violentado por simples presunção de que determinado acordo firmado no curso de ação desapropriatória, tudo homologado pelo Poder Judiciário, foi ilegal e afetou o patrimônio público. 3. Ação popular que visa a desconstituir acordo homologado pelo Poder Judiciário e consistente no recebimento de lotes de imóveis como pagamento de terras desapropriadas na região de Ceilândia-DF. Alegação de superavaliação dos bens desapropriados e subavaliação dos bens entregues como pagamento do preço daqueles. 4. **Ausência de razoabilidade em medida determinada pelo juiz de tornar indisponíveis os bens recebidos como pagamento da desapropriação pelo recorrido e de quebrar**

³⁵⁴ Origem Tribunal: STJ acórdão: 11.05.1999 proc: RMS num: 9.613 ano: 1998. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso em Mandado de Segurança. Órgão Julgador 1ª Turma. Partes recorrente: Célia Camargo Leão Edelmuth. Impetrado: Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Recorrido: Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator Ministro José Delgado. Fonte DJ data: 01.07.1999.

o seu sigilo fiscal por quatro anos. 5. Confirmação de acórdão que deu provimento a agravo de instrumento para afastar as referidas construções determinadas pelo juiz de primeiro grau. 6. Recurso especial improvido [grifo nosso].³⁵⁵

EMENTA: RMS — Administrativo — Penal — Sigilos bancário e fiscal — Quebra. 1. **O entendimento pretoriano se direciona no sentido de não ser o sigilo bancário absoluto, cedendo em face do interesse público. Sua quebra, no entanto, a par de prévia autorização judicial, exige sempre a presença de elementos mínimos de prova quanto à autoria de eventual delito e pressupõe a existência de processo ou inquérito regularmente instaurado.** Simples representação criminal, carente de verificação da autenticidade de suas afirmações não se presta a amparar a quebra dos sigilos bancário e fiscal. 2. Recurso ordinário provido [grifo nosso].³⁵⁶

No primeiro caso, entendeu-se pela violação ao princípio da razoabilidade; no segundo, é possível identificar inicialmente na referência ao “entendimento pretoriano” a concretização da regra de “descarga da argumentação” (Alexy). O texto antecipa a existência de um entendimento consolidado, adotado em casos semelhantes, segundo o qual “o sigilo bancário não é absoluto, cedendo em face do interesse público”.

Nada obstante, argumentou-se que:

A quebra do sigilo é sempre excepcional e pressupõe processo instaurado, a teor do § 5º do art. 38 da Lei n. 4.595, de 1964, sendo admissível — também — sua formalização na fase de inquérito regularmente instaurado, desde que judicialmente autorizado. **O sigilo bancário não é absoluto, repita-se, e cede espaço para o interesse público. Mas, mesmo assim, é um direito reconhecido e amparado constitucionalmente para salvaguardar a privacidade,** traduzindo-se a conta bancária, na dicção de Miguel Reale "uma projeção da personalidade do correntista". Em decorrência, não pode o direito ao sigilo, sem fundadas razões, demonstradas objetivamente, ser quebrado, como, na atualidade, por fatores que não vêm ao caso abordar, ocorre, transformando-se a exceção em regra. [...] Simples denúncia — carente de verificação da autenticidade de suas afirmações — na maioria das vezes não se presta a amparar a quebra dos sigilos bancário e fiscal.³⁵⁷

³⁵⁵ Origem Tribunal: STJ acórdão: 02.02.1999 proc: RESP num: 192.339 ano: 1998. Recurso Especial. Órgão Julgador 1ª Turma. Partes recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Antônio César Rebelo de Aguiar. Relator Ministro José Delgado. Fonte DJ data: 29.03.1999.

³⁵⁶ Origem Tribunal: STJ acórdão: 22.02.2000 proc: RMS num: 10.475 ano: 1998. T. Origem: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Recurso em Mandado de Segurança. Órgão Julgador 6ª Turma. Partes recorrente: Piran Sociedade de Fomento Mercantil Ltda e outros. Impetrado: Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso. Recorrido: Ministério Público Federal. Ministro Fernando Gonçalves. Fonte DJ data: 20.03.2000.

³⁵⁷ Origem Tribunal: STJ acórdão: 22.02.2000 proc: RMS num: 10.475 ano: 1998. T. Origem: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Recurso em Mandado de Segurança. Órgão Julgador 6ª Turma. Partes recorrente: Piran Sociedade de Fomento Mercantil Ltda e outros. Impetrado: Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso. Recorrido: Ministério Público Federal. Ministro Fernando Gonçalves. Fonte DJ data: 20.03.2000.

A proteção ao direito do indivíduo ao sigilo foi justificada na inexistência de “fundadas razões”, o que nos permite dizer que o texto acena para uma irracionalidade com que o interesse público teria sido invocado em face do interesse individual.

Observa-se, ainda, que a técnica dos precedentes é bastante comum nos textos, como no seguinte exemplo, no qual a analogia foi determinante do sentido de interesse público como correspondente ao interesse do indivíduo:

EMENTA - ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. ABONO DE FALTAS E TRABALHOS DOMICILIARES. ALUNO QUE SE AUSENTOU PARA ACOMPANHAR A CÔNJUGE EM TRATAMENTO DE DOENÇA GRAVE (NEOPLASIA MAMÁRIA) FORA DO TERRITÓRIO NACIONAL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ANALOGIA. 1. **A interpretação da norma administrativa, mercê da proteção do interesse público, privilegia valores constitucionais elevados, como o da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade da norma.** 2. O art. 1º, do Decreto-lei n.º 10.44/69 que dispõe sobre o tratamento excepcional para os alunos acometidos por enfermidades preceitua que: "São considerados merecedores de tratamento excepcional os alunos de qualquer nível de ensino, portadores de afecções congênicas ou adquiridas, infecções, traumatismo ou outras condições mórbidas, determinando distúrbios agudos ou agudizados [...]". 3. Mercê de o referido diploma prever o abono de faltas ou a concessão de regime especial de trabalho domiciliar ao próprio aluno acometido de enfermidades que impossibilite sua freqüência às aulas, **conspiraria contra a ratio essendi da tutela da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n.º 9.394/96), bem como, da Lei do Procedimento Administrativo (Lei n.º 9.784/99) e do Princípio da Razoabilidade vedar a extensão de referido benefício, em situações excepcionais, como a hipótese dos autos**, em que o aluno ausentou-se para acompanhar o tratamento de doença grave - neoplasia mamária - de sua esposa, fora do território nacional, a qual, a posteriori, veio a falecer. 4. **Merece censura o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar. Isto porque a razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a contrario sensu; vale dizer, escapa à razoabilidade "aquilo que não pode ser".** 5. Em situações diversas e opostas essa Corte já decidiu que "[...] É lícita a extensão, por analogia, dos benefícios assegurados pelo DL 1.044/69, a estudante que deixou de freqüentar aulas, por se encontrar sob prisão preventiva, em razão de processo que resultou em absolvição [...]" (RESP n.º 45.522/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 17.10.1994) 6. Deveras, e ainda que assim não bastasse, verifica-se que a sentença concessiva da segurança data de 17.12.2002 (publicada em 18.12.2002) e que, o recorrente colacionou às contra-razões de apelação o comprovante de pré-matrícula, datado de 13.01.2003 (fl. 110), onde no verso consta que "As faltas do acadêmico Roberto Gavião Gonzaga - GRM 965 no período de 20/07 a 29/09/2002 foram abonadas diante de liminar concedida nos autos n.º 2002.70.02.006683-0 da 1ª Vara Federal de Foz do Iguaçu-PR" e uma declaração datada de 17.02.2003 (fl. 113) do Diretor das Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu do mesmo teor. 7. Destarte, ainda que assim não bastasse, revela-se incontroverso que a sentença concessiva da segurança data de 17.12.2002 (publicada em 18.12.2002), que o recorrente estava no 7º período quando se ausentou das aulas, no período de 20/07 a 29/09/2002 para tratamento de saúde de sua esposa, bem como, que o mesmo colou grau em 03.09.2004 (declaração de fl. 228) motivo pelo qual, **adjunta-se à razoabilidade a aplicação da Teoria do Fato Consumado, um de seus fundamentos.** 8. **A Corte, à luz dos princípios anteriormente aludidos,**

tem firmado que as situações consolidadas pelo decurso de tempo devem ser respeitadas, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC. Teoria do fato consumado. Precedentes da Corte: RESP 253094/RN, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJ: 24/09/2001; MC 2766/PI, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ: 27/08/2001; RESP 251945/RN, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ: 05/03/2001. 9. Recurso especial provido [grifo nosso].³⁵⁸

Sobressai no texto acima que a força dos precedentes foi ativada com o fim de atenuar o rigor da regra de direito positivo incidente sobre o caso. Releva igualmente como argumento a teoria do fato consumado, que é utilizada sem parcimônia nos textos analisados que versam sobre controvérsias similares. Trata-se, com efeito, de um juízo de prognose, porque sopesadas as consequências, socialmente indesejáveis, de uma decisão em sentido contrário. O texto se valeu, assim, de uma visão prospectiva dos processos sociais, ao sopesar os potenciais perigos relacionados à decisão.

3.2.2. Estatal: interesse administrativo

Da análise dos textos nos quais o interesse público significa interesse estatal constata-se que, nessas hipóteses, o sentido não está adstrito ao interesse primário do Estado, ao contrário do que defende parte da doutrina. Exemplos há, e não são poucos, em que o interesse público foi identificado com o interesse do erário, ainda que associado de forma abrangente ao Sistema Financeiro Nacional. Além disso, verifica-se o sentido de interesse administrativo em termos mais restritos, quando, por exemplo, trata-se de revogação ou anulação de atos administrativos, situações em que o interesse público, nos textos, pode coincidir ou não com o interesse do ente. Veja-se o seguinte caso:

EMENTA: Administrativo — Mandado de segurança — Transporte coletivo interestadual — Permissão e concessão — Ajuste de itinerário — Coisa julgada e preclusão — Recurso hierárquico — Invalidação de ato pretérito — Devido processo legal — Constituição Federal, artigos 37, § 6º, e 175 — Decreto nº 952/93 (arts. 89, 90 e 91) — Súmula nº 473/STF. 1. Inexistência de “coisa julgada administrativa”(formal ou material) oponível erga omnes. No sentido processual só concretiza-se nos julgados judiciais (arts. 467, 471 e 473, CPC). [...] 2. Sujeitando-se a Administração Pública ao autocontrole, no âmbito da mesma pessoa jurídica, exercitando o poder-dever, sob a aura do interesse público, a autoridade competente pode rever o ato inquinado de ilegalidade (Súmula nº 473/STF). Ultima ratio, restará ao administrado, em tese, postular danos e perdas (art. 37, § 6º, CF). 3. Nas vias recursais graduadas, inarredável o conhecimento do despique e oferecida ocasião

³⁵⁸ Origem Tribunal: STJ acórdão: 02.06.2005 proc: RESP num: 658.458 ano: 2004. T. Origem: Tribunal Regional Federal da 4ª Região – PR. Recurso Especial. Órgão Julgador 1ª Turma. Partes recorrente: Roberto Gavião Gonzaga. Recorrido: Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu-PR. Relator Ministro Luiz Fux. Fonte DJ data: 27.06.2005.

para a defesa não procedem as invectivas versando ofensa ao princípio do “devido processo legal”. 4. Segurança denegada.³⁵⁹

O sentido de interesse público como interesse da administração é justificado na ilegalidade do ato, conforme se pode inferir da argumentação empreendida:

O caso, demais, no plano geral do autocontrole administrativo, tem particularidades, uma vez que os recursos teriam a mácula da intempestividade. Daí o questionamento à guisa de coisa julgada administrativa. A respeito, no debate doutrinário, diga-se logo, concilio-me com aqueles que aceitam a preclusão, porém considerando inexistente a coisa julgada administrativa (formal ou material), oponível erga omnes. No sentido processual, esta concretiza-se, somente nos julgados judiciais (arts. 467, 471 e 473, CPC). Donde o clarão da Súmula nº 473/STF, até de ofício, permitindo a invalidação do ato administrativo.

Desse modo, inaceitável a coisa julgada e razoável a admissão da preclusão, especulando-se o ato malsinado poderia ter sido desencadeado por pleito recursal articulado intempestivamente. Com esse enredo, **pergunta-se: agiu legalmente o administrador qualificado como coator?**

Para a resposta, em linha geral de pensamento, recorda-se que tal como ocorreu para a formação do ato, a parte interessada deve acompanhar o recurso hierárquico, exercitando ampla defesa.

[...]

Última ratio, sob a ótica de ter nascido de singela proposição para ajuste de itinerário, à parla de que o ato foi constituído em desacordo com a ordem jurídica, no exercício do poder-dever da autoridade administrativa, podendo ser invalidado como homenagem ao superior interesse público, também merecem reflexão as razões alinhadas em parecer técnico, louvado por expresse acolhimento da Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes [...] [grifo nosso].³⁶⁰

Por outro lado, a título exemplificativo da polissemia do conceito, e da polivalência que daí decorre, considere-se o texto a seguir, que, conquanto verse sobre o sigilo, à semelhança dos analisados no item anterior, teve conclusão diametralmente oposta. Argumentou-se em prol da quebra do sigilo fiscal, no interesse público, entendido como interesse do Estado:

Desta maneira, em consonância com os fatos expostos e com o **entendimento esposado pela Corte Suprema, referente à relatividade do direito ao sigilo bancário ou fiscal,** é de se observar o conflito existente, pois de um lado está o interesse público, a proteção do SFN e do Erário e, do outro, o direito individual do investigado ao sigilo dos dados de sua intimidade, devendo, sem sombra de dúvidas,

³⁵⁹ Origem Tribunal: STJ acórdão: 09.09.1998 proc: MS num: 5.611 ano: 1998. Mandado de Segurança. Órgão Julgador 1ª Seção do STJ. Partes impetrante: Emtram Empresa de Transporte Macaubense Ltda. Impetrado: Ministro de Estado dos Transportes. Relator Ministro Milton Luiz Pereira. Fonte DJ data: 29.03.1999.

³⁶⁰ Origem Tribunal: STJ acórdão: 09.09.1998 proc: MS num: 5.611 ano: 1998. Mandado de Segurança. Órgão Julgador 1ª Seção do STJ. Partes impetrante: Emtram Empresa de Transporte Macaubense Ltda. Impetrado: Ministro de Estado dos Transportes. Relator Ministro Milton Luiz Pereira. Fonte DJ data: 29.03.1999.

este ceder diante daquele, para que a verdade real seja descoberta, no interesse de toda a coletividade [grifo nosso].³⁶¹

Conforme se depreende do texto, mesmo reconhecida a antítese de valores, a conclusão é resultado, pode-se dizer, de uma premissa universal, a de que o direito individual cede diante do interesse público quando envolvido o “interesse de toda a coletividade”, no caso, pela obtenção da “verdade real”.

Já no texto seguinte, em que também se fez o interesse público coincidir com o interesse do Estado, há a especificidade de que a premissa universal – do sigilo das investigações policiais – é reforçada pela cláusula de exceção – “quando não atingirem o direito subjetivo do investigado” –, igualmente submetida à regra de universalidade:

EMENTA - ADMINISTRATIVO - INVESTIGAÇÕES POLICIAIS SIGILOSAS - CF/88, ART. 5º, LX E ESTATUTO DA OAB, LEI 8.906/94. 1. O art. 20 do CPP, ao permitir sigilo nas investigações não vulnera o Estatuto da OAB, ou infringe a Constituição Federal. 2. **Em nome do interesse público, podem as investigações policiais revestirem-se de caráter sigiloso, quando não atingirem o direito subjetivo do investigado.** 3. Somente em relação às autoridades judiciárias e ao Ministério Público é que inexistente sigilo. 4. Em sendo sigilosas as investigações, ainda não transformadas em inquérito, pode a autoridade policial recusar pedido de vista do advogado. 5. Recurso ordinário improvido [grifo nosso].³⁶²

Vale transcrever a decisão de origem e o trecho da argumentação da Ministra Relatora, pela manutenção do julgado:

Sendo o inquérito policial um dos poucos poderes de autodefesa próprio do Estado no combate ao crime, deve ser assegurado no transcurso do procedimento investigatório o sigilo necessário à elucidação dos fatos (art. 20 - CPP). Nesse escopo, a regra insculpida no inc. XIV do art. 7º da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) que permite o acesso amplo e irrestrito do advogado aos autos do inquérito policial, deve ser interpretada levando em consideração a supremacia do interesse público sobre o privado, devendo ser restringida a publicidade nos casos em que o sigilo das investigações seja imprescindível para a apuração do ilícito penal e sua autoria, sob pena do procedimento investigatório tornar-se inócuo, em flagrante desatenção aos interesses da segurança social [acórdão impugnado].

[Relator]: O inquérito policial, sabem-no todos, é uma mera *notitia criminis*, tanto que os doutrinadores são unânimes em defender que sequer há necessidade de

³⁶¹ Origem Tribunal: STJ acórdão: 20.02.2001 proc: RESP num: 286.697 ano: 2000. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Recurso Especial. Órgão Julgador 1ª Turma. Partes recorrente: Banco do Estado do Mato Grosso S/A – Bemate e outro. Recorrido: Tsuyoshi Marcos Narita. Relator Ministro Francisco Falcão. Fonte DJ data: 11.06.2001.

³⁶² Origem Tribunal: STJ acórdão: 20.08.2002 proc: RMS num: 12.516 ano: 2000. T. Origem: Tribunal Regional Federal da 4ª Região – PR. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Órgão Julgador 2ª Turma. Partes recorrente: Edson Junji Torihara e outro. Impetrado: Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de Foz do Iguaçu - SJ/PR. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator Ministra Eliana Calmon. Fonte DJ data: 27.09.2004.

inquérito policial se puderem ensejar os elementos informadores a apresentação de denúncia.

Em suma, **em não havendo essas situações excepcionais, não ocorrendo o risco imediato de cerceamento da liberdade do indiciado ou de seu patrimônio, penso não se poder arrear o sigilo do inquérito policial.**

Volto a repetir que o inquérito policial, nos dias de hoje, num Estado Democrático de Direito, é uma peça um tanto quanto anacrônica e desatualizada.

No entanto, *legem habemus* e, embora tenha o Código de Processo Penal nascido em época de ditadura, a verdade é que várias Constituições se sucederam a partir de 1946 e, até onde se sabe, não há pronunciamento do excelso Supremo Tribunal Federal acerca da ilegalidade ou inconstitucionalidade do artigo 20 do CPP [grifo nosso].³⁶³

Constata-se que o argumento adotado na decisão de origem, a saber, da supremacia do interesse público identificada com o interesse da segurança social, não foi retomado, optando-se, de outro modo, pelo argumento da inocorrência de violação de direito subjetivo do investigado, ou seja, da cláusula de exceção. Conquanto o texto reconheça o anacronismo da previsão normativa que serve de fundamento à conclusão, é ela, a regra positivada, o substrato jurídico selecionado. Em última análise, o silêncio tanto do legislador constituinte como da Corte Suprema acerca da subsistência de uma previsão legal, em lei especial, para restrição ao direito de acesso do advogado aos autos do inquérito é invocado para reforçar a incidência da aludida norma no caso concreto. Numa palavra, o fundamento é a própria validade da norma ou – para utilizar o brocardo do texto – *legem habemus*.

Em casos como esse é possível dizer que a valoração da supremacia do interesse público sobre o particular produtividade nenhuma oferece à argumentação. Tanto é assim que sequer houve no texto referência à argumentação adotada na decisão de origem. De fato, uma vez que se parte da inexistência mesma de um direito violado que se oporia ao interesse público, este não necessita se sobrepor ao interesse privado, do indivíduo, porque este último sequer chega a se constituir. Há, pode-se dizer, no exemplo em exame, um interesse público do Estado previamente dado pelo teor da regra de direito positivo, a funcionar procedimentalmente como premissa universal.

³⁶³ Origem Tribunal: STJ acórdão: 20.08.2002 proc: RMS num: 12.516 ano: 2000. T. Origem: Tribunal Regional Federal da 4ª Região - PR. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Órgão Julgador 2ª Turma. Partes recorrente: Edson Junji Torihara e outro. Impetrado: Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de Foz do Iguaçu - SJ/PR. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator Ministra Eliana Calmon. Fonte DJ data: 27.09.2004.

3.2.3. Transversal

3.2.3.1. Interesses econômicos e de mercado

A atribuição do sentido de interesse público em textos que versam sobre situações relativas à economia e ao mercado é caracterizada pelo esforço argumentativo de ajustar os casos concretos a previsões normativas positivas, mormente o artigo 4º da Lei 4.348/64.³⁶⁴ Os interesses envolvidos, que, à primeira vista, seriam associados a interesses econômicos privados, por se tratar de atividades lucrativas desenvolvidas por particulares, são discursivamente conduzidos ao campo semântico do “público”. Encontram-se, ainda, exemplos em que o interesse público aparece associado semanticamente “à ordem financeira”.³⁶⁵

No texto que segue a atribuição do sentido de interesse público é antecedida pela problematização do que se deva entender por economia pública. A decisão de origem conferiu interpretação ao artigo 4º da Lei 4.348/64 que limitava às pessoas jurídicas de direito público a legitimidade para requer suspensão de execução de liminar ou de sentença. O interesse público, portanto, havia sido identificado com o interesse do ente, no caso, a União. Discutia-se a existência ou não de um interesse público consistente em ordem, segurança, saúde ou economia públicas, e se esse interesse poderia ser compreendido como interesse econômico, de mercado, para além dos interesses do ente estatal:

A economia pública há de atinar, fundamentalmente, com a pessoa de direito público e, neste caso, com a União Federal.

O que poderá ser entendido por economia pública?

De logo descabe interpretação meramente gramatical do conceito. Interessa-nos o conteúdo jurídico a sacar do próprio texto constitucional.

Já foram enumerados os artigos ligados ao tema no texto básico. Por estes artigos verifica-se caber ao Estado a direção de certos assuntos básicos da economia, exatamente para garantia dos fins a implementar.

Destarte, economia pública pode ser entendida, de um lado como o conjunto de recursos geridos pelo Estado, com o qual o Estado cumprirá algumas de suas finalidades. E de outro, como a política econômica do Estado consistente em regular, fiscalizar e planejar as atividades econômicas de um modo geral.

O art. 174, já citado, da Constituição, textualmente dispõe:

³⁶⁴ BRASIL, República Federativa do. Lei 4.348, de 26 de junho de 1964 – Estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança.

³⁶⁵ Origem Tribunal: STJ acórdão: 25.04.2000 proc: RESP num: 166.243 ano: 1998. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Recurso Especial. Órgão Julgador 2ª Turma. Partes recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Tintas Coral do Nordeste S/A. Relator p/acórdão Ministro Paulo Gallotti. Fonte DJ data: 07.08.2000.

'Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.'

Ora, lesão grave à economia pública só pode ser aferida por quem detiver as competências acima elencadas.

Por isso que a Telecomunicações de São Paulo S/A – Telesp, empresa subsidiária da Telebrás, Companhia aberta de capital autorizado, controlada pela Telebrás que, por seu lado, é controlada pela União, não pode chamar a si a tutela de valor constitucional ligado à gravidade de lesão à economia pública [grifo nosso].

Note-se na parte do texto referente à decisão originária que a racionalidade da conclusão tem como ponto de partida a possibilidade de um “conteúdo jurídico” da norma extraível do texto constitucional. Entretanto, na fixação do conteúdo normativo do conceito de interesse público, as premissas de que se partiu foram diversas, resultando na reforma da decisão:

A finalidade, porém, das empresas públicas e sociedades de economia mista é a exploração de atividade econômica de interesse público, vale dizer, que proporcione a prestação de serviços ou a satisfação de interesses da coletividade, como o são, indiscutivelmente, os chamados serviços de comunicação, dentre os quais o de telefonia fixa e por celular.

Ora, se é assim, se ambas as formas societárias se dedicam e realizam a Administração indireta dos negócios do Estado, não cabe distinguir dentre elas quanto à legitimidade para propor medida de resguardo do interesse público face à concessão de medida liminar em mandado de segurança.³⁶⁶

Entendeu-se, então, que o interesse público, como interesse econômico e de mercado, não seria incompatível com a natureza privada do ente integrante da Administração e da atividade lucrativa por este desenvolvida.

3.2.3.2. Moradia popular e meio ambiente

Por fim, identificam-se nos textos a moradia popular e o meio ambiente como sentidos de interesse público, casos em que a ênfase recai no caráter social do interesse protegido. O texto seguinte, porém, que parece desdizer a opção semântica em questão, na verdade a tonifica, porque o fato de a conclusão haver resultado da seleção da premissa do primado da lei – e aí também se diz de um interesse público – não afasta o sentido relativo à moradia popular atribuído no texto. A decisão originária havia acolhido, com fundamento no interesse social da regularização da moradia popular e da preservação do meio ambiente, o pedido

³⁶⁶ Origem Tribunal: STJ acórdão: 18.05.1999 proc: RESP num: 50.284 ano: 1994. T. Origem: Tribunal Regional Federal da 3ª Região - SP. Recurso Especial. Órgão Julgador 2ª Turma. Partes recorrente:

formulado pelo Ministério Público. No entanto, a reforma se fez sob os seguintes fundamentos:

Não se nega a importância social do empreendimento, mas é no próprio interesse dos mutirantes que a lei deve ser cumprida, sob pena de nunca adquirirem o domínio da sonhada casa própria. Ou pior, sem que a Municipalidade cumpra as normas legais, relativamente ao saneamento básico, vias públicas, áreas de lazer, acesso a vias públicas já existentes, condições de salubridade das habitações, etc., **é bem provável que os beneficiários do empreendimento – cujo interesse social é inegável – continuem morando em residências subnormais** [grifo nosso].³⁶⁷

O fundamento de maior peso no texto, como resta claro na ementa, é o princípio constitucional da separação de poderes:

EMENTA: Administrativo – Processo Civil – Ação civil pública. 1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos. 2. Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. 4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. 5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito. 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. **Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.** 7. Recurso provido [grifo nosso].³⁶⁸

Tenha-se, ainda, como exemplo o seguinte texto, em que o interesse público, entendido como meio ambiente, aparece como argumento a afastar a invasão de competências:

Telecomunicações Brasileiras S/A – Telebrás e outro. Recorrido: Ericsson Telecomunicações S/A e outros. Relator Ministro Francisco Peçanha Martins. Fonte DJ data: 12.06.2000.

³⁶⁷ Origem Tribunal: STJ acórdão: 16.06.1998 proc: RESP num: 169.876 ano: 1998. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso Especial. Órgão Julgador 1ª Turma. Partes recorrente: Município de São Paulo. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro José Delgado. Fonte DJ data: 21.09.1998.

³⁶⁸ Origem Tribunal: STJ acórdão: 16.06.1998 proc: RESP num: 169.876 ano: 1998. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso Especial. Órgão Julgador 1ª Turma. Partes recorrente: Município de São Paulo. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro José Delgado. Fonte DJ data: 21.09.1998.

EMENTA: Administrativo e Constitucional — Direito de construção — **Normas de proteção ao meio ambiente — Observância em face do interesse público relevante.** Consoante a legislação em vigor, a construção de edifícios na faixa litorânea do Estado do Paraná não se sujeita somente à obtenção de autorização na esfera da Administração Municipal, porquanto, **predominando o interesse público vinculado à preservação e equilíbrio do meio ambiente e do estímulo ao turismo, a sua defesa, bem assim a avaliação do impacto de qualquer obra compete não somente ao Município, mas, concomitantemente, ao Estado e à União, aos quais se impõe legislar concorrentemente. Normas que não infringem a autonomia do município, nem ao direito adquirido.** Recurso ordinário improvido. Decisão unânime [grifo nosso].³⁶⁹

A argumentação empreendida recorre ao texto constitucional, a fim de nele identificar um princípio cuja proteção resulta na atribuição do sentido de interesse público ao meio ambiente:

É esta a razão de o Estado ter elaborado legislação pertinente, tendo em vista princípio inscrito na Constituição Federal, de que o meio ambiente é direito de todos. Portanto, prevalecendo, no caso, o interesse público — que se sobrepõe ao meramente privado — qual seja, a preservação do equilíbrio do meio ambiente, do desenvolvimento do turismo, o ato do Estado, ao embargar a obra, tem respaldo na lei e na Constituição e não tem o caráter de intervencionista, não afrontando, ademais, a autonomia do município. É que, segundo a Carta Política (art. 225), "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida". Destarte, a licença para construir, dependente, ainda, de outras providências, envolvendo a preservação do meio ambiente, não autoriza, por si, a realização das obras e nem gera direito subjetivo adquirido, desde que, não há negar, essa licença se reveste de incompletude de providências administrativas decorrentes de normas constitucionais. O interesse público evidente há de se sobrepor ao meramente privado.³⁷⁰

Em suma, apenas como fecho do presente capítulo, constata-se dos textos selecionados não só uma pluralidade de sentidos, como também uma diversidade de regras e formas de argumentos na fixação do conteúdo normativo do conceito de interesse público. Vejamos, então, aonde isto tudo nos leva.

³⁶⁹ Origem Tribunal: STJ acórdão: 03.11.1998 proc: RMS num: 9.629 ano: 1998. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso em Mandado de Segurança. Órgão Julgador 1ª Turma. Partes recorrente: Cidadela S.A. Impetrado: Secretário de Meio Ambiente do Estado do Paraná. Recorrido: Estado do Paraná. Relator Ministro Demócrito Reinaldo. Fonte DJ data: 01.02.1999.

³⁷⁰ Origem Tribunal: STJ acórdão: 03.11.1998 proc: RMS num: 9.629 ano: 1998. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso em Mandado de Segurança. Órgão Julgador 1ª Turma. Partes recorrente: Cidadela S.A. Impetrado: Secretário de Meio Ambiente do Estado do Paraná. Recorrido: Estado do Paraná. Relator Ministro Demócrito Reinaldo. Fonte DJ data: 01.02.1999.

CONCLUSÕES

Ingrata a nossa tarefa, porque estamos fadados a nos valer do discurso para falar do discurso. Dito de outro modo, deparamo-nos com a inexorável metadiscursividade sempre que nos dispomos a construir um discurso sobre o discurso. Mas isso não é tudo. O discurso jurídico, nosso objeto, tem a peculiaridade de, ele mesmo, constituir-se em um discurso fabricante de realidade. Nessa perspectiva, com base no estudo aqui desenvolvido, é possível falar de um interesse público fabricado pela jurisprudência, ou melhor, não de “um” interesse público, mas de vários.

A análise dos textos nos permite dizer que dos enunciados problemáticos de interesse público emerge uma pluralidade de sentidos, pluralidade essa que nos leva a não nos contentarmos mais com a adjetivação de interesse público como conceito indeterminado. Dizê-lo desta forma é pouco, porque apenas remete à ausência de fixidez do seu conteúdo semântico, além de fornecer uma falsa noção de que o seu significado se estabeleça sem critério. Não, isto não dá conta do aspecto mais relevante do conceito a que a análise da jurisprudência nos conduziu, que é a polissemia.

Vale ressaltar também que se não se mostra apropriado falar em indeterminação, algo substancialmente diverso é a negativa da indeterminação, calcada numa alegada autoevidência do conteúdo semântico da norma jurídico-positiva, orientação da qual divergimos.

O que os textos indicam é um movimento pendular entre interesses individuais e interesses estatais, em que a pluralidade de expectativas normativas ressoa na pluralidade dos sentidos de interesse público.

O interesse público se apresenta, pode-se dizer, como *topoi* nos textos analisados, à medida que o seu sentido é dado somente pelas especificidades do caso concreto, o que não desnatura a historicidade das estratégias discursivas. Essas, por sua vez, apontam para uma tendência à relativização da legalidade – mormente quando esta se consubstancia em uma única norma de direito positivo –, pela incorporação de variáveis relacionadas com a repercussão das decisões no conjunto da sociedade. Exemplo disso é a teoria do fato consumado, em que juízos de prognose são utilizados na fixação do conteúdo de interesse público como correspondente a interesses individuais, tanto em casos em que se rejeitou a

anulação de atos ilegais da Administração, como em situações em que se afastou a aplicação de norma válida ao caso concreto.

Como resultado da interpretação sistemática, normas outras são trazidas à argumentação, acionadas como técnica de temperamento de dispositivos legais que, à primeira vista, estariam ao abrigo da autoevidência. Nesse contexto – aliás, melhor seria dizê-lo “com texto” – a força dos princípios é inegável, não sendo raros os casos em que se opôs um princípio a uma regra de direito positivo. Em consequência, tem-se uma maior controlabilidade dos atos da Administração, sem dúvida, e a valoração não é percebida como entrave à conclusão, isto é, à decisão propriamente dita. Desse modo, o princípio, como se verifica no caso da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade, acaba por ser a medida da norma de direito positivo que incide no caso concreto. Trata-se, assim, de estratégia discursiva que apela para valores universais e que determinam, ao fim e ao cabo, como o relato (i.e., a norma) deve ser entendido.

Especificamente nos textos em que o interesse público aparece como interesse da Administração, constata-se que o conceito ora é acionado como regra, ou seja, como conceito jurídico genuíno, ora como princípio equivalente de finalidade pública. Nesse último caso, a fixação do conteúdo normativo geralmente contém forte apelo à doutrina, o que é, no mínimo, interessante, dado que, como se viu inicialmente, consenso não há entre os doutrinadores nem mesmo sobre a natureza de interesse público, isto é, se axioma, princípio, critério de resolução de conflitos etc.

Constata-se também no interior das justificativas para as escolhas valorativas que grande importância é dada à conformidade da decisão com os precedentes. Eis a regra de descarga de argumentação formulada por Alexy. E isto não é senão sintomático da influência que o auditório exerce sobre a escolha das premissas que resultam na conclusão ou, numa palavra, no silogismo jurídico. A decisão mais razoável, por certo, há de contar com a adesão dos espíritos, conforme propunha Perelman.

A pluralidade de sentidos de interesse público também nos leva a refletir sobre o conceito habermasiano de situação ideal de fala. De fato, a análise aqui desenvolvida nos permite dizer que o conceito em questão encontra limites não só na diversidade dos contextos em que a comunicação se realiza, como também na propriedade intrínseca da linguagem – ou

medium linguístico, para utilizar a terminologia habermasiana –, que é a ambivalência e que resulta na pluralidade de sentidos. Daí que a conservação do significado deve ser entendida à luz da polissemia. Em termos práticos, seria possível falar em significados de interesse público, vários, que se conservam, universalmente, na situação ideal de fala e que são selecionados conforme o problema, na atividade semântica do Tribunal.

Assim é que, não obstante a percepção da ambivalência da linguagem, talvez seja possível admitir uma idealidade que empreste forma determinada aos eventos linguísticos, como proposto por Habermas. Isso não contraria a asserção de que a operação de seleção e de exclusão dos fatos – na linguagem – realizada pelo direito é constitutiva de uma realidade própria. E esse processo estruturante do mundo não se realiza senão pela violência empreendida na fixação dos conteúdos semânticos da linguagem jurídica, como observara Ferraz Junior. Contudo, essa violência advém de uma determinada competência e legitimidade – que reflete, ao mesmo tempo, a necessidade de instaurar uma verdade oficial.

Sob esse prisma, a conservação de significados só se efetiva numa verdade construída, fabricada, e dotada de coerção para fixar os sentidos dos eventos linguísticos. Portanto, uma vez que a conservação de significados não se confunde com univocidade, afigura-se cabível admitir uma conservação dos múltiplos sentidos atribuídos ao conceito de interesse público nos textos analisados.

O esforço argumentativo na fixação do conteúdo normativo de interesse público apenas confirma a ambivalência do direito. Mesmo quando limitada ao aspecto jurídico positivo, a noção de interesse público não vai além de palavras sem realidade, porque é no esforço classificatório e ordenador do mundo empreendido pelo direito que o discurso confere realidade a essa noção.

E se conhecer o mundo, no sentido de apropriação pelos sujeitos, significasse a distribuição de categorias em prateleiras, a estante da modernidade teria uma extensão projetada para terminar no infinito. O problema é que sempre haverá mais de uma prateleira para alocar um mesmo objeto. E o interesse público parece migrar, de prateleira em prateleira, com relativa facilidade no raciocínio judiciário.

Bem, o que concluímos disso? Não, nada concluímos. Apenas começamos, felizes por não termos de nos valer da antropofagia no sentido oswaldiano para termos o direito como “garantia do exercício da possibilidade”. As possibilidades se apresentam já concretizadas na jurisprudência. Na verdade, se já nos anima a plurissignificação do conceito de interesse público, muito mais nos contenta a perplexidade admitida pelo Tribunal, quando este se declara ciente da inafastável função do raciocínio judiciário de fixar o conteúdo normativo, de dar substância, concretude aos termos do conceito. Sim, é um bom começo.

REFERÊNCIAS

AGUIAR E SILVA, Vitor Manuel de. **Teoria da literatura**. Coimbra: Almedina, 1979.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2.ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. **O paradigma procedural do direito: traduções da teoria para o direito do trabalho e jurisprudência trabalhista**. São Paulo: LTr, 2006.

_____. O modelo de direito procedimental-discursivo em Jürgen Habermas. **Confluências: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Niterói, n. 5, jul./2006, p. 42-55.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “**supremacia do interesse público**” no advento do **Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo**. In: Sarmento, Daniel (org). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 1-22.

ARISTÓTELES. **Arte poética e arte retórica**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Ediouro, [19--].

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”**. In: Sarmento, Daniel (org). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 171- 215.

BARROSO, Luís Roberto. **O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público** (Prefácio). In: Sarmento, Daniel (org). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. In: Sarmento, Daniel (org). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 117-169.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. Malheiros Editores, São Paulo, 2003.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. Valores a serem considerados no controle jurisdicional da administração pública: segurança jurídica – boa-fé – conceitos indeterminados – interesse público. **Interesse Público**, Porto Alegre, v. 4, n. 15, p. 83-96, jul./set. 2002.

_____. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Interesse Público**, Porto Alegre, v. 8, n. 37, p. 29-48, maio/jun. 2006.

BRASIL, República Federativa do. **Lei 4.348, de 26 de junho de 1964** – Estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança.

BRASIL, República Federativa do. **Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999** – Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 10.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **A filosofia como discurso aporético**. Disponível em <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/23>>. Acesso em 04 de agosto de 2009.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. 2 ed. São Paulo: Unesp, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, Volume I. 2.ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, Volume II. 2.ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HALIS, Denis de Castro. A problematização do processo decisório dos juízes: a contribuição de Benjamin Nathan Cardozo. **Confluências**: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito, Niterói, n. 8, nov. 2006, p. 12-24.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3.ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MADEIRA FILHO, Wilson. Teoria da motivação da decisão jurídica: aspectos introdutórios – lógica e lingüística aplicadas aos direito. **Confluências**: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito, Niterói, n. 8, nov. 2006, p. 25-39.

MAIA, Antonio Cavalcanti. Argumentação - verbete. In: BARRETTO, Vicente (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OSÓRIO, Fabio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 88, n.770, p. 53-92, dez. 1999.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004a.

_____. **Retóricas**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004b.

_____. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO STJ. In: Moderna Biblioteca do Direito. [S.l.]: Consulex, 1999-2007. CD-ROM 5.

SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional**. In: Sarmento, Daniel (org). Interesses públicos *versus* interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23-116.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Bens de interesse público e meio ambiente. **Interesse Público**, Porto Alegre, v. 3, n. 10, p. 13-16, abr./jun. 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais. **Interesse Público**, Porto Alegre, v. 6, n. 28, p. 29-42, nov./dez. 2004.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

_____. **Topica y filosofia del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1990.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)