



# LETRAS Jurídicas

Comissão Editorial de Artigos:

**Leandro Caldeira Nava**

**Norberto Oya**



**ARTIGO JURÍDICO – 2016**

**Título:**

# LETRAS Jurídicas

## **FICHAMENTO**

### **DIREITO POSTO E O DIREITO PRESSUPOSTO**

1 - Rodrigo de Oliveira Marques, advogado e aluno no programa de mestrado em direito do Centro Universitário “ Eurípides de Marília” – Univem.

2 - Silvia Helena de Almeida Stefano, advogada e aluna no programa de mestrado em direito do Centro Universitário “ Eurípides de Marília” – Univem.

*Este texto é de responsabilidade do autor e não reflete necessariamente a linha programática e ideológica da Editora Letras Jurídicas.*

## FICHAMENTO

### DIREITO POSTO E O DIREITO PRESSUPOSTO

1 - Rodrigo de Oliveira Marques, advogado e aluno no programa de mestrado em direito do Centro Universitário “ Eurípides de Marília” – Univem.

2 - Silvia Helena de Almeida Stefano, advogada e aluna no programa de mestrado em direito do Centro Universitário “ Eurípides de Marília” – Univem.

MARÍLIA/2014

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

É possível descrever de várias formas e desde várias perspectivas o nosso modo de ver o direito. Como sistema de normas que regula a preservação das condições de existência do homem em sociedade é tipicamente descrição de expositor do direito. Como separação entre o que é e o que deve ser no direito.

O direito não é uma simples representação da realidade social, mas um nível funcional do todo social. Assim enquanto nível da própria realidade, é elemento constitutivo do modo de produção social.

O direito há de ser concebido exclusivamente como produto das relações econômicas, externo a elas, ou apenas como ideologia que oculta a natureza real das relações de produção, ou ainda, como expressão da vontade da classe dominante e meio de dominação.

Em cada sociedade estatal coexistem vários modos de produção social. O direito pressuposto deriva do modo de produção dominante, o direito posto de cada sociedade é resultante da coexistência história de todo esse modo de produção.

Do direito falamos referindo-o como sistema jurídico. Cada sistema apresenta duas faces, visualizados sob dois prismas: o dos conhecimentos e o dos objetos do conhecimento.

O sistema jurídico é um sistema aberto, incompleto, evolui e se modifica. A abertura do sistema científico decorre da incompletude e da provisoriedade do conhecimento científico. O sistema objetivo é dinâmico, suscetível de aperfeiçoamento. O direito é produto histórico, cultural, está em contínua evolução.

O direito é um instrumento de organização social que pretende assegurar a liberdade de agir do indivíduo, subordinando-a ao interesse coletivo. É descrito como mecanismo tendente à regulação de conflitos. É autopiético, porém na medida em que não trata de problemas empíricos, de problemas sociais, e sim de problemas internos a si próprio, de seus próprios problemas.

A circunstância de o Estado passar a desempenhar um novo papel na ordem social produziu sensíveis reflexos na própria teoria geral do direito. Passa o Estado a dinamizar técnicas específicas de atuação, técnicas que - a partir da consideração do direito brasileiro, classificadas como: atuação na economia: atuação por absorção, quando o Estado assume, em regime de monopólio, o controle dos meios de produção e/ou troca de determinado setor; atuação por participação, quando o Estado assume parcialmente (em regime de concorrência com agentes do setor privado) ou participa do capital de agente que detém o controle patrimonial de meios de produção e/ou troca; atuação por indução, que ocorre quando o Estado dinamiza instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados.

A classificação proposta tem a virtude, segundo o autor, de apresentar, com nitidez, o peculiar e distinto caráter jurídico de cada uma das técnicas consideradas. A utilização do direito como instrumento de implementação de políticas públicas coloca em pauta outro fenômeno, o da profusa produção de normas jurídicas

pela Administração, que Carnelutti referiu como "inflação normativa".

O direito, agora, já não mais ordena exclusivamente situações estruturais: a regulação de situações conjunturais, o que impõe sejam as normas dotadas de flexibilidade e estejam sujeitas a contínua revisibilidade, nos coloca novamente diante do conceito de norma jurídica e dos traços que a caracterizam.

A afirmação de que o direito funciona como instrumento de implementação de políticas públicas tem o condão de evidenciar a necessidade de o tomarmos como objeto de análise funcional.

A busca de determinação das finalidades e das funções do direito não é tarefa exclusiva, monopolizada, da sociologia do direito. Sua função é a de permitir a realização de fins sociais que não podem ser atingidos senão através dessa forma de controle social – o direito não é um fim, é um meio.

A visão formalista e positivista do direito e a doutrina real do direito. O formalismo se apoia sobre um discurso abstrato, de proposições reduzidas, é insuficiente para explicar o direito; o positivismo, é concebido como sustentado sobre o postulado básico da recusa de quaisquer “referência metafísica”, sua fragilidade e inconsistência desnudam-se.

Em primeiro lugar, o positivismo jurídico não pode admitir a presença de lacunas; em segundo lugar, encontra dificuldades insuperáveis para explicar os chamados “conceitos indeterminados” as normas penais em branco e as proposições carentes de preenchimento e valorações; em terceiro lugar é

também inoperante diante dos conflitos entre princípios; em quarto lugar, o positivismo não tem como tratar da questão da legitimidade do direito.

Ao estudioso do direito cumpre também conhecê-lo desde a perspectiva sociológica.

Fui um crítico exacerbado de Kelsen, até o momento em que verifiquei que há dois Kelsen: o verdadeiro, crítico do direito, e aquele em que o transformam alguns de seus leitores.

Ao construir uma teoria pura, esvaziada de toda a ideologia política e de todos os elementos científicos naturais, Kelsen construiu uma teoria apartada do jurídico, na medida em que uma ordem jurídica sem o político resulta carente de impulso, morta; uma *ciência* do direito permanece fragmentária se reproduz um corpo sem coração. Daí por que os kelsenianos não se preocupam única e exclusivamente com a estrutura lógica das normas jurídicas, sem cogitar de sua interpretação/aplicação – tais cogitações estão para além da teoria pura. Para que tomem conhecimento do mundo no qual se vive o direito são obrigados a descer do altiplano teórico, para se porém de braços com a Dogmática.

Kelsen realiza a aspiração, dos juristas do final do século XIX, de fazer ciência, no conceito positivista de ciência, dotada de rigor, axiomatizada. O objeto da teoria pura, assim, não é o direito, porém as normas jurídicas.

Existe uma distância entre o direito positivo e os estudos jurídicos praticados. É necessário transpor essa distância, coragem

para reformular conceitos, critérios e princípios; coragem para romper com esquemas estruturados sobre concepções antigas, no quadro das técnicas de ensino ultrapassadas.

O direito não é uma ciência. O direito é estudado e descrito; é, assim, tomado como objeto de uma ciência, a chamada ciência do direito. A ciência do direito produz enunciados sobre o seu objeto, isto é, produz enunciados sobre o direito. Entre tais ciências encontram-se, a filosofia do direito, a teoria geral do direito, a história do direito, a sociologia do direito, a dogmática jurídica ou jurisprudência teórica. Todas são ciências sobre o direito.

A filosofia, a sociologia e a teoria do direito tem por objeto o direito em geral; já a dogmática ou jurisprudência teórica ocupa-se de um determinado direito. A dogmática estuda os problemas jurídicos.

### **O Direito posto e o Direito pressuposto**

A relação entre economia e direito envolve a estrutura social global. O modo de produção da vida material determina o processo social, político e intelectual da vida em geral.

Conforme entendimento de Marx, o capitalismo domina a estrutura econômica. Uma vez que todo modo de produção está constituído por uma estrutura global, integrada por três estruturas regionais: a estrutura econômica, a estrutura jurídico-política e a

estrutura ideológica. Nesta estrutura global, uma das estruturas regionais dominam as demais.

No modo de produção capitalista a economia é que ocupa o papel dominante na estrutura global da sociedade e, concomitantemente, é ela que determina essa dominação, torna-se razoavelmente complexa a compreensão do pensamento marxista.

Afirmar que o modo de produção da vida material (social) – que é diverso do modo de produção dos bens materiais – determina o direito é algo inteiramente distinto da afirmação de que a estrutura econômica determina o direito.

O que determina a participação do trabalhador no produto social, no socialismo, é o caráter coletivo da produção. Se assim não foi, até então, assim deveria ter sido – e deverá ser, no momento em que realizado o autêntico socialismo.

O socialismo pressupõe a reversão da situação de mercador na qual se encontra, no capitalismo, o titular de trabalho.

A propriedade jurídica é reconhecida exclusivamente porque encarna uma necessidade; se não há intercâmbio, o direito de propriedade é desnecessário.

O direito não apenas possui uma linguagem, mas é uma linguagem, na medida em que instrumenta uma modalidade de comunicação entre os homens, seja para ordenar situações de conflito, seja para instrumentalizar políticas.

Enquanto nível do todo social, o direito é elemento constitutivo do modo de produção, porém por ele informado e determinado.



A compreensão dessa realidade permite verificar que o direito é um instrumento de mudança social, para se dinamizado, nessa função, ao sabor de interesses bem definidos.

O direito deve ser visualizado como instância de um todo complexo, dotada de eficácia própria, que, no entanto, se manifesta no bojo de uma relação de causalidade estrutural, resultante da interação dela – instância jurídica – com as demais instâncias desse modo complexo.

O que importa neste passo é a verificação de que o direito é, sempre, um instrumento de mudança social. O direito é produzido pela estrutura econômica mas, também, interagindo em relação a ela, nela produz alterações. A economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia.

A relação jurídica que reaparece na superestrutura jurídica encontra-se originariamente no nível da relação econômica. A forma jurídica é imanente à infraestrutura, como pressuposto interior à sociedade civil, mas a transcende enquanto posta pelo Estado, como direito positivo.

O Estado põe o direito – direito que dele emana –, que até então era uma relação jurídica interior à sociedade civil. Mas essa relação jurídica que preexistia, como direito pressuposto, quando o Estado põe a lei torna-se direito posto.

Assim, o direito e a lei estão, mas não estão na "infraestrutura". O direito já está no econômico (como direito pressuposto), mas também não está. A compreensão de que o direito já está no econômico – mas também não está – permite-nos

compreender que nem a economia determina diretamente o direito, nem o direito pode determinar arbitrariamente a economia; permite-nos, ainda, verificar que o direito pode funcionar como instrumento de mudança social.

Assim, o direito pressuposto brota da (na) sociedade, à margem da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica modifica as condições que o geram. Em outros termos: o legislador não é livre para criar qualquer direito posto (direito positivo), mas este mesmo direito transforma sua (dele) própria base. Isso significa – afirmo-o em outros termos – que o direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto (direito positivo), mas este modifica o direito pressuposto.

O modo de produção capitalista, modo de produção essencialmente jurídico, reclama por um direito posto, construído sobre o direito pressuposto – que é elemento constitutivo dele, modo de produção capitalista.

No entanto, em cada sociedade estatal coexistem vários modos de produção social, ainda que um deles seja característico dela. Ora, ainda que domine, nela, o direito pressuposto do modo de produção dominante, o direito posto de cada sociedade é resultante da coexistência histórica de todos esses modos de produção.

Os princípios gerais de um determinado direito são encontrados no direito pressuposto que a ele corresponda. Neste direito pressuposto os encontramos ou não os encontramos; de lá os regatamos, se nele preexistirem.

O que ora importa enfatizar é que o direito pressuposto é a sede dos princípios, definindo-se o sistema jurídico como uma ordem teleológica de princípios gerais de direito.

Toda norma jurídica é moral ou econômica; mas toda norma moral ou econômica não é necessariamente jurídica. Assim, impõe-se determinar o momento em que uma norma moral ou econômica torna-se jurídica.

O que transforma uma norma social em norma jurídica é o fato de a massa das consciências individuais chegar à compreensão de que a sanção material desta norma pode ser socialmente organizada pelo emprego da coerção.

As regras de direito construtivista implicam a existência de um Estado mais ou menos embrionário, mais ou menos desenvolvida. Mas não é necessário que elas sejam formuladas em uma lei escrita. Muitas são simplesmente costumeiras e não foram jamais formuladas ou aprovadas por uma lei positiva.

O direito pressuposto é fundamentalmente princípios, nada obstante, de toda sorte, a que nele vicejem regras entendidas estas como normas jurídicas cujo grau de generalidade é mais estreito que o grau de generalidade dos princípios.

Assim, pode-se dizer que o direito pressuposto compreende normas, regras e especialmente princípios.

Tomando-se como ponderável a previsão da estruturação de um novo direito, conseqüente à desestruturação do direito moderno-formal – estruturação conformada pela consideração dos princípios jurídicos resgatados do direito pressuposto.

## **O tema da legitimidade do direito**

A norma jurídica é legítima – dotada de legitimidade – quando existir correspondência entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social, a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normatizado. A legitimidade é um conceito material, ao passo que a legalidade é um conceito formal.

A legitimidade encontra-se na autoridade. Direito legítimo é o produzido pela autoridade, de modo a expressar os padrões de cultura, ou seja, os sentidos forjados pela sociedade como expressão das aspirações e rumos que ela, sociedade, pretende seguir.

Um direito posto é legítimo quando permite o pleno desenvolvimento das forças materiais produtivas, em determinada sociedade; ilegítimo, quando constitui entrave ao pleno desenvolvimento dessas forças, ocasião em que se instala uma época de revolução social.

## **Os modelos de direito formal e de direito moderno e a dupla desestruturação do direito**

Direito formal

O direito positivo brasileiro não é, em si, definitivamente direito formal. Como, no entanto, as normas são criadas pelo

intérprete autêntico, este toma o direito positivo brasileiro e, a partir dele, produz direito formal.

A expressão “direito formal”, é um modo de aplicação do direito. Formal refere, aqui, uma teoria formal da interpretação jurídica. Ele funciona como uma linguagem operacional voltada à solução de conflitos, apartada, inteiramente apartada, da moral.

#### Direito moderno

Direito moderno, conota o direito produzido pelo chamado Estado moderno, datado da Revolução Francesa, cujo modelo de produção é capitalista, cujo requisito repousa na representação popular associada à maioria legislativa.

O modelo de direito moderno, estruturado sobre os requisitos da universalidade e da publicidade, inteiramente separado da moral, evidentemente recusa o pluralismo jurídico.

O direito formal/direito moderno e a conservação dos meios

Eros Grau denuncia que o direito, na qualidade de direito formal e direito moderno, desde a metade do século XX passa por uma desestruturação – no caso, uma dupla desestruturação, já que atinge o direito formal e o moderno. O formalismo jurídico está em processo de desestruturação já que a legitimidade procedimental de produção do direito é insuficiente, havendo o reclamo social por um critério substancial para a legitimação do direito. Corroboram essas assertivas os reclamos contemporâneos em relação aos direitos humanos

A desestruturação do direito moderno atinge sua universalidade e publicidade por força do reconhecido pluralismo jurídico que domina a dinâmica social. Primeiro, a universalidade é atingida pela autorregulação constatada nos setores econômicos em uma espécie de nova Lex Mercatoria, bem como pelas novas atualidades do setor de comunicações.

O tempo que vivemos denuncia uma tendência bem marcada à desestruturação do direito. O direito, em suas duas faces – enquanto direito formal e enquanto direito moderno -, se desmancha no ar. Paralelamente à demanda da sociedade por um direito que recupere padrões éticos, a emergência de direitos alternativos é incontestável”. O direito se manifesta de várias formas, e o operador jurídico não descreve o direito, mas a sua forma de vê-lo.

Os positivistas normativistas são, todos, olímpicamente, “cientistas”; e, enquanto tal ignoram a realidade e o social; podem, até mesmo (!), ser dotados de sentimento de sociabilidade, mas, enquanto “cientistas”, estão envolvidos com coisa distinta do direito, as normas jurídicas; como tal, põem-se a serviço da justificação de qualquer ordem, desde que válida; não importa que essa ordem seja iníqua, oprima o homem e a dignidade do homem; eles são “cientistas”, técnicos, e se recusam a, enquanto “juristas”, fazer política – estão tranquilos, tantas vezes em que funcionam como justificadores da iniquidade, porque são “cientistas”. Seja por ignorância, seja por conveniência, sustentam a neutralidade da

ciência... Supõem que o cientista é destituído de consciência – os “cientistas” são dotados de licença para matar.

### **O direito do modo de produção capitalista e a teoria da regulação**

A universalidade do direito reflete, ainda que de modo distorcido, a universalidade da troca mercantil, característica desse mesmo modo de produção.

A legalidade, enquanto garantidora das liberdades do indivíduo, prospera não apenas no sentido de prover a sua defesa contra o arbítrio do Estado, mas instrumenta também a defesa de cada indivíduo titular de propriedade contra a ação dos não proprietários.

Todo direito sempre esteve composto por normas gerais. É falso, pois, que somente o capitalismo tenha produzido normas cujo âmbito de validade seja genérico. Não seria a generalidade, mas sim a universalidade que distinguiria o direito do modo de produção capitalista de outros direitos, anteriores a ele. Universalidade aqui, não significa universalidade dos sujeitos vinculados por uma norma, porém indicação que o direito vincula e se aplica a todos os sujeitos, isto é, ao todo social.

O direito do modo de produção capitalista é um universo no qual se movimentam sujeitos jurídicos dotados de igualdade na prática da liberdade de contratar. A norma jurídica que compõe esse direito, por isso mesmo, é abstrata e geral. Esse mesmo direito,

assim, em primeiro momento, viabiliza a fluência das relações de mercado.

### Teoria da regulação

A questão a ser respondida é, o que significa, atualmente, nos quadros da natureza singular do presente, ser moderno?

Modernos são a economia japonesa e os regimes de protecionismo econômico interno norte-americano e europeu, que não fazem nenhum exemplo de mercado livre.

De modo que ser moderno hoje, é no mínimo já ter consciência de que o mercado é impossível sem uma legislação que o proteja e uma vigorosamente racional intervenção, destinada a assegurar sua existência e preservação.

A opção por um mercado livre hoje, apenas não corresponde a uma aspiração de volta ao passado porque, em verdade, os mercados jamais funcionaram livremente. A noção de mercado livre tem sentido única e exclusivamente enquanto expressiva de um tipo ideal. O entrelaçamento que une mercado capitalista e Estado é vigoroso, pois o Estado moderno, em última instância, é produzido pelo capitalismo.

A teoria da regulação ao supor seja a sociedade de autossustentável, propõe a regulação a partir “de dentro” e, ao dispensar a participação do Estado como agente de produção do direito moderno, ignora a correlação entre direito e violência.

O direito moderno é instrumento de que se vale o Estado para defender o capitalismo dos capitalistas. Dizendo-o de outro modo: a destruição do Estado, hoje, no momento histórico presente,



pelo capitalismo, consubstanciaria uma estratégia suicida, na medida em que deixa abandonados os mercados, à mercê dos capitalistas.

À atuação do Estado para o fim de compensar essas disfunções é ainda indispensável a produção do que temos designado direito moderno. E o Estado não se afastará para os não regulamentar, senão de setores que possam persistir desregulamentados sem comprometimento do dinamismo dos mercados.

#### Apêndice sobre a desregulação da economia

Qualquer política de desregulamentação haveria de estar calcada sobre a construção de um novo modelo de regulação. Não se perca de vista o fato de que o movimento em prol da desregulação, tal como postulado entre nós – menos governo, menos miséria – conduz ao enfraquecimento do Estado, mas o Estado, apesar de todos os pesares é ainda o único defensor do interesse público, não sendo favorável a visualização de momentos de legitimidade, nele, em que venha a se confundir com o interesse social. A destruição e mesmo o mero enfraquecimento do Estado conduzem, inevitavelmente, à ausência de quem possa prover adequadamente o interesse público e, no quanto isso possa se verificar, o próprio interesse social.

#### **A crítica do direito e o direito alternativo**

A reflexão crítica indica que o direito não se reduz a um mero conjunto de normas – nem pode ser referido como produto de uma vontade, seja do legislador, seja do Estado ou de qualquer razão metafísica. E que o direito constitui um nível, um plano, uma linguagem do sistema social, por este, pois, condicionado. O direito, porque nasce na sociedade, do conflito social, deve ser concebido como uma prática social. Como tal expressa relações de poder e ideológicas, bem assim o produto dos conflitos sociais emergentes, isto é, transformações sociais.

Tais conflitos e contradições são expressos pelo direito através de uma linguagem, a linguagem jurídica. E a linguagem jurídica porta em si, mais que outras linguagens, postadas em distintos níveis do social, marcas e traços dessas demais linguagens, dos demais discursos do social.

A teoria do direito alternativo desemboca no subjetivismo do juiz, nada impedindo, absolutamente nada, que a norma sobre a interpretação de normas, seja amanhã substituída por outra, opressiva, sacrificante de direitos fundamentais. A teoria então, justificará a negação do próprio direito e, no limite, conduzirá à anomia.

A ausência do pensamento crítico produz ansiedades individualistas à margem do dinamismo, do tempo e dos compassos da história. Insisto em que se deva criticar a legalidade. Mas é necessário não esquecer que ela tem sido um bem humano incondicional.

## **Sobre a igualdade**

O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais.

Pode a lei sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui à outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio.

A igualdade e a universalidade das formas jurídicas, arrematadas na sujeição de todos ao domínio da lei, é fundamental à estruturação desse modo de produção. Quanto à igualdade entre os homens é uma consequência da necessidade de os trabalhadores obterem seu sustento mediante o intercâmbio entre o preço de sua força de trabalho e o conjunto dos bens socialmente produzidos; a igualdade, assim, presta-se a permitir o acesso dos trabalhadores ao fundo social de bens produzidos livremente, em condições de igualdade, através do intercâmbio de sua força de trabalho.

A universalidade do direito reflete a universalidade da troca mercantil, característica do modo de produção capitalista. A igualdade de todos, oculta a superposição, na base econômica, das relações entre pessoas e das relações entre pessoa e coisa.

## **Crítica e defesa da legalidade**

A imposição de restrições efetivas ao poder, que o princípio da legalidade enseja, permitindo ao indivíduo defender-se do arbítrio do Estado, é um bem humano incondicional.

O Estado Autoritário inúmeras vezes se manifesta travestido de Estado de Direito. Sob a aparência de sujeição ao “domínio da lei” atua um Estado que lança mão da legalidade como instrumento de opressão e opróbio. Essa opção, no entanto, não há de ser consumada de sorte a ocultar a crítica da legalidade e do domínio da lei.

A política da legalidade conduz a neutralidade axiológica do direito e à anulação do direito de resistência contra o direito ilegítimo. O que importa, desde a perspectiva instalada na consagração do princípio, tal como é concebido, é que as normas jurídicas sejam rigorosamente cumpridas.

O discurso ideológico e o discurso mítico se aproximam na medida em que ambos instauram um horizonte objetivo para os comportamentos e atitudes do homem, embora o primeiro se insira e vida da história e o segundo se desenvolva em uma realidade não histórica, atemporal e sem espaço.

A desmistificação da legalidade envolve, também, a desmistificação da noção de Estado de Direito e este não pode vir como um sistema fechado e fixo, com valor em si próprio, mas como conceito temporalmente condicionado, aberto.

A desmistificação da legalidade supõe a compreensão de que não há necessária vinculação dela à chamada “separação” dos poderes. Vale dizer: a legalidade será observada ainda quando a

função normativa seja desenvolvida não apenas pelo Poder Legislativo.

O efeito perverso de comprometimento das garantias do domínio da lei no quanto ela não respeita às liberdades individuais próprias e particulares da elite. À margem dela resta toda uma série de problemas que é objeto de ação do Poder Público e que, na medida em que, exemplificativamente, atuam sobre os níveis de inflação e de endividamento externo, comprometem a possibilidade de efetiva fruição, pelo todo social, das liberdades sociais.

### **Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade p. 190**

A discricção que a lei deixa à autoridade administrativa se refere, quanto ao motivo, à ocasião de praticá-lo e à sua utilidade; quanto ao objeto, a discricção está em a autoridade administrativa poder praticar o ato com objetivo variável, ao seu entender.

Assim, i) a discricionariedade é atribuída, pela lei, à autoridade administrativa; não decorre da lei, utilizando-se o verbo decorrer aqui, para referir a circunstâncias de o emprego, pelo texto legal, de “conceitos indeterminados” conduzir à discricionariedade; vale dizer: a discricionariedade resulta de uma expressa atribuição legal à autoridade administrativa, e não da circunstância de os termos da lei serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receber especificações diversas; ii) no exercício da discricionariedade, a autoridade administrativa formula juízos de oportunidade, que, na

dicção do Ministro Seabra, respeitam ou à ocasião em que o ato deve ser praticado, ou à sua utilidade, ou ao conteúdo do ato.

Assim, Grau, citando Francisco Campos, continua sua exposição crítica acerca do posicionamento da doutrina brasileira, encampada por Francisco Campos e Bandeira de Mello, a qual defende a ideia de que os conceitos jurídicos indeterminados ensejam a discricionariedade: O fundamento da atividade discricionária da Administração encontra-o na estrutura lógica do juízo que constitui o seu ponto de partida. Diz ele: ‘O fundamento do poder discricionário da Administração não reside, portanto, em qualquer atributo que seja peculiar ao juízo administrativo, mas na estrutura lógica de uma certa categoria de juízos, que só podem ser formulados com referência a conceitos mais ou menos ambíguos ou equívocos, ou suscetíveis, pela amplitude e indeterminação do seu conteúdo, de receberem especificações diversas, nenhuma das quais se possa ter como a única possível, exata ou procedente, uma vez que a medida do acerto do juízo consiste, única e precisamente, no próprio conceito que lhe serviu de referência, o qual, por definição, comporta vários conteúdos, igualmente adequados ou do mesmo valor significativo’.

Daí por que, segundo ainda o mesmo Francisco Campos, cabe ‘à autoridade administrativa (no caso) escolher para o ato, dentre os vários conteúdos igualmente possíveis, o que lhe pareça mais adequado ao amplo critério legal que, devido à sua natureza, não é suscetível de uma determinação objetiva’.

Esse entendimento, que põe, entre nós, as âncoras que justificam o exercício da atividade discricionária no uso, pela norma jurídica, de conceitos jurídicos indeterminados, imprecisos, vagos, elásticos, fluidos, prospera ainda no seio da doutrina brasileira do direito administrativo.

Ainda criticando a doutrina brasileira quanto à defesa de que a discricionariedade é ensejada por conceitos jurídicos indeterminados, afirma que há equívocos na conclusão que se tem quando se faz a indistinção entre juízos de legalidade e juízos de oportunidade, quando se identifica a atividade discricionária da Administração com a atividade de interpretação do direito: Penso ter bem demonstrado dois equívocos, determinantes de uma série de outros, que deles se desdobram, na posição adotada por grande parte da nossa doutrina em relação à discricionariedade: em primeiro lugar, a admissão da existência de ‘conceitos indeterminados’, no que se faz confusão entre conceito e termo (expressão do conceito) e a distinção entre noção e conceito ignorada; em segundo, a indistinção entre juízos de legalidade e juízos de oportunidade.

Não se dão conta, quantos incidem nesses erros, de que estão a superpor e identificar a atividade discricionária da Administração com a atividade de interpretação do direito. Ainda que Francisco Campos tenha sustentado que o fundamento do poder discricionário da Administração não reside em qualquer atributo que seja peculiar ao juízo administrativo, a doutrina, no tratamento tradicionalmente conferido à discricionariedade, insiste,

em última instância, na voz de Celso Antônio, em afirmar que o mesmo juízo lógico, exatamente o mesmo juízo lógico, quando praticado pela Administração é discricionário (= juízo de oportunidade); quando praticado pelo Judiciário é dicção do direito (= interpretação, juízo de legalidade).

Nada mais errado. Deveras, tanto a superposição da atividade discricionária da Administração à atividade de interpretação do direito quanto a alusão ao sujeito que a pratica como critério de distinção entre juízo de oportunidade (discricionariiedade) e juízo de legalidade (interpretação do direito) são insustentáveis.

Daí por que importa (i) inicialmente perquirirmos se o direito brasileiro consagra hipóteses de discricionariiedade, (ii) após, se as atividades que a doutrina tradicional aponta como de discricionariiedade da Administração, efetivamente, incluindo-se entre aquelas, distinguem-se da atividade de interpretação do direito.

A discricionariiedade, vimos, expressa-se na formulação de juízos de oportunidade, importando eleição entre indiferentes jurídicos, à margem, pois, da legalidade. Logo, no Estado de Direito, qualquer agente público somente deterá competência para a prática de atos discricionários – isto é, exercitando as margens de liberdade de atuação fora dos quadrantes da legalidade – quando norma jurídica válida a ele atribuir a formulação de juízos de oportunidade. Fora dessa hipótese, qualquer agente público estará jungido, subordinado, à legalidade. Inclusive quando lhe incumba o



dever-poder de interpretar/ aplicar texto ou textos normativos que veiculem ‘conceitos jurídicos indeterminados.

O exercício, pela Administração, da autêntica discricionariedade, que somente norma válida pode atribuir, não está sujeito ao controle do Poder Judiciário, salvo quando esse exercício consubstancie desvio ou abuso de poder ou de finalidade.

Grau afirma, ainda, que atos motivados por razões de interesse público não são atos discricionários. Para ele “interesse público” é termo de “conceito indeterminado”, devendo, em cada caso, ser interpretado, e que ao tratar-se deste termo jamais exercita-se atividade discricionária.

Atos motivados por razões de interesse público, bem como todos e quaisquer atos de aplicação de conceitos indeterminados estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário, e que mesmo a doutrina que deriva a discricionariedade dos conceitos indeterminados admite e afirma o dever do Judiciário de sindicá-los, que segundo ele, chamam erroneamente de atos discricionários, pois para ele a competência é que é discricionária.

Exemplarmente – para que o equívoco proposital no enunciado da indagação imunize contra a perseverança no equívoco –, proponho a seguinte pergunta: incumbem ao Poder Judiciário o exame e controle de atos administrativos discricionários motivados por razões de interesse público?

A questão, como para logo se vê (ou se deveria ter visto), está equivocadamente formulada, dado que atos motivados por razões de interesse público não são atos discricionários. “Interesse

público” é termo de “conceito indeterminado” (vale dizer, de uma noção). Logo, interesse público deve, em cada caso, ser interpretado (relembre-se que interpretação = aplicação).

Ninguém, ao dele tratar, jamais, exercita atividade discricionária. O exercício, pela Administração, da autêntica discricionariedade – formulação de juízo de oportunidade, que apenas poderá exercitar quando norma válida a ela atribuir essa faculdade – não está sujeito ao controle do Poder Judiciário, salvo quando esse exercício consubstancie desvio ou abuso de poder ou de finalidade.

Daí por que, embora o controle da discricionariedade apenas se justifique quando tal ocorra, o seu exame, pelo Judiciário, sempre se impõe. Por isso, demite-se de seu dever, afrontando o direito, o juiz que liminarmente recuse o exame de ato discricionário, embora deva, após esse exame, se, em determinado caso, apurar a inocorrência de desvio ou abuso de poder ou de finalidade, abster-se de controlar (no sentido de questionar a sua correção) o ato.

Proporcionalidade e razoabilidade são, destarte, postulados normativos da interpretação/aplicação do direito, e não princípios.

A discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade. E prova ser equivocada a afirmação de que essa autoridade atua discricionariamente porque não se pode da norma “extrair objetivamente uma solução unívoca”, que informe

quando o porte de arma deve ser outorgado, quando não deve ser outorgado.

Apenas em algumas hipóteses cabem aludir a uma discricionariedade judicial, porém também expressamente atribuída pela norma ao juiz. Este pode exercitá-la ao decidir no âmbito da jurisdição voluntária.

