

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL**  
**FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

**RAFAEL PAIVA DE ALMEIDA**

**CONSEQUENCIALISMO E CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO:  
CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO  
DIREITO BRASILEIRO**

**Maceió\AL**

**2022**

RAFAEL PAIVA DE ALMEIDA

CONSEQUENCIALISMO E CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO:  
CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO  
BRASILEIRO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa  
de Pós-Graduação em Direito da Universidade  
Federal de Alagoas, como requisito parcial para  
obtenção do grau de MESTRE em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Basile Christopoulos

Maceió\AL

2022

**Catálogo na fonte**  
**Universidade Federal de Alagoas**  
**Biblioteca Central**  
**Divisão de Tratamento Técnico**  
Bibliotecária: Taciana Sousa dos Santos – CRB-4 – 2062

A447c Almeida, Rafael Paiva de.

Consequencialismo e controle do ato administrativo: considerações a partir da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro / Rafael Paiva de Almeida. – 2022.

162 f.

Orientador: Basile Georges Campos Christopoulos.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2022.

Bibliografia: f. 153-162.

1. Consequencialismo. 2. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. 3. Construtivismo lógico-semântico. 4. Ato administrativo – Controle. 5. Direito positivo. I. Título.

CDU: 342.924

À Ana Luíza e à Clarissa,  
com todo amor que houver nessa vida.

À vovó Lucinha (*in memoriam*),  
que de onde estiver certamente estará torcendo por mim.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, força maior, por ter me dado forças nos momentos mais difíceis.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Basile Christopoulos, pelo estímulo e pela confiança em mim depositada.

Ao Prof. Dr. Gabriel Ivo e Prof. Dr. Fábio Lins, por acreditarem que pudesse realizar um bom trabalho e pelas valiosas dicas para o seu aprimoramento.

Aos demais membros do corpo docente do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas, pelo engrandecimento intelectual que tanto nos proporcionaram.

Aos servidores da secretaria, na pessoa do Eugênio, sempre prestativo.

Aos colegas da Turma XV, nas pessoas de Marçal, Mylla e Lucas, pela amizade, auxílio e aprendizado.

Ao meu amigo e sócio Dr. Thiago Lages, pela compreensão e pelas valiosas conversas que muito serviram para amadurecer as ideias aqui desenvolvidas.

Aos meus pais Horácio (*in memoriam*) e Claudia, pelo exemplo de vida e valorização da educação.

A minha esposa Ana Luiza, que atravessou bravamente comigo talvez os anos mais desafiadores das nossas vidas.

A minha adorável filha Clarissa, que me faz pensar todos os dias em um mundo melhor, em ser uma pessoa melhor.

A Rikartiany Cardoso, pela valorosa revisão do texto.

*“Longe, lampeja um pedaço do rio. Mais longe ainda, a sombra azulada dos morros. E por cima de tudo, a porcelana pura do céu.” (Érico Veríssimo).*

## RESUMO

A presente dissertação trata da disciplina do consequencialismo, enquanto norma positivada pelo art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, no processo de produção e controle do ato administrativo. Para tanto, adotou-se como referencial teórico para abordagem do tema o construtivismo lógico-semântico. De início, definiu-se o que se entende por ato administrativo, com a predisposição para o seu aspecto lógico-sintático, decompondo seus pressupostos e elementos, a fim de facilitar o estudo da influência do dever de considerar as consequências da decisão na produção e no controle do ato, auxiliando o diagnóstico dos seus principais vícios estruturantes. Após, com predisposição para o aspecto semântico-pragmático, delimitou-se a própria atividade de controle, enfrentando a problemática que talvez em maior medida justifique a abordagem do tema, qual seja a possível necessidade de uma teoria propriamente consequencialista da justificação ao lado da teoria construtivista da decisão, especialmente após a aprovação do dispositivo em comento. Por último, partiu-se para o escrutínio do texto de direito positivo, servindo-se das abordagens anteriores, propondo sistematização própria para as diversas questões que envolvem a disciplina do dever de considerar as consequências da decisão na produção e controle do ato administrativo, inclusive no que diz respeito à garantia fundamental de justificação consequencialista da decisão jurisdicional controladora. Considerando o sistema de referência adotado, concluiu-se que não se pode admitir consequências externas ao direito, nem mesmo critérios de avaliação que não sejam construídos a partir do próprio sistema de direito positivo. Ao invés de indicar abertura, a nova disposição, norma de estrutura por excelência, constitui mecanismo justificativo de fechamento sistêmico, visando garantir, primordialmente, racionalidade, seja à decisão que produz o ato administrativo, seja à que o controla.

**Palavras-chave:** Consequencialismo. Controle do ato administrativo. Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Construtivismo lógico-semântico.

## ABSTRACT

The present dissertation deals with the discipline of consequentialism, as a norm established by art. 20 of the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law, in the process of production and control of the administrative act. To do so, the logical-semantic constructivism was adopted as a theoretical framework for approaching the theme. At first, what is meant by administrative act was defined, with a predisposition to its logical-syntactic aspect, decomposing its assumptions and elements, in order to facilitate the study of the influence of the duty to consider the consequences of the decision in the production and in the control of the act, helping the diagnosis of its main structuring vices. Afterwards, with a predisposition towards the semantic-pragmatic aspect, the control activity itself was delimited, facing the problem that perhaps to a greater extent justifies the approach to the theme, which is the possible need for a properly consequentialist theory of justification alongside the theory constructivist of the decision, especially after the approval of the device in question. Finally, it started to scrutinize the text of positive law, using the previous approaches, proposing its own systematization for the various issues that involve the discipline of the duty to consider the consequences of the decision in the production and control of the administrative act, including with regard to the fundamental guarantee of consequentialist justification of the controlling jurisdictional decision. Considering the adopted reference system, it was concluded that consequences external to the law cannot be admitted, not even evaluation criteria that are not built from the positive law system itself. Instead of indicating openness, the new provision, the norm of structure par excellence, constitutes a justifying mechanism of systemic closure, aiming to guarantee, primarily, rationality, either to the decision that produces the administrative act, or to the one that controls it.

**Keywords:** Consequentialism. Control of the administrative act. Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law. Logical-semantic constructivism.



## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

LICC            Lei de Introdução ao Código Civil

LINDB           Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

## SUMÁRIO

|                                                                                          |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>                                                                   | <b>12</b> |
| <b>1. SOBRE O REFERENCIAL TEÓRICO: O CONSTRUTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO.....</b>            | <b>16</b> |
| 1.1. O Necessário Sistema de Referência.....                                             | 16        |
| 1.2. Direito e Linguagem.....                                                            | 18        |
| 1.3. Linguagem do Direito Positivo e Linguagem da Ciência do Direito.....                | 19        |
| 1.4. Sistema do Direito Positivo e Sistema da Ciência do Direito.....                    | 20        |
| 1.5. Texto, Contexto e Norma Jurídica.....                                               | 22        |
| 1.6. Planos ou Subsistemas em que se apresenta a Linguagem do Direito.....               | 24        |
| 1.7. Norma Jurídica: Estrutura e Classificações.....                                     | 25        |
| 1.7.1. Normas Primárias e Normas Secundárias.....                                        | 26        |
| 1.7.2. Normas Abstratas e Concretas, Gerais e Individuais.....                           | 27        |
| 1.7.3. Normas de Conduta e Normas de Estrutura.....                                      | 29        |
| 1.8. O Discurso Jurídico: Enunciação e Enunciado.....                                    | 33        |
| <b>2. SOBRE O ATO ADMINISTRATIVO: PRODUÇÃO, ELEMENTOS E AS CONSEQUÊNCIAS .....</b>       | <b>36</b> |
| 2.1. Fato Jurídico e Ato Jurídico.....                                                   | 36        |
| 2.2. Fato Administrativo e Ato Administrativo.....                                       | 38        |
| 2.3. Ato Administrativo como Norma Jurídica.....                                         | 39        |
| 2.4. Conceito de Ato Administrativo.....                                                 | 42        |
| 2.5. Ato Administrativo é Fonte do Direito?.....                                         | 45        |
| 2.6. Existência, Validade e Eficácia do Ato Administrativo.....                          | 47        |
| 2.7. Pressupostos e Elementos do Ato Administrativo.....                                 | 52        |
| 2.8. Elementos do Ato Administrativo como Veículo Introdutor.....                        | 55        |
| 2.8.1. Do Antecedente: Motivo, Competência e Procedimento.....                           | 55        |
| 2.8.2. Do Consequente: Conteúdo e Objeto.....                                            | 61        |
| 2.9. Elementos do Ato Administrativo propriamente dito.....                              | 61        |
| 2.9.1. Do Antecedente: Motivação.....                                                    | 61        |
| 2.9.2. Do Consequente: Conteúdo e Objeto.....                                            | 62        |
| 2.10. Elementos do ato administrativo como documento normativo: forma e publicidade..... | 63        |
| 2.11. Finalidade e Causa são Pressupostos ou Elementos do Ato Administrativo? .....      | 65        |

|                                                                                                                                  |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>2.12. Consequencialismo é Pressuposto ou Elemento do Ato Administrativo? .....</b>                                            | <b>66</b>  |
| <b>2.13. Invalidação, Revogação e Convalidação do Ato Administrativo.....</b>                                                    | <b>67</b>  |
| <b>3. SOBRE O CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO: É POSSÍVEL CONTROLAR AS CONSEQUÊNCIAS? .....</b>                                   | <b>71</b>  |
| <b>3.1. Incidência e Aplicação na Produção e no Controle do Ato Administrativo.....</b>                                          | <b>71</b>  |
| 3.1.1. Incidência sob o Ponto de Vista Sintático.....                                                                            | 73         |
| 3.1.2. Incidência sob o Ponto de Vista Semântico.....                                                                            | 74         |
| 3.1.3. Incidência sob o Ponto de Vista Pragmático.....                                                                           | 75         |
| <b>3.2. Entre a Fundamentação e a Justificação da Decisão.....</b>                                                               | <b>78</b>  |
| <b>3.3. Argumentação Jurídica e a Justificação de Segunda Ordem.....</b>                                                         | <b>84</b>  |
| <b>3.4. Consequencialismo como Técnica de Justificação de Segunda Ordem.....</b>                                                 | <b>93</b>  |
| <b>3.5 Por uma Teoria Consequencialista ao lado da Teoria Construtivista da Decisão.....</b>                                     | <b>98</b>  |
| <b>4. SOBRE O CONSEQUENCIALISMO E O CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO.....</b> | <b>101</b> |
| <b>4.1. Consequencialismo, Produção e Controle do Ato Administrativo na Lei de Introdução.....</b>                               | <b>101</b> |
| <b>4.2. Consequencialismo como Norma que Disciplina o Ato como Veículo Introdutor...102</b>                                      |            |
| 4.2.1. Norma que Disciplina o Motivo.....                                                                                        | 103        |
| 4.2.1.1. A Decisão Tomada com Base em “Valores Jurídicos Abstratos”.....                                                         | 103        |
| 4.2.1.1.1. Precisando o Sentido da Expressão: “Valor” como “Fato”.....                                                           | 105        |
| 4.2.1.1.2. Precisando o sentido da Expressão: “Valor” como “Valor”.....                                                          | 106        |
| 4.2.1.1.3. Precisando o sentido da Expressão: “Valor” como “Norma”.....                                                          | 107        |
| 4.2.2. Norma que Disciplina a Competência.....                                                                                   | 111        |
| 4.2.2.1. As Capacidades Institucionais e a Deferência.....                                                                       | 113        |
| 4.2.3. Norma que Disciplina o Procedimento.....                                                                                  | 117        |
| 4.2.3.1. Os Juízos Causais e a Legitimidade pela Participação.....                                                               | 118        |
| 4.2.4. Norma que Disciplina o Conteúdo e Objeto do Ato como Veículo Introdutor.....                                              | 119        |
| <b>4.3. Consequencialismo como Norma que Disciplina o Ato propriamente dito.....</b>                                             | <b>120</b> |
| 4.3.1. Norma que Disciplina a Motivação.....                                                                                     | 120        |
| 4.3.1.1. O Diálogo com o Novo Código de Processo Civil.....                                                                      | 122        |
| 4.3.1.2. O Dever de Considerar as “Consequências Práticas” da Decisão.....                                                       | 124        |
| 4.3.1.2.1. Precisando o Sentido da Expressão: “Práticas” ou “Pragmáticas”.....                                                   | 124        |
| 4.3.1.2.2. Precisando o Sentido da Expressão: “Práticas” ou “Econômicas”.....                                                    | 130        |

|                                                                                                      |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4.3.1.2.3. Precisando o Sentido da Expressão: “Práticas”, “Administrativas” ou “Jurídicas”.          | 134        |
| 4.3.2. Norma que Disciplina o Conteúdo ou Objeto do Ato Propriamente Dito.....                       | 136        |
| <b>4.4. Consequencialismo como Norma que Disciplina o Ato como Documento Normativo.....</b>          | <b>136</b> |
| 4.4.1. Norma que Disciplina a Forma.....                                                             | 137        |
| 4.4.2. Norma que Disciplina a Publicidade.....                                                       | 137        |
| <b>4.5. Consequencialismo como Norma que Disciplina a Justificação da Decisão Jurisdicional.....</b> | <b>138</b> |
| 4.5.1. Norma que Disciplina a Justificação da Decisão no Controle Jurisdicional Atípico...           | 138        |
| 4.5.2. Norma que Disciplina a Justificação da Decisão no Controle Jurisdicional Típico.....          | 142        |
| 4.5.2.1. A Proporcionalidade na Decisão que Decide pela Invalidação do Ato.....                      | 142        |
| <b>CONCLUSÃO.....</b>                                                                                | <b>145</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>                                                                              | <b>153</b> |

## INTRODUÇÃO

Desde a alteração na nomenclatura do Decreto-Lei 4.657, de 1942, que deixou de ser a Lei de Introdução ao Código Civil - LICC para ser a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, na redação dada pela Lei Federal 12.376, de 2010, percebeu-se que o Direito Privado vem perdendo proeminência enquanto ramo a quem cabia as definições centrais quanto à interpretação e à aplicação do Direito.

Em que pese o esforço legislativo, no sentido de alargar efetivamente a abrangência da referida lei para todos os ramos jurídicos, permaneceu a falta de disciplina específica de preceitos que devessem reger de modo mais uniforme tanto a atuação da Administração Pública, quanto a relação dela com os administrados. A lacuna se mostrou ainda mais evidente quando os órgãos de controle começaram a ser apontados como “construtores ativos” do Direito Público, passando a estabelecer padrões de conduta às entidades estatais, aos agentes públicos e aos particulares que com eles se relacionam.<sup>1</sup>

Diante do avançado estágio de sindicância dos atos administrativos, uma das mais contundentes críticas que parte da doutrina nacional tece a este respeito é a de que os controladores praticamente teriam assumido a função dos gestores públicos na formulação de políticas públicas e na própria condução da máquina estatal, trazendo com isto, enorme instabilidade jurídica e social. Tendo em vista a insegurança relativamente à revisão de situações jurídicas consolidadas, ressentiu-se, portanto, de regramento que buscasse melhorar a qualidade da atividade decisória pública no Brasil.<sup>2</sup>

Além da alegada necessidade de autocontenção do controle público mais “ativista”,<sup>3</sup> ao menos mais três outros fatores teriam contribuído para as alterações legislativas em referência. O primeiro deles diz respeito à transmutação do conceito de legalidade, que diversamente daquele oitocentista da época em que a citada lei foi editada, não se restringiria à legislação ordinária em sentido estrito, abarcando tanto normas infralegais, provenientes das mais diversas

---

<sup>1</sup>SUNDFLED, Carlos Ari. “Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, 22.

<sup>2</sup>SUNDFLED, Carlos Ari. “Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, 23.

<sup>3</sup>SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB**. Belo Horizonte: 2022, p. 25.

fontes ejetoras, quanto normas constitucionais, sabidamente de conteúdo aberto e indeterminado. Fala-se, então, em “bloco de legalidade” e legalidade enquanto “juridicidade”, como uma das principais causas para a referida inovação.<sup>4</sup> Como decorrência do anterior, um segundo fator diz respeito à complexidade na resolução jurídica de conflitos, que passam a ser mediados por normas carregadas de termos indeterminados e com forte conotação axiológica. Diz-se que a decisão, dessa forma, teria passado, problematicamente, do legislador para o intérprete. Como o último fator, afirma-se que teria havido relevante descentralização dos órgãos encarregados de dizer o direito no caso concreto. O que antes era monopólio do Judiciário, teria agora se estendido para diversas esferas decisórias administrativas, muitas delas sobrepostas, ocasionando instabilidade e temor quanto ao exercício da discricionariedade administrativa. A este imobilismo decisório se convencionou chamar de “apagão das canetas” ou “Administração Pública do medo”.<sup>5</sup>

Foi nesse contexto que se apresentou o Projeto de Lei nº. 349, de 2015, o qual pretendeu acrescentar dez novos artigos à Lei de Introdução. Ao que consta, o Projeto visava conferir mais segurança jurídica na criação e na aplicação do Direito Público, tendo sido aprovado e convertido na Lei nº. 13.655, de 2018, a chamada “Lei da Segurança para a Inovação Pública”. Diversos dispositivos aprovados vêm provocando intensos debates, mas nenhum parece ter superado a polêmica entorno do artigo 20 e seu parágrafo único, assim redigidos:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

O propósito do texto seria então garantir a segurança jurídica por meio de decisões mais densamente motivadas, especialmente aquelas tomadas com base em princípios, já que “o uso retórico de princípios muito vagos vem sendo um elemento facilitador e legitimador da superficialidade e do voluntarismo.”<sup>6</sup> Com a prescrição normativa, espera-se que o eixo decisório se desloque dos fundamentos abstratos da decisão para os seus efeitos práticos, dando concretude ao que se convencionou chamar de “primado da realidade”.<sup>7</sup>

<sup>4</sup>MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº. 13.655/2018: Lei da Segurança para a Inovação Pública**. Belo Horizonte: 2019, p. 7.

<sup>5</sup>MOTTA, Fabrício; NOHARA, Patrícia Irene. **LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 24.

<sup>6</sup>SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 225.

<sup>7</sup>MOTTA, Fabrício; NOHARA, Patrícia Irene. **LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 21.

Mas se é certo que o estudo sobre o consequencialismo não é novidade no cenário jurídico nacional, notadamente no âmbito do Direito Financeiro<sup>8</sup>, do Direito Tributário<sup>9</sup> e do Direito Constitucional,<sup>10</sup> igualmente certo é que, com a nova lei, o dever de considerar as consequências da decisão, enquanto resposta metodológica para o déficit da fundamentação decisória pública, retoma os foros de discussão jurídica, notadamente no âmbito do Direito Administrativo.

As críticas à postura do legislador não se restringem apenas à alegada falta de ampla participação no debate que antecedeu a sua aprovação, o que lhe retiraria a legitimidade democrática.<sup>11</sup> Aponta-se que a pretendida autolimitação do controle, especialmente do controle judicial, deve vir acompanhada de responsabilidade quanto ao estágio de proteção e promoção dos direitos fundamentais, havendo risco de que a racionalidade jurídica se converta em mera racionalidade instrumental ou econômica.<sup>12</sup> Ainda que a avaliação das consequências da decisão seja necessária em alguns casos, especificamente nos chamados “casos difíceis”<sup>13</sup>, argumenta-se que não seria suficiente para fazer frente aos desafios a que se propôs, não se podendo priorizar os resultados práticos em detrimento das prescrições do ordenamento jurídico.<sup>14</sup> E mais, a imposição de consideração das consequências da decisão aos órgãos de controle, especialmente aos de controle judicial, poderia ocasionar um ônus decisório do qual não conseguiriam se desvencilhar, na medida em que teriam que levar em conta elementos não constantes nos autos, ou se constantes, sobre os quais somente o administrador deteria conhecimento técnico suficiente para a sua avaliação.<sup>15</sup>

Devido à visível dificuldade do tema, a fim de tentar reduzir um pouco essa complexidade, propomos que o dever de decidir com orientação nas consequências da decisão,

---

<sup>8</sup>CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento público e controle de constitucionalidade**: argumentação consequencialista nas decisões do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

<sup>9</sup>PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2012.

<sup>10</sup>ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação e consequencialismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro e controle. In: PINTO, Élide Graziane. **Política pública e controle**: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº. 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 25.

<sup>12</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, vedação de retrocesso e diálogo interinstitucional no controle de políticas públicas In: PINTO, Élide Graziane. **Política pública e controle**: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº. 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 11-12.

<sup>13</sup> Sobre o conceito de “casos difíceis” trabalhado ao longo do texto, ver Capítulo 3, Subtópico 3.4.1..

<sup>14</sup> NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB**: Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros ao direito público. Curitiba: Juruá, p. 30.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro e controle. In: PINTO, Élide Graziane. **Política pública e controle**: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº. 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 43.

para nós, norma de estrutura por excelência, seja tratado tendo como pano de fundo sua disciplina na produção e no controle do ato administrativo, seja esse controle administrativo ou judicial. A ideia aqui é, a partir de um tema tradicional, como o é a secular teoria dos atos administrativos, trabalhar esse novo instituto. Aliás, não fosse o advento da nova disposição, diante dos clássicos já escritos, muito pouco ou quase nada precisaria ser dito a respeito do assunto. Com a sua vigência, a literatura especializada merece ser revisitada. Até porque, após a sua aprovação, à exceção de alguns artigos em revistas especializadas, bem como de algumas obras as quais serão oportunamente analisadas, ainda se verifica espaço para contribuições acadêmicas um pouco mais aprofundadas sobre a temática em comento.

Delimitado o objeto da pesquisa, adotou-se como referencial teórico para sua abordagem a metodologia analítica do construtivismo lógico-semântico. Como tudo no direito é conceitual e dista de um consenso, mostrou-se necessário fixar, desde logo, as premissas teóricas que orientam o estudo, o que foi feito logo no primeiro capítulo.

No segundo capítulo, definiu-se o que se entende por ato administrativo, a partir do ponto de vista lógico-construtivista, com a predisposição para o seu aspecto sintático, decompondo seus pressupostos e elementos, a fim de facilitar o estudo do dever de considerar as consequências na formação e controle do ato, além de poder melhor visualizar eventuais vícios estruturantes.

Após, no terceiro capítulo, com predisposição para o aspecto semântico-pragmático, delimitou-se a própria atividade de controle, enfrentando a problemática que talvez justifique a abordagem do tema, notadamente a partir do referencial proposto, qual seja a possível necessidade de uma teoria consequencialista da justificação ao lado da teoria construtivista da decisão, especialmente após a aprovação do dispositivo em comento.

Por fim, no quarto capítulo, buscando aplicação para o que visto nos capítulos anteriores, partiu-se para o escrutínio do texto de direito positivo, propondo sistematização própria para as diversas discussões que envolvem o assunto. Considerando que o trabalho aborda o controle, seja ele administrativo, seja judicial, promoveu-se uma leitura crítica do dispositivo, inclusive sua influência na garantia fundamental de justificação da decisão jurisdicional controladora.



## 1. SOBRE O REFERENCIAL TEÓRICO: O CONSTRUTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO

### 1.1. O Necessário Sistema de Referência

Tudo no direito possui caráter eminentemente conceitual e dista de um consenso, o que faz com que seja necessário traçar, de antemão, um rigoroso marco ou referencial teórico para a análise do tema em discussão, já que a metodologia empregada na pesquisa jurídica assim exige.<sup>16</sup> Este primeiro capítulo tem justamente esta intenção, apresentar o sistema de referência por meio do qual a exploração será desenvolvida e por meio da qual poderá, então, ser testada, na sua pretensão de correção e coerência.

A bem da verdade, se é que se pode falar em verdade,<sup>17</sup> o conhecimento sobre um dado objeto só é possível quando se permite refutar a teoria que serve de instrumento para a aproximação. Conforme Karl Popper:

[...] nossas refutações indicam os pontos onde tocamos a realidade, por assim dizer. Nossas teorias melhores e mais recentes correspondem sempre a tentativa de incorporar todas as refutações num determinado campo, explicando-as de modo mais simples – o que quer dizer, do modo mais facilmente testável.<sup>18</sup>

Ao servir como uma espécie de diapasão, a função do referencial teórico é justamente possibilitar o teste, a refutação, ou mais propriamente a falseabilidade, fazendo com que a descrição proposta do fenômeno se torne convincente, até o ponto em que uma nova se sobreponha à anterior, ou não, conforme o caso. Aliás, sem tal pressuposto metodológico, eventuais análises e críticas, especialmente dirigidas ao fenômeno jurídico, correm sério risco de não passar de especulações e superficialidades.

Em última instância, estudar o ato administrativo, seu processo de produção e controle, pressupõe o estudo do processo de produção do direito de uma maneira geral, sendo necessário dar a necessária ênfase à atividade administrativa e judicante como ato criador de normas jurídicas. Valendo registrar que estas, as normas jurídicas, produtos do seu processo criativo,

---

<sup>16</sup> IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006, XXVIII.

<sup>17</sup> “Tudo pode ser, ainda que não tenha sido ou não deva-ser”. (VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 128).

<sup>18</sup> POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações: o progresso do conhecimento científico**. Trad. Sérgio Bath. 5ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 144.

constituem, em última instância, o objeto mínimo e irreduzível daquele que pretende estudar o direito.

Imperioso, portanto, adentrar no complexo tema de Teoria Geral, que são as chamadas fontes do direito, suas diferentes perspectivas, para proceder ao enfrentamento dos problemas que envolvem o assunto.

Por outro lado, observa-se que o direito se encontra envolto em linguagem, sendo esta, a linguagem, o seu veículo por excelência de expressão. E isso se dá tanto no plano do conjunto de normas válidas em determinado território, o direito positivo, quanto no plano da Ciência que o estuda. O direito enquanto instrumento utilizado para reger condutas intersubjetivas, à luz de valores socialmente eleitos como importantes, necessita de um veículo para poder estabelecer a comunicação desejada, prescrevendo como deve ser o comportamento das pessoas, e isso se dá por meio da linguagem. Com o ato administrativo não é diferente, sendo esta outra premissa inarredável.<sup>19</sup>

A partir dos ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho, oportuno registrar que:

O Direito, sabemos, é um fenômeno complexo. Uma forma, porém, de estudá-lo sem ter de enfrentar o problema de sua ontologia é isolar as manifestações normativas. Ali onde houver direito, haverá normas jurídicas (Kelsen). A que poderíamos acrescentar: e onde houver normas jurídicas haverá, certamente, uma linguagem em que tais normas se manifestem.<sup>20</sup>

Assim, a metodologia hermenêutica e analítica a que se convencionou denominar de construtivismo lógico-semântico, tal como desenvolvida por Paulo de Barros Carvalho, a partir das lições de Lourival Vilanova, considerando ainda as contribuições dos demais teóricos que seguem esta linha de pensamento, é de fundamental importância para os fins pretendidos neste estudo.<sup>21</sup>

Ainda, tendo em vista a complexidade do fenômeno jurídico e considerando o recorte temático, cujo enfoque principal se concentra no estudo do ato administrativo, mas sob uma perspectiva interpretativa em que se dá o seu controle, administrativo e judicial, propomos um diálogo do referencial proposto não só com a dogmática administrativista mais tradicional, mas

<sup>19</sup>“Considerando-se que todo fenômeno de cultura só funciona culturalmente porque é também um fenômeno de comunicação, é considerando-se que esses fenômenos só comunicam porque se estruturam como linguagem, pode-se concluir que todo e qualquer fato cultural, toda e qualquer atividade ou prática social constituem-se como práticas significantes, isto é, práticas de produção de linguagem e de sentido.” (SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica?** São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 12).

<sup>20</sup>CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 19.

<sup>21</sup>CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 81-84.

sobretudo com as Teorias da Decisão, notadamente com aquelas que lidam com as intrincadas questões que envolvem decisões jurídicas tomadas com base nas suas consequências. No ponto, a teoria do raciocínio jurídico elaborada por Neil MacCormick se mostrou de grande valia para os fins pretendidos por esta investigação.

## 1.2. Direito e Linguagem

Como dito, o direito tomado como um conjunto de normas válidas em determinado território tem por fim regular a conduta humana através de prescrições normativas, cuja forma ou veículo de expressão se dá através da linguagem. Aliás, mesmo quando regula a sua própria criação, atividade em que a conduta humana tem interesse não propriamente direto e imediato, mas indireto ou mediato, o direito o faz por meio de sua própria linguagem.

E mais, a linguagem prescritiva se projeta sobre o social, que também é vertida em sua própria linguagem. Os fatos enquanto relatos linguísticos protocolares dos eventos adentram nos lindes do direito por meio do seu código próprio, vale dizer, da sua linguagem, sendo oportuno registrar que nenhuma conduta é lícita ou ilícita em si, ou de modo ontologicamente importante para o direito, mas apenas aquela porção da vida que o próprio direito assim elege como tal, atribuindo consequências à uma dada hipótese normativa cuja descrição, na essência, traz o relato dos elementos componentes do fato jurídico, que, por sua vez, apesar de conter elementos do fato bruto ou social, com ele não se confunde. São duas realidades distintas, dois corpos de linguagem que se relacionam, mas não se identificam.

Por outro lado, o que os juristas enquanto estudiosos do direito dizem sobre ele também é permeado pela linguagem. Valendo observar que o fenômeno jurídico se constitui, não só, mas sobretudo, de uma sucessiva sobreposição de linguagens, ou, com precisão do termo, de metalinguagens. É a linguagem descritiva da Ciência do Direito explicando a linguagem prescritiva do direito tomado no plano do objeto, que, por sua vez, se intersecciona com a linguagem social, de maneira intrigantemente reflexiva e imbricada, ao ponto de Gabriel Ivo, ressaltando não estar adentrando na ontologia do direito, afirmar que:

O que os juristas, em sentido largo, dizem do Direito não é mera repetição da linguagem prescritiva. Determinam, isto sim, o significado do que é que o Direito diz. E, ao determinarem o que o Direito diz, os juristas terminam dizendo o que o Direito é. O que não deixa de ser um poder, pois afirmam o que dizem as palavras da lei.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> IVO, Gabriel. O direito e a sua linguagem. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.) **O direito tributário e os novos horizontes do processo**. São Paulo: Noeses, 2015, p. 529.

### 1.3. Linguagem do Direito Positivo e Linguagem da Ciência do Direito

Diferentemente da Ciência que o estuda, o direito não descreve simplesmente os fatos de possível ocorrência no mundo social. Pelo contrário. Enquanto instrumento utilizado como pauta de conduta, o direito interfere na realidade para prescrever como as pessoas devem se comportar. A linguagem do direito positivo e da Ciência do Direito não se confundem. Esta explica aquela, ou melhor, descreve-a. São duas linguagens diferentes orientadas por lógicas diferentes. Ao direito positivo corresponde à lógica das normas, à Lógica Deontica, a Lógica das Normas, enquanto à Ciência do Direito à Lógica Apofântica, Alética ou Clássica.<sup>23</sup>

De acordo com a lição de Paulo de Barros Carvalho:

[...] não é demais enfatizar que o direito positivo é o complexo de normas jurídicas válidas num dado país. À Ciência do Direito cabe descrever esse enredo normativo, ordenando-o, declarando sua hierarquia, exibindo suas formas lógicas que governam o entrelaçamento das várias unidades do sistema e oferecendo seus conteúdos de significação.<sup>24</sup>

Calha registrar, a partir da distinção acima, que as proposições científicas dirigidas ao direito descrevem o fenômeno jurídico, a fim de melhor conhece-lo e explica-lo, sendo que seu critério de verificabilidade é a verdade ou falsidade, enquanto as normas jurídicas possuem outro critério, a fim de interferir no social para regular o comportamento das pessoas, podendo-se dizer que são válidas ou inválidas, considerando aqui validade como relação de pertencimento das normas com o sistema no qual estão inseridas.

A distinção aqui destacada se mostra relevante, pois ainda que a legislação, tomada aqui no plano da expressão, traga enunciados aparentemente descritivos, como quando conceitua categorias que reputa relevantes, o faz não com função explicativa, mas sim prescritiva, vale dizer com a finalidade de que tais conceitos venham a compor hipóteses de incidência de normas jurídicas, atribuindo-lhes eficácia caso a descrição venha a ocorrer no mundo fenomênico, materializada na forma de direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e situação de exceptuado, entre sujeitos de direito distintos ocupantes dos opostos polos de uma relação jurídica.

Nesse sentido, quando a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, à semelhança da legislação anterior, trouxe um amplo rol de definições preambulares,<sup>25</sup> o fez não meramente para conceituar como o são as regras que disciplinam a licitação em si e seus

<sup>23</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2.

<sup>24</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

<sup>25</sup> BRASIL. **Lei nº. 14.133**, de 1 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Art. 6º.

institutos correlatos, mas para prescrever como esta deveria se dar, apanhando conotativamente traços do possível fato a ocorrer, sob pena de, em caso de desrespeito as suas prescrições, especialmente no que diz respeito ao procedimento, surgir o dever de a Administração Pública decretar a sua nulidade, obviamente nos casos em que o vício não seja sanável. Caso isso não ocorra, eventual interessado, o que não exclui a participação dos órgãos encarregados de realizar o controle dos respectivos atos administrativos, pode – no caso dos órgãos de controle, devem – demandar o Judiciário, para ver respeitado o seu direito à participação em procedimento hígido, sem vícios que possam comprometer a lisura do certame.

A toda evidência, ainda que a legislação descreva o que são “serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual”,<sup>26</sup> não mais exigindo a singularidade como problemático componente do conceito, o fez não para meramente descrever o seu regime jurídico no âmbito das contratações públicas, mas sim para prescrever condutas, podendo-se inclusive invalidar eventual inexigibilidade de licitação, bem como responsabilizar eventuais envolvidos, caso a hipótese discutida no caso concreto não se enquadre no referido conceito que compõe o antecedente da norma que excepciona a disputa, por exemplo.

#### **1.4. Sistema do Direito Positivo e Sistema da Ciência do Direito**

Outra distinção útil para aquele que se propõe a estudar o tema do controle do ato administrativo diz respeito à diferenciação entre o sistema de direito positivo e o sistema da Ciência do Direito.

Embora por vezes agrupados sob o gênero maior de sistemas proposicionais do tipo nomoempírico,<sup>27</sup> o que, por conta do próprio conceito de sistema, implica-lhes a característica de seus elementos poderem ser reconduzidos à um princípio ou critério unificador comum, apresentam como traço diferenciador o fato de que o sistema de direito positivo, de caráter prescritivo, pode trazer lacunas e contradições entre seus elementos, enquanto o sistema da Ciência do Direito, de caráter descritivo, não.

---

<sup>26</sup> BRASIL. **Lei nº. 14.133**, de 1 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Art. 74, III.

<sup>27</sup>Conforme a classificação proposta por Marcelo Neves, “Os sistemas nomoempíricos são constituídos de proposições que se referem – genérica ou individualmente, direta ou indiretamente – a objetos reais, em uma linguagem material aberta e condicionada fundamentalmente pela experiência. Compõe-se, portanto, de proposições sintéticas (...). Daí porque são sistema nos quais, além da dimensão sintática (formal), possuem relevância as dimensões semântica (material) e pragmática (teleológica ou ideológica). Há duas espécies básicas de sistemas nomoempíricos: a dos sistemas teóricos (descritivos) e a dos sistemas normativos (prescritivos).” (NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 6).

Aliás, os enunciados prescritivos enquanto material empírico emanado das fontes produtoras de normas jurídicas, constituem material sobre o qual o estudioso do direito se debruça, justamente para poder lhes dar o devido sentido e lhes ordenar as relações horizontais de coordenação e verticais de subordinação, entre seus elementos no subdomínio próprio do sistema das normas jurídicas. Assim, parece consistente a diferenciação que se faz entre ordenamento jurídico, enquanto material bruto, matéria prima posta à disposição do sujeito cognoscente, e sistema jurídico enquanto ordem ao qual tal sujeito lhe dá então a devida organização e sentido.<sup>28</sup>

Conforme Marcelo Neves, diferentemente das proposições dos sistemas nomoempírico descritivos, as proposições dos sistemas prescritivos ou normativos “não têm pretensão de verdade, mas sim pretensão de *validade*, que depende dos critérios de admissão e expulsão do sistema”.<sup>29</sup> E mais adiante prossegue o referido autor, “Por estarem na ordem da *práxis*, os sistemas normativos contêm, não raramente, antinomias, que lhes eliminam parcialmente a consistência, na medida em que as normas incompatíveis neles permanecem enquanto não ocorre o ato de expulsão”.<sup>30</sup>

No caso da temática da produção e controle dos atos administrativos, o assunto é de forte indagação, justamente pela explicação que se dá, então, ao aparente paradoxo de convivência entre atos administrativos válidos e inválidos num mesmo sistema, ou mais propriamente entre normas jurídicas válidas ou inválidas, já que partimos do pressuposto de que o ato administrativo, como qualquer outro elemento componente do sistema de direito positivo, é norma. A partir da sua inserção no sistema, ainda que com defeitos relativos ao seu processo produtivo, a relação de pertencimento de uma norma jurídica com o conjunto só cessa por meio de outra norma, cuja função seja justamente expulsar a norma inválida do sistema.

À proposita, conhecida a formulação atribuída a Kelsen de que o direito é um sistema autopoietico, ou seja, é sistema que se autorregula, tanto no que diz respeito à forma de como se dá a criação de novos elementos, quanto à forma de como se dá a sua expulsão, caso seu processo criativo não tenha obedecido às próprias regras do sistema.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup>CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos para a incidência**. 6ª. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 51.

<sup>29</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 7.

<sup>30</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 8.

<sup>31</sup> “É, com efeito, uma característica muito significativa do Direito ele regular sua própria produção e aplicação”. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 80).

A simples previsão do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, assim como o controle de legalidade dos atos administrativos, seja pela via administrativa ou judicial, só comprova a assertiva. Além do que, as regras clássicas que resolvem o conflito entre normas, como o da preferência hierárquica, cronológica e da especialidade, só tem razão de existir justamente por se admitir a convivência contraditória entre os elementos que compõem o sistema do direito, este tomado do ponto de vista do plano do objeto.<sup>32</sup>

Por outro lado, o sistema da Ciência do Direito é demanda coerência formal, ou seja, pretende ser isento de contradições, já que reina a linguagem apofântica, de modo que, num sistema descritivo, uma proposição não pode ao mesmo tempo “ser” e “não-ser”, sob pena de infração à lei lógica da não-contradição. Precisamos aqui são as lições de Lourival Vilanova, para quem:

Um sistema formal requer a coerência formal entre suas proposições. Se houver, dentro dele, demonstráveis ou verdadeiras uma proposição e sua contraditória, torna-se inconsistente e requer revisão das proposições que funcionam como postulados. Em sistemas empíricos de conhecimentos, sejam ciências naturais, sejam ciências da cultura, a consistência formal é um *prius* lógico, para alcançar o objeto do conhecimento. Se a ciência dogmática do Direito é ou aspira ser ciência, tem de satisfazer a forma de sistema: de um todo isento de contradições. Exprime-se em linguagem apofântica, que é necessariamente suscetível de valor-de-verdade, positivo ou negativo. Não em linguagem não-apofântica: de perguntas, de imperativos ou de ordens, de enunciados deontológicos (do que deveria ser para o Direito justo).

E prossegue afirmando o eminente doutrinador pernambucano:

Se o Direito positivo fosse sistema científico, necessariamente seguiria a lei lógica de não-contradição. Mas não é sistema científico. Sendo um sistema homogêneo de proposições prescritivas, não pode conter necessariamente a lei lógica, que é teórica, ao lado das demais proposições prescritivas. Assim como um sistema teórico ou descritivo de objetos não pode abrigar proposição descritiva e proposições prescritivas, juízos-de-ser e juízos-de-dever-ser, assim o Direito positivo não pode acolher normas e leis teóricas. Pode, sim, converter leis lógicas em normas. Quer dizer, mudando o estatuto dessas leis teóricas para a forma de prescrições de conduta: o juiz, o legislador, o intérprete que não é órgão do Estado, devem suprimir contradição entre normas do mesmo sistema positivo. Neste caso, a lei lógica seria fundamento da norma. Do lado do objeto, teríamos a impossibilidade de aplicação ao mesmo caso de normas incompatíveis.<sup>33</sup>

## 1.5. Texto, Contexto e Norma Jurídica

<sup>32</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro: “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

<sup>33</sup> VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 156-157.

Seguindo o percurso demarcação do referencial teórico, é preciso registrar outro ponto de crucial importância para os fins pretendidos na pesquisa, qual seja o de que o texto, enquanto material físico tomado no plano da literalidade ou da expressão, não se confunde com a norma jurídica, como produto da interpretação.

Por certo, do texto enquanto conjunto enunciados meramente físicos não é possível “extrair” conteúdo, sentido e o alcance dos comandos jurídicos. Tais enunciados servem simplesmente como plataforma, ponto de apoio ou suporte, a partir do qual o intérprete vai “construir” o sentido da norma jurídica. O texto enquanto suporte material é o ponto de partida para a construção da norma jurídica. Sem texto não há norma, independentemente do número de formulações expressas que venham a servir-lhe de fundamento.<sup>34</sup> Bastando para tanto ver a construção que se faz de normas constitucionais consideradas implícitas, como o são os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ou mesmo os princípios considerados pilares fundantes do regime jurídico-administrativo como o princípio da supremacia e o princípio da indisponibilidade do interesse público, os quais não encontram amparo direto no texto constitucional, enquanto suporte físico, mas são construídos a partir da interpretação sistemática dos seus enunciados.<sup>35</sup>

O dever de publicidade dos atos administrativos tomados como norma, só que na forma de documento normativo que lhe serve de veículo de expressão, desse modo, para além de atender aos ideais republicanos de controle, é pressuposto essencial para o próprio funcionamento do Direito, já que a construção do sentido da norma que emerge do enunciado oficializado depende cabalmente da divulgação deste. Mais, sem o conhecimento deste por parte dos seus destinatários, o primeiro passo na prescrição da conduta que se quer regular sequer chega a ser dado. Por certo, publicidade não é mero requisito de eficácia do ato administrativo, mas sim antes e, essencialmente, de sua validade.

Como se vê, o texto enquanto suporte físico ou material vai servir de matéria prima para o intérprete, o qual vai percorrer a estrutura triádica acima descrita para a produção intersubjetiva de sentidos. Mas ele, o texto, está inserido dentro de um contexto, valendo

---

<sup>34</sup>“Sucedem que as construções de sentido têm de partir da instância dos enunciados linguísticos, independentemente do número de formulações expressas que venham a servir-lhe de fundamento. Haverá, então, uma forma direta e imediata de produzir normas; outra, indireta e mediata, mas sempre tomando como ponto de referência a plataforma textual do direito posto.” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 130).

<sup>35</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso direito administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87.



promover outra diferenciação útil que se dá entre texto em sentido amplo e texto em sentido estrito.

Num sentido restrito, o texto se restringe ao plano dos enunciados enquanto suporte físico ou material das significações, aí incluídas suas formulações, ainda que implícitas, tal como antes visto. Já o texto em sentido amplo, engloba não só aquele, mas as associações linguísticas e extralinguísticas que podem ser feitas a partir de uma análise externa ao texto em si, que envolve as circunstâncias históricas e sociais em que o texto está inserido no processo de comunicação.

Mas se é certo que o direito se expressa por meio de linguagem, se é igualmente certo que esta, a linguagem, pode ser estudada sob os planos (i) sintático, enquanto relação dos signos entre si, (ii) semântico, enquanto relação dos signos, seus objetos e sua significação, e (iii) pragmático, enquanto relação dos signos e o seu uso, então tenha-se que a descrição do fenômeno jurídico-linguístico tende a ganhar alcance se enveredada sob tais enfoques.<sup>36</sup>

## 1.6. Planos ou Subsistemas em que se apresenta a Linguagem do Direito

Nesse caminho, é preciso compreender para melhor entender o funcionamento do direito, este tomado do ponto de vista do objeto, enquanto material normativo não individualizado. Conforme a proposta de Paulo de Barros Carvalho, aquele que se depara com o documento normativo, suporte material, percorre quatro subsistemas ou planos distintos na tarefa de construção da norma jurídica. São eles: (i) o conjunto de enunciados, tomados no plano da expressão; (ii) o conjunto de conteúdos de significação dos enunciados prescritivos; (iii) o domínio articulado das significações normativas; e (iv) a forma superior do sistema normativo.<sup>37</sup>

O modelo proposto encerra o percurso a ser seguido pelo intérprete na definição da estrutura e do sentido da norma jurídica. Ainda, garante a análise pormenorizada de todo material normativo para promover-lhe a adequada compreensão e sistematização.

No primeiro plano, tem-se o texto disposto no papel, na sua expressão literal. Como diz Gabriel Ivo, “toda manifestação jurídica resulta em textos”.<sup>38</sup> Os enunciados prescritivos

---

<sup>36</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 17.

<sup>37</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 67-68.

<sup>38</sup> IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006, p. XXXVII.

enquanto literalidades textuais são lançadas no sistema do direito positivo por meio de documentos normativos. Esses são os suportes materiais daqueles.

No segundo plano, o intérprete vai construindo a significação que os textos lhe inspiram, dando-lhes sentido de proposições jurídicas prescritivas. Muito embora essas proposições jurídicas façam parte da norma jurídica, com ela não se confundem. Conforme o escólio de Beclaute Oliveira Silva, “as proposições prescritivas são cada elemento constitutivo da norma, também denominado fragmento normativo.”<sup>39</sup>

No terceiro plano, a norma jurídica vai ser construída de maneira que o intérprete dispõe as proposições dotadas de sentido em um modelo implicacional composto de um antecedente, hipótese, e um conseqüente, proposição-tese. É o subsistema das normas jurídicas *stricto sensu*. Aqui vão ser formadas as chamadas “expressões irreduzíveis de manifestação do deôntico”.<sup>40</sup>

Por fim, no quarto e último plano ou subsistema, observam-se as normas relacionando-se umas com as outras, mediante regras horizontais de coordenação e verticais de subordinação. Nesse plano o direito toma a forma de sistema dinâmico de normas jurídicas, a regular a conduta entre as pessoas e a sua própria forma de funcionamento.

### 1.7. Norma Jurídica: Estrutura e Classificações

Voltando-se o olhar ao terceiro plano, ou melhor, à atividade de construção da unidade lógico-sintática da norma jurídica, tem-se que, ao fato que reputa relevante e que foi descrito na sua hipótese, antecedente, suposto, ou pródase, a norma imputa um conseqüente, mandamento ou apódose.<sup>41</sup> Em linguagem simbólica:  $[D (p \rightarrow q)]$ , ou seja, dado um fato de possível ocorrência no mundo fenomênico “p”, dever-ser a consequência “q”. Fala-se, então, que o operador deôntico “D” é interproposicional, ou seja, ponente de implicação entre as duas proposições componentes da norma.<sup>42</sup>

Importante frisar que enquanto a proposição-hipótese da norma descreve um fato, a proposição-tese prescreve condutas intersubjetivas. Como diz Paulo de Barros Carvalho, “na

<sup>39</sup> SILVA, Beclaute de Oliveira. **Norma jurídica penal**: apontamentos a partir do pensamento de Lourival Vilanova. Revista do Ministério Público de Alagoas. Universidade Federal de Alagoas. Centro de Ciências Jurídicas – CJUR. nº. 19. jul./dez. 2007. Maceió: UFAL/CEJUR, 1999, p. 67.

<sup>40</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 78.

<sup>41</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 13.

<sup>42</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 28.

verdade, o prescritor da norma é, invariavelmente, uma proposição relacional, enlaçando dois ou mais sujeitos de direito em torno de uma conduta regulada como proibida, permitida ou obrigatória.”<sup>43</sup>

Pode-se afirmar, assim, que no consequente da norma sempre vamos encontrar um outro “dever-ser” (“R”), sendo este agora intraproposicional e que relaciona os sujeitos destinatários da norma com um dos modais deônticos, quais sejam: permitido (P), proibido (V) e obrigatório (O). Em representação figurativa, temos:  $D[F \rightarrow (S' R S'')]$ .<sup>44</sup>

### 1.7.1. Normas Primárias e Normas Secundárias

Até agora tratamos da primeira parte da norma jurídica. Contudo, a norma jurídica enquanto estrutura completa apresenta-se sob a forma dúplice ou bimembre. Na sua inteireza a norma jurídica é composta por uma norma primária, a qual viemo-nos referindo até agora e de uma norma secundária, ou seja, aquela que prescreve uma “sanção” (“S”) para o caso de não observância do estatuído na norma primária.

Esta é a peculiaridade que distingue o direito das demais normas que regem o comportamento das pessoas dispostas em sociedade, como a moral, a religião, e a etiqueta, por exemplo. Essa é a característica que lhe dá coatividade. Com base na norma secundária é possível exigir que o Estado assegure o cumprimento da relação disposta no consequente da norma primária, ainda que, para tanto, tenha-se que recorrer ao uso da força, o que se dá, em última instância, por meio da pena privativa de liberdade e a execução forçada.<sup>45</sup>

Sintaticamente, a norma secundária apresenta-se sob a mesma forma da primária, apenas diferenciando-se quanto ao seu conteúdo semântico. No antecedente da norma secundária está previsto o descumprimento do disposto na norma primária, enquanto no seu consequente estabelece-se uma nova relação jurídica, agora entre o sujeito S' e o Estado-Juiz (S'').

Importantes se mostram as lições de Tárek Moussallem, para quem:

“Todo sistema normativo, por conhecer a possibilidade de violação de suas normas, estabelece um conjunto de normas (meios) para fazer frente a essa eventualidade. Certo dessa potencialidade de violação de suas normas, o direito positivo fixa outras normas que calculam a possibilidade de participação do Estado-Juiz no caso do

<sup>43</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 31.

<sup>44</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 31.

<sup>45</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 13.

descumprimento do postulado na consequência da norma primária. Essa perspectiva de atuação do Poder Judiciário encontra-se na consequência da norma secundária.<sup>46</sup>

Assim, podemos representar graficamente a estrutura completa da norma jurídica da seguinte forma:  $D\{(p \rightarrow q) \vee [(p.-q) \rightarrow S]\}$ , onde  $(p.-q)$  representa o antecedente da norma secundária, ou seja, uma fato indicativo do descumprimento da relação jurídica instituída na norma primária; e a sanção “S” representa a relação jurídica  $(S' R S'')$ , que se estabelece entre o sujeito  $S'$  e o Estado-Juiz  $(S'')$ .

Como se pode observar, a norma primária tem cunho material, enquanto a norma secundária é o instrumento em caso da não observância da norma primária, diz-se, portanto, que ele tem cunho processual. Saliente-se que o disjuntor “v” serve para representar que as duas normas são igualmente válidas, ainda que somente uma venha a ser aplicada no caso concreto. Por isso, Paulo de Barros Carvalho vai suscitar o seguinte trilema: “ou uma ou outra ou ambas”.<sup>47</sup>

### 1.7.2. Normas Abstratas e Concretas, Gerais e Individuais

Nesse ponto, importante mencionar que o direito não se resume à generalidade e abstração como, eventualmente, estamos acostumados a pensar. O direito vai à realidade por meio de um processo de individualização e concreção que se denomina processo de positivação.

Uma possível classificação que se mostra bastante útil, nesse sentido, é a que toma as normas jurídicas quanto ao seu antecedente, podendo ser abstratas ou concretas, e quanto ao seu consequente, podendo ser individuais ou gerais.

Mais uma vez, nas lições de Tárek Moussallem:

(...) o antecedente normativo é descritivo de situação de fato possível de ocorrer (norma abstrata), ou já ocorrido (norma concreta), enquanto a consequência estabelece a relação jurídica entre sujeitos quaisquer (norma geral), ou entre sujeitos determinados (norma individual), o que confere caráter diretivo de condutas ao direito positivo, relacionado sujeitos-de-direito.<sup>48</sup>

Para poder efetivamente interferir nas condutas intersubjetivas, portanto, imperioso que o direito percorra o seu processo de positivação, que consubstancia na passagem do geral e abstrato para o individual e concreto. Vale ressaltar que as combinações entre os tipos de normas propostas são plenamente possíveis.

<sup>46</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 70.

<sup>47</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 35.

<sup>48</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 127.

Para ficarmos só no “ramo” do Direito Administrativo, diante de uma obra cujo projeto ou execução se mostre inadequada face a um determinado código de posturas municipais, um embargo a esta obra encerra uma norma individual e concreta, já que se refere a um fato delimitado no tempo e no espaço, além do que é dirigido a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos infratores, estes proibidos de dar continuidade à obra irregular. Já um decreto, em regra, caracteriza-se por ser uma norma do tipo geral e abstrata<sup>49</sup>, já que visa regulamentar hipóteses legais de possível ocorrência, tendo como destinatários um grupo indeterminado de sujeitos. Por sua vez, uma solução de consulta proveniente de determinada corte de contas seria uma norma do tipo abstrata e individual, pois, em que pese se possa delimitar os sujeitos a que se dirige a consulta, uma determinada entidade de direito público interno ou o conjunto destas entidades em determinado território sob jurisdição do órgão consultor, seu antecedente perfaz previsão hipotética e abstrata, justamente o objeto da consulta, de possível ocorrência no mundo fenomênico. Por fim, completando, o conjunto das possibilidades combinatórias, encontramos na norma do veículo ou instrumento introdutor de normas<sup>50</sup>, lei, ato administrativo, ou sentença por exemplo, uma composição não muito usual, pois se caracteriza por ser uma norma concreta e geral. Concreta porque sinaliza um dado fato criador de normas jurídicas situado no tempo e no espaço. Geral porque implica em uma relação que se traduz no dever de todos respeitarem as normas por ele introduzidas no sistema do direito.

Assim, quando se diz que o “ato administrativo” é norma jurídica, tendo em vista a carga de ambiguidade semântica que ronda a própria expressão, a partir dos marcos teóricos acima fincados, quer-se com isto dizer que, respeitada a estrutura sintática antes descrita, é norma tanto em relação: ao (i) norma veículo ou instrumento introdutor, o continente, norma concreta e geral; materializado através do respectivo (ii) documento normativo; quanto em relação à (iii)

---

<sup>49</sup> Alguns autores excluem a abstração e a bilateralidade na manifestação de vontade do conceito de ato administrativo, atitude que provém, o primeiro caso, da tentativa de diferenciação entre atos administrativos e legislativos, e, no segundo caso, da influência civilista à teoria dos atos administrativos, na tentativa de diferenciação entre ato jurídico em sentido estrito e negócios jurídicos. (Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 349) Para nós é de questionável rigor científico e de evidente insuficiência prática (ver, por exemplo, os decretos restritivos de direito expedidos durante a pandemia de Covid-19, amplamente questionados em sua constitucionalidade no âmbito do Poder Judiciário). Embora o tema seja tratado com maior profundidade no capítulo seguinte, adiantamos que optamos, no ponto, a diferenciação não excludente em que o ato administrativo pode assumir um sentido amplo, abarcando os ditos atos administrativos normativos (regulamentos, instruções e resoluções) e os atos administrativos convencionais (contratos administrativos); além do que pode assumir um sentido usual e restrito, dirigido à manifestação unilateral do Estado, com a finalidade de concretizar ou dar cumprimento aos desígnios da lei, criando, modificando ou extinguindo direitos. Em todo o caso, quando nos referirmos ao “ato administrativo propriamente dito”, queremos como isso referir à norma jurídica individual e concreta que se quis ver introduzida no sistema, a não ser que alguma ressalva seja feita ao longo do texto.

<sup>50</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 127.

norma introduzida, o conteúdo, na acepção restrita, norma concreta e individual; não se olvidando que o seu processo de produção e controle se dá através de um procedimento juridicamente regulado por normas de estrutura ou de produção jurídica, de natureza abstrata e geral, tal qual pensamos ser a norma que se constrói a partir do artigo 20 da Lei de Introdução.

### 1.7.3. Normas de Conduta e Normas de Estrutura

Visto o plano das normas jurídicas *stricto sensu*, partimos agora para uma incursão pelo domínio do sistema do direito. O sistema de direito positivo pode ser visto por dois planos: um estático e outro dinâmico.<sup>51</sup>

Do ponto de vista estático é possível visualizar o direito enquanto norma jurídica isolada. Nesse aspecto, considera-se apenas a norma em vigor enquanto unidade irreduzível. Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho:

Como significações construídas a partir dos enunciados prescritivos, as normas jurídicas existem num universo de discurso que é o sistema de direito posto. A esse respeito, tenho reiteradamente manifestado que são elas, aliás, (as unidades desse conjunto), as entidades mínimas dotadas de sentido deontico completo.<sup>52</sup>

Já do ponto de vista dinâmico, o direito é visto enquanto processo de positivação, em que a norma editada hoje será o fundamento de validade de outra norma.<sup>53</sup> Se bem entendido, o tema abordado se encontra enveredado pelos caminhos da criação normativa, ou melhor, da atividade de criação e controle de enunciados prescritivos, seja no âmbito administrativo ou judicial.

Aqui, é crucial tomar o direito em movimento, referenciando-se a si mesmo, onde as normas valem e deixam de valer. Kelsen é categórico ao afirmar que “o sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico”.<sup>54</sup> Como o próprio autor enfatiza, as normas jurídicas, como partes pertencentes a um sistema jurídico, possuem essa qualidade não por um suposto conteúdo cuja força de obrigatoriedade seja “auto evidente”, tal como acontece com um sistema estático de normas, mas por terem sido produzidas segundo os parâmetros traçados pelo próprio sistema. E não é só. As normas de um

<sup>51</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 52.

<sup>52</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 45.

<sup>53</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13.

<sup>54</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 221.

sistema dinâmico têm de ser criadas através de atos dos indivíduos que foram autorizados a criar normas por alguma norma superior.<sup>55</sup>

Então, tem-se que o direito como objeto de estudo da ciência jurídica que o descreve manifesta-se sob a forma de sistema.<sup>56</sup> As normas jurídicas existem e são válidas não por uma qualidade intrínseca, mas por pertencerem a um dado ordenamento jurídico, que de forma organizada prescreve as estruturas de coordenação e subordinação entre seus elementos. Aqui, crucial deixar assentado que validade é sinônimo de existência da norma. Vale dizer, ou a norma pertence a determinado sistema e é, por isso mesmo, existente e válida, ou a ele não pertence e é, assim, inválida. Uma terceira opção, por imperativo lógico, não pode ser admitida. Apoiamo-nos mais uma vez em Kelsen: “Por “validade” queremos designar a existência específica de normas. Dizer que uma norma é válida é dizer que pressupomos sua existência ou – o que redundaria no mesmo – pressupomos que ela possui “força de obrigatoriedade” para aqueles cuja conduta regula.”<sup>57</sup>

Embora a finalidade última do direito seja regular a conduta humana intersubjetiva, regula também a sua própria produção, de modo que, sendo editada por órgão presumivelmente competente e mediante procedimento delineado pelo próprio direito, a norma editada existe e é válida, pelo menos até que outra norma de revisão venha a retirá-la do sistema. O mesmo se diga em relação aos atos administrativos, até porque, em nome da uniformidade do objeto, não deixam de ser normas jurídicas. E se assim o é, assim como se presume a validade das leis, até para poder garantir a própria operacionalidade do sistema, deve-se presumir a validade dos atos administrativos, ao menos até que outra norma editada por órgão credenciado para tanto, administrativo ou judicial, mediante o procedimento previamente previsto para tanto, venha a cessar sua relação de pertinência com o conjunto. Eis o atributo da presunção de legalidade ou legitimidade dos atos administrativos cumprindo o seu papel.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. ao comentar essa característica dinâmica do sistema do direito positivo ensina que esse conjunto é formado por elementos normativos, normas jurídicas, e não-normativos que se referem mutuamente por meio de relações de subordinação e coordenação, isto é, um conjunto de regras que determinam as relações entre as unidades componentes do

---

<sup>55</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 4ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 162.

<sup>56</sup> “(...) as normas jurídicas formam um sistema na medida em que se relacionam de várias maneiras, segundo um princípio unificador.” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 54.)

<sup>57</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 4ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 43.

todo. O conjunto dos elementos nomeia repertório, já ao de regras e relações entre os elementos, estrutura.<sup>58</sup> Assim, pelos ensinamentos do autor, podemos concluir que:

A validade da norma não é uma qualidade intrínseca, isto é, normas não são válidas em si: dependem do contexto, isto é, dependem da relação da norma com as demais normas do contexto. O contexto, como um todo tem que ser reconhecido como uma relação ou conjunto de relações globais de autoridade. Tecnicamente diríamos, então, que a validade de uma norma depende do ordenamento no qual está inserida.<sup>59</sup>

Partindo das lições acima e considerando a dinamicidade do sistema do direito, temos que as normas jurídicas valem e deixam de valer. Mas para que as normas jurídicas sejam válidas, ou melhor, que tenham relação de pertinência com o ordenamento na qual estão inseridas, é necessário que o seu processo criativo tenha obedecido ao disposto nas normas que prescrevem como outras normas devem ser criadas. Já aqui é possível fazer outra distinção.

Muito embora não se descure que as normas têm como missão regular as condutas intersubjetivas sob todos os seus aspectos, há determinadas normas que agem dessa forma só que de maneira mediata. São as normas de estrutura. Essas regras dispõem sobre a competência, matéria e o procedimento para a criação de outras normas. Não que o fim das normas de estrutura não seja regular condutas, mas o que elas dispõem é o procedimento a ser seguido quando da criação de outras normas, essas sim, verdadeiras normas de conduta. No escólio de Norberto Bobbio:

Em todo ordenamento, ao lado das normas de conduta, existe um outro tipo de normas, que se costuma chamar de normas de estrutura ou de competência. São aquelas normas que não prescrevem a conduta que se deve ter ou não, mas prescrevem as condições e os procedimentos por meio dos quais são emanadas normas de conduta válidas.<sup>60</sup>

Respeitando a estrutura sintática das normas aqui proposta, temos que no antecedente da norma de produção jurídica encontramos os critérios necessários para a identificação do processo de produção de enunciados prescritivos, que são: o sujeito competente e o procedimento a ser observado para a regulação de dada matéria. No consequente, vê-se uma relação jurídica que tem por objeto a permissão – no caso dos atos administrativos vinculados, obrigação – de o sujeito ativo competente editar normas sobre uma determinada matéria e o dever de todos respeitarem as normas porventura editadas.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 176.

<sup>59</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 175.

<sup>60</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 186.

<sup>61</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 87.



Como dito, o direito apresenta-se sob a forma de um sistema dinâmico de normas jurídicas, onde uma norma é válida por ter sido produzida segundo os critérios do ordenamento a que pertence. Pelos ensinamentos de Gabriel Ivo, “quem se situa no interior do sistema jurídico logo verifica que normas regulam a criação de outras normas. O Direito autorregula-se. A característica de o Direito regular sua própria criação faz dele um sistema dinâmico.”<sup>62</sup> Portanto, para que o direito se mantenha coerente como um todo organizado, uma norma sempre encontra seu fundamento de validade em outra norma, estando esta num patamar hierarquicamente superior àquela a que confere fundamento. As normas não se encontram uma ao lado das outras. Ou seja, a norma que apanha seu fundamento de validade em uma norma superior é inferior a esta.

Este mecanismo de auto implicação das normas jurídicas a que nos referimos não pode ser um processo infinito. Tem que findar numa norma que lógico-juridicamente se ponha no ápice dessa pirâmide normativa, conferindo fundamento de validade ao universo das normas que compõem o ordenamento. Kelsen descreve esta solução de continuidade sustentando o que chama de norma fundamental. Nas palavras do mestre de Viena:

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma, é em face desta superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação de causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem que terminar numa norma que se pressupõe como a última e mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem que ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*).<sup>63</sup>

Reiteramos que o ato administrativo como veículo utilizado para introduzir normas no sistema e como norma que é, apanha fundamento de validade na Constituição e nos índices por ela adotados, que representam as citadas normas de estrutura ou normas de produção jurídica, no caso, as Leis de Processo Administrativo e agora a Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Estas por sua vez, se valem de uma norma fundamental, a qual pode assumir a feição de pressuposto jurídico-positivo, dirigido ao plano do objeto, ou mesmo lógico-jurídico, condição de possibilidade gnosiológica para o plano da descrição. Tal dinâmica é que caracteriza o processo de positivação do direito, fundamental para a compreensão do processo de produção e controle dos atos administrativos em geral.

<sup>62</sup> IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006, p. XXXVII.

<sup>63</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 217.

## 1.8. O Discurso Jurídico: Enunciação e Enunciado

Pelo que já dito, o direito, enquanto instrumento coativo de ordenação social, reveste-se de linguagem. É um dado inarredável. E se assim o é, no seu discurso encontramos duas instâncias: a da enunciação, o ato criador, e a do enunciado, aquilo que se cria.<sup>64</sup>

Se considerarmos que as normas são fruto da interpretação de enunciados prescritivos dispostos em documentos normativos, sistema dos enunciados prescritivos tomados no plano da expressão, então temos que o plano da literalidade textual é o mais importante dentre os quatro planos, pois outros três daquele são dependentes. É o documento normativo que carrega consigo, além dos enunciados prescritivos que darão origem as normas introduzidas no sistema jurídico, outros enunciados que remontam ao processo de produção jurídica. É a partir do documento normativo que se encontra a motivação do ato administrativo, elemento que não se pode menosprezar a importância, justamente porque materializa em linguagem competente os motivos que levaram à prática do ato.

Tomando por base a proposta acerca do processo de positivação do direito, podemos concluir que a atividade criadora do direito é eminentemente criadora de enunciados prescritivos. É o que se denomina enunciação. É essa atividade que dá ensejo ao aparecimento de novos enunciados prescritivos. O processo de produção do direito, portanto, tem origem na aplicação de normas de estrutura, fruto da interpretação de enunciados prescritivos de um documento normativo antecedente, no caso, da Constituição, das leis que lhe servem de índice, e, ao final de um processo e por meio de um instrumento introdutor de normas específico, termina num outro documento normativo tomado como produto, no caso, o ato administrativo, e eventual sentença controladora, na hipótese de o produto se encontrar de algum modo viciado.

Reiteramos, nesse sentido, que “toda manifestação jurídica resulta em textos”<sup>65</sup> e é a partir deles que se pode retroagir, tanto ao processo criativo de enunciados prescritivos quanto às normas de conduta a partir deles construídas. Com o ato administrativo ou mesmo com a sentença que o controla não é diferente.

Aliás, o ato administrativo é um exemplo claro de como a Administração Pública produz normas jurídicas que são fruto da interpretação de outras normas abstratas e gerais de escalão superior, faz a materialização de sua interpretação através dos enunciados prescritivos correspondentes dotando-os de concretude e individualidade. Aquele, ou seja, o ato, é que vai

---

<sup>64</sup> IVO, Gabriel. **Norma Jurídica**: produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. XLIV.

<sup>65</sup> IVO, Gabriel. **Norma Jurídica**: produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. XXXVII.

compor o conteúdo do documento normativo que também, por vezes, recebe o nome de ato administrativo. É a partir do ato editado enquanto conteúdo que o intérprete, no caso seja o particular destinatário do ato, seja o Estado-administração, seja o Estado-juiz controlador, vai construir a norma jurídica que se quis ver introduzida no sistema, e isso tudo, repita-se, através de um procedimento normativamente regulado.

Mas é bom que se diga. Muito embora essa atividade criadora de enunciados prescritivos possa ser relatada na hipótese de uma norma de estrutura que dispõe sobre a produção jurídica, esse relato não a toma em sua inteireza, mas apenas em parte. A enunciação é, nesse sentido, um evento psicofísico do qual a norma sobre produção jurídica toma tão-somente os elementos suficientes para a criação do direito, ou melhor, suficientes para configuração do fato jurídico criador de veículos introdutórios de normas. Esses elementos são aqueles que dispõem sobre o desenvolvimento de uma dada competência para criar normas mediante um dado procedimento. São eles que compõem a descrição do fato jurídico descrito no antecedente da norma sobre produção jurídica. No consequente está uma relação jurídica que dispõe o dever de todos observarem as regras por ventura introduzidas no sistema.

Novamente, simplificando a estrutura da norma de produção jurídica, teríamos que: dado o fato de o sujeito competente poder exercer sua competência conforme o procedimento em determinadas circunstâncias de tempo e espaço, deve ser a permissão – obrigação, nos atos vinculados – para emitir norma jurídica pelo sujeito ativo e o dever de respeitar as disposições veiculadas pela norma jurídica, criada por parte dos sujeitos passivos.<sup>66</sup> O resultado da incidência dessa norma de produção jurídica é o fato jurídico criador de normas. Este, por sua vez, é que vai compor o antecedente da norma do veículo introdutor de normas.

Após a confecção do produto tomado no presente, documento normativo, enunciado ou texto, é que podemos regredir ao passado para poder refazer o seu percurso de criação. Sem o término do processo criativo não há que se falar em produto. E sem produtor não há como retroceder para aferir a validade do processo. Por isso, só podemos reconstruir a norma sobre produção jurídica se seguirmos o que dá enunciação foi registrada no produto, ou seja, a enunciação enunciada. O que sobra do enunciado sem os registros da enunciação é o que se chama de enunciado- enunciado. Esse sim é o verdadeiro conteúdo do documento normativo que se criou, ou seja, o suporte físico, que por meio da interpretação, servirá de base para a construção das normas jurídicas que se pretendia introduzir no ordenamento. Está representado,

---

<sup>66</sup> IVO, Gabriel. **Norma Jurídica**: produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. 30.

no caso das leis, na forma de artigos, parágrafos, incisos, alíneas; no caso da sentença, na forma de capítulos; e, para o que nos interessa, ato administrativo propriamente dito, com suas disposições prescritivas. Diferentemente do veículo que a introduziu no sistema, que sempre é do tipo concreta e geral, assume a composição normativa de norma concreta e individual, na acepção restrita, ou abstrata e geral, numa acepção mais ampla, que abarca os ditos atos administrativos normativos. Como arremate do raciocínio, Gabriel Ivo vai ensinar que:

(...) na relação que se estabelece entre enunciação e enunciado, processo e produto, o que está sempre aparente é o produto: o enunciado (texto). A enunciação é o ato que constrói o enunciado. O enunciado é o produto da enunciação. Contudo, este, além de comportar o enunciado propriamente dito (enunciado-enunciado), suporta as marcas da enunciação, ou seja, a enunciação-enunciada.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup>IVO, Gabriel. **Norma Jurídica**: produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. XLV.

## 2. SOBRE O ATO ADMINISTRATIVO: PRODUÇÃO, ELEMENTOS E AS CONSEQUÊNCIAS

### 2.1. Fato Jurídico e Ato Jurídico

No capítulo anterior, apresentamos o referencial teórico que fundamenta o trabalho. Fincadas as premissas iniciais, cumpre avançar para a análise propriamente dita do ato administrativo delimitando o seu conceito, com ênfase para uma perspectiva lógico-sintática, decompondo seus elementos, confrontando a metodologia proposta com a teoria jurídica mais tradicional a respeito do tema, a fim de posteriormente facilitar o diagnóstico de eventuais vícios produtivos, especialmente no que diz respeito à consideração de consequências da sua produção.

As expressões jurídicas, estejam elas no plano do objeto, porque o legislador se utiliza de linguagem técnica, estejam no plano da descrição, porque o estudioso do direito não se utiliza de linguagem formalizada como a da Lógica e da Matemática, carregam consigo incontornável carga semântica, a qual lhes confere as características típicas de vagueza e, ao menos potencial, ambiguidade.<sup>68</sup> A expressão “ato administrativo” talvez seja um dos exemplos mais oportunos em relação a essa proposição.<sup>69</sup>

Embora se diga que o conceito de ato administrativo seja “o núcleo do direito administrativo, o centro por assim dizer do seu sistema planetário”,<sup>70</sup> não há uma definição mais precisa que se possa construir a partir do direito positivo, o que termina ocasionando intermináveis disputas teóricas entorno da sua significação. E mesmo que houvesse, certamente isso não implicaria na solução dos problemas acima apontados.

---

<sup>68</sup> “De minha parte, limito-me a observar que a produção de um texto científico reivindica o desenvolvimento de forte processo de artificialização da linguagem, governado pelo objetivo da univocidade dos termos empregados. Muito certo que essa univocidade seja inatingível, dada a vagueza que as palavras ostentam, além da tendência à ambiguidade, característica que aparece com bastante nitidez nos discursos das ciências não formais, sobremaneira instáveis no plano semântico, e ficando, desse modo, mais longe da meta proposta. Aquilo que se pode exigir, então, é a procura, a tendência, a inclinação do espírito ao uso unívoco dos termos científicos. Nesse traço residirá, penso, o teor de cientificidade do discurso”. (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 143-144).

<sup>69</sup> Sobre a origem histórica da expressão, ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27ª. São Paulo: Atlas, 2014, p. 200. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios de direito administrativo**. Vol. I. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 474. TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 55.

<sup>70</sup> “O ato administrativo é a forma primária de exercício da função administrativa, que por seu intermédio adquire objetividade. O conceito do ato administrativo e de suas consequências jurídicas é, pois, o núcleo do Direito Administrativo, o centro por assim dizer do seu sistema planetário”. (TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 55).

Aliás, quando o legislador procurou traçar contornos mais objetivos à noção de determinada categoria próxima, como foi o caso do “lançamento tributário”,<sup>71</sup> por exemplo, tendo em vista que tal demarcação, porque não escapou ao cerco da linguagem, insistiu em trazer consigo idêntica necessidade de delimitação semântica, com a qual, inevitavelmente, tem que se defrontar o intérprete expositor.<sup>72</sup>

Um trabalho que se proponha a estudar o controle do ato administrativo, seja este controle administrativo ou judicial, precisa, antes de qualquer coisa, por imperativo metodológico que lhe imprima algum rigor científico, enquadrar esta importante figura no âmbito das categorias gerais do direito, além de conceituar o que se entende por ato administrativo, descrevendo seus pressupostos e elementos, visando garantir uma maior univocidade dos termos e expressões empregadas, além de coerência no discurso. Nesse sentido, Pontes de Miranda define fato jurídico como o que compõe o suporte fático suficiente<sup>73</sup> descrito no antecedente normativo, sobre o qual incidirá, automática e infalivelmente<sup>74</sup>, a regra

<sup>71</sup> BRASIL. Lei nº. 5.172, de 25.10.1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios: “Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”.

<sup>72</sup> Sobre a demarcação conceptual do vocábulo “lançamento”, ver: CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 264. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 124-126.

<sup>73</sup> Suporte fático é expressão que se refere ao mundo dos fatos e não propriamente ao mundo jurídico, já que é a descrição de algum fato, evento ou conduta, que, acaso concretizados todos os seus elementos, acarreta a incidência da norma jurídica, juridicizando-o e fazendo surgir o fato jurídico, do qual emanará eficácia jurídica. Classifica-se, assim, em suporte fático hipotético ou abstrato, quando descrito no antecedente da norma jurídica, e em suporte fático concreto, quando os fatos previstos como hipótese normativa se concretizam no mundo fático. Uma outra classificação está ligada à suficiência e a eficiência do suporte fático. A suficiência do suporte fático reflete no plano da existência do fato jurídico, enquanto a eficiência reflete no plano da validade ou da eficácia do fato jurídico, a depender dos elementos ausentes ou comprometidos. (Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 73-74).

<sup>74</sup> Em profundo estudo sobre a natureza da incidência na teoria ponteana, Clarice von Oertzen de Araújo discorre sobre a influência das ciências ditas exatas na referida concepção, como a Física e a Matemática, sendo elucidador o seguinte trecho de sua obra: “Desde que se configure o suporte fático suficiente e conforme a formulação da regra jurídica vigente, a incidência ocorre. Reiteradas vezes, a menção de uma alegoria que compara a incidência à ação de uma prancha de impressão revela-nos a adoção do paradigma mecanicista na formulação da teoria ponteana. A máquina como metáfora do universo é uma característica típica da influência que a física clássica exerceu, transcendendo os domínios das ciências naturais e conquistando também as ciências humanas, inclusive a sociologia. O determinismo jurídico ocorre por conta dos efeitos que estão implícitos na incidência das regras jurídicas. Os efeitos emanados da incidência e constituição dos fatos jurídicos são tratados como a sua eficácia e são determinados pela implicação lógica que encadeia as proposições que se articulam sob a forma de regras jurídicas gerais.” (ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. **Incidência jurídica: teoria e crítica**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 101). Em que pese o prestígio que a referida concepção encontra em alguns setores do meio jurídico, notadamente no campo do direito privado, não partilhamos do citado entendimento, para os fins pretendidos no presente estudo, o qual procura trabalhar a incidência como processo de aplicação das normas jurídicas. Considerando a natureza linguística das regras em direito, e tendo vista, por conta justamente desta natureza, da possibilidade, e porque não dizer necessidade, de investigação sintática, mas sobretudo semântica, desta linguagem no que diz respeito aos sentidos possíveis construídos a partir do texto, não comungamos da ideia de que ao se

jurídica, e a partir do qual dimana eficácia jurídica.<sup>75</sup> Procurando estabelecer uma classificação segundo o elemento cerne do suporte fático do fato jurídico, já que elemento nuclear básico que define e caracteriza o fato jurídico como espécie, o referido autor propõe classificação dos fatos jurídicos conformes com o direito com base na presença, ou não, de ato humano volitivo no suporte fático, tal como descrito na hipótese da norma, sendo que esta pode ser integrada por: (i) fato jurídico *stricto sensu*, ou seja, fato da natureza ou do animal, que prescindem para existir de ato humano; e (ii) fatos que têm como elemento essencial um ato humano, sendo eles: (ii.1) atos-fatos jurídicos, ou seja, fatos jurídicos que, embora a conduta humana seja essencial para sua existência, o direito reputa mais relevante o resultado fático que decorre dela do que ela própria; e (ii.2) atos jurídicos *lato sensu*, ou seja, atos em que a vontade não só é relevante, como constitui o cerne do fato jurídico. Estes últimos, por sua vez, poderiam subdividir-se em (ii.2.1) atos jurídicos *stricto sensu*; e (ii.2.2) negócios jurídicos, a depender da liberdade para, dentro de certos limites definidos pelo direito e de forma autônoma, estruturar-se o conteúdo eficaz das relações jurídicas deles decorrentes.<sup>76</sup>

## 2.2. Fato Administrativo e Ato Administrativo

No que diz respeito aos atos jurídicos de direito público, dentre eles o ato administrativo, ainda que com algumas ressalvas, Pontes de Miranda não vê problema para enquadrá-los na ampla categoria dos atos jurídicos *lato sensu*, já que, na essência, não difeririam dos demais atos jurídicos em geral. Para o autor, os atos jurídicos de direito público ou seriam atos jurídicos *stricto sensu* ou negócios jurídicos, ou, no mais das vezes, o que nominou de “atos mistos”, pois poderiam apresentar simultaneamente características inerentes a estas duas categorias.<sup>77</sup>

---

constituir suficientemente o suporte fático, a regra “incidiu”. Para nós, na linha do referencial adotado, melhor seria dizer que a regra foi “incidida”, já que a incidência, como ato criador de normas jurídicas, demanda um complexo ato humano a conferir significação ao texto, assim como aos fatos, e porque não dizer aos próprios efeitos do fato decorrentes. À propósito, ver: CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 7. IVO, Gabriel. **Norma jurídica**: produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. 60-62.

<sup>75</sup>PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo I. Atualizado por Judith Martins-Costa, Jorge Cesa Ferreira da Silva e Gustavo Haical. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012, p. 148. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 145.

<sup>76</sup>PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo I. Atualizado por Judith Martins-Costa, Jorge Cesa Ferreira da Silva e Gustavo Haical. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012, p. 148. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 145.

<sup>77</sup>MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 194. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo I. Atualizado por Judith Martins-Costa, Jorge Cesa Ferreira da Silva e Gustavo Haical. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012, p. 158.

A doutrina administrativista mais tradicional, ainda que com algum temperamento e adaptação, seguiu em suas bases a orientação civilista, caracterizando o ato administrativo típico como sendo a manifestação de vontade administrativa, no desempenho das funções públicas, visando a produzir efeitos jurídicos na órbita dos particulares, o que o distinguiria tanto do gênero, atos da administração, aí incluídos os atos que embora provenientes de entidades públicas estão sujeitos ao regime jurídico privado, quanto dos fatos administrativos, mera atividade pública de execução material das decisões anteriormente tomadas. Haveria ainda a possibilidade de existirem fatos da natureza, a morte do servidor por exemplo, que produzem consequências administrativas relevantes para o direito, seriam os denominados fatos jurídicos administrativos.<sup>78</sup>

A esse propósito, ou seja, vendo o ato administrativo como espécie de ato jurídico numa acepção civilista, Celso Antônio Bandeira de Mello, que vai se posicionar nos seguintes termos:

Assim como no direito civil estuda-se o ato civil (habitualmente chamado apenas de ato jurídico, por razões ligadas à precedência histórica desse “ramo” do Direito), no direito administrativo estuda-se o ato administrativo. Como a teorização jurídica começou a se desenvolver a partir de estudos de direito privado, fez-se teoria do ato em geral, com enfoque e sede nessa província do Direito. Em rigor, todavia, ato civil e ato administrativo é que são duas espécies de ato jurídico em geral. O ato administrativo, pois, apresenta, como se disse, particularidades. É evidente que são particularidades em relação aos atos de direito privado e aos demais atos estatais. A seu turno, também se poderá dizer que o ato civil ou o ato jurídico de direito privado apresentam particularidades, em relação ao ato administrativo e a outros atos estatais. Nenhum deles é gênero; gênero é o ato jurídico, pura e simplesmente.<sup>79</sup>

Em que pese se trate de doutrina consolidada e muito embora até concordemos que o ato administrativo possui peculiaridades que justificam seu estudo em apartado das demais categorias jurídicas, especialmente no que concerne aos atos de direito privado e demais atos estatais, como os atos legislativos e jurisdicionais, optamos por não seguir o caminho conceitual tradicionalmente proposto.

### 2.3. Ato Administrativo como Norma Jurídica

<sup>78</sup> Cf. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. 3ª. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1954, p. 41 e ss. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 59 e ss. FAGUNDES, Seabra. **Controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 27 e ss.. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios de direito administrativo**. Vol. I. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 431 e ss. TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 55 e ss..

<sup>79</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 12-13.



Considerando o referencial teórico adotado, nos parece mais adequada a abordagem de Eurico Marcos Diniz de Santi, cuja observação preliminar merece ser a seguir transcrita:

O vocábulo “ato” extraído do âmbito do direito privado e aplicado ao Direito Administrativo para designar o denominado “ato administrativo” trouxe consigo estimulantes significativos que fizeram surgir do uso contínuo do termo, aquilo que denominamos de polissemia, i. e., a situação em que a mesma palavra pode ter dois ou mais sentidos diferentes. Residem no uso técnico-jurídico, da locução “ato administrativo” duas acepções: uma, o ato-fato da autoridade que configurou o fato jurídico suficiente, fonte material; outra, o produto desse processo, o ato-norma administrativo, a norma individual e concreta que exsurge desse contexto existencial.<sup>80</sup>

Pelo que bem percebeu o referido autor, a expressão “ato administrativo”, devido a polissemia que lhe é inerente, padece daquilo que se caracteriza como o problema da “ambiguidade de processo/produto”, consistente na circunstância de que um mesmo suporte físico ou material, ora se apresenta como “processo” ou “atividade”, ora se apresenta como “produto” desse processo. Daí dizer que aquilo que se chama “ato” tanto pode ser tomado como fato da autoridade que configurou o fato jurídico suficiente à sua produção, fonte material, portanto, o que o referido autor apropriadamente denominou “ato-fato”; como produto desse mesmo processo ou atividade, norma individual e concreta numa acepção estrita, que denominou “ato-norma”.<sup>81</sup>

A grande questão que se coloca é que a teoria tradicional, por conta da autodeclarada influência civilista, terminou por trazer aos lindes do direito público a antiga discussão entorno da distinção entre “ato jurídico” e “fato jurídico”, a partir da presença ou não de manifestação da vontade, trabalhando o ato administrativo como subespécie da categoria ato jurídico *lato sensu*, no que afluíram questões relacionadas ao caráter normativo deste em contraposição ao caráter não prescritivo do fato jurídico, ao que a norma meramente atribuiria efeitos jurídicos, posição esta deveras discutível.

O entendimento tradicional, portanto, consubstanciado na dualidade simplificadora entre “ato” e “fato”, componentes de planos distintos, um normativo e outro factual, terminou por desencadear significativas e problemáticas implicações, inclusive e principalmente para o controle da sua válida produção, a saber: (i) que os atos administrativos poderiam ser revogados, por motivo de conveniência e oportunidade, enquanto que os fatos administrativos não poderiam ser revogados ou sequer anulados; (ii) que os atos administrativos gozam da presunção de legitimidade, enquanto que os fatos administrativos, não; e (iii) que o tema da

<sup>80</sup> DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 78.

<sup>81</sup> DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 79.

vontade, que talvez seja a questão mais problemática, especialmente no que diz respeito a sua presença e aos seus eventuais vícios, interessa apenas aos atos ditos discricionários, enquanto que aos fatos administrativos não caberia tal tipo de cogitação.<sup>82</sup>

Como já dito, para poder efetivamente interferir nas condutas intersubjetivas, imperioso que o direito percorra o seu processo de positivação, que consubstancia na passagem do abstrato e geral, para o concreto e individual.

Quando se diz que o “ato administrativo” é norma jurídica, tendo em vista a carga de ambiguidade semântica que ronda a própria expressão, a partir dos marcos teóricos fincados, quer-se com isto dizer que é norma tanto em relação ao veículo ou instrumento introdutor, continente, ou ato administrativo enquanto veículo introdutor; materializado pelo respectivo documento normativo, base empírica perceptível aos nossos sentidos, cujo antecedente normativo traz o fato jurídico criador de norma; quanto em relação à norma criada, enunciado, conteúdo, ou ato administrativo propriamente dito; não se olvidando que o seu processo psicofísico de produção, a enunciação, se dá através de um procedimento juridicamente regulado por uma outra norma, só que agora de estrutura ou de produção jurídica, por meio do qual o agente público pode – ou deve, no caso dos atos vinculados – exercer a sua competência, com o fim de disciplinar determinada matéria, tal como disposta na respectiva regra de incidência administrativa.

Em suma, aquilo que chamamos de ato administrativo é norma jurídica, em acepção ampla, podendo, a depender do caso, revestir-se dos seguintes sentidos: (i) ato administrativo enquanto norma instrumento ou veículo introdutor, de natureza concreta e geral; (ii) ato administrativo enquanto documento normativo pertencente a um determinado instrumento ou veículo introdutor; (iii) ato administrativo enquanto norma introduzida ou ato administrativo propriamente dito, de natureza concreta e individual.<sup>83</sup>

Em todas as acepções listadas, o fato jurídico constitui categoria fundamental, não se lhe podendo negar relevância no processo de criação do ato administrativo, e porque não dizer no processo de criação e controle do direito como um todo, já que, em última instância, “sem norma não há fato jurídico, sem fato jurídico não se cria direito novo”.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 342-343.

<sup>83</sup>FOLLONI, André Parmo. **Teoria do ato administrativo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 58.

<sup>84</sup>DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 53.

Ainda que a norma seja o objeto por excelência do estudo do direito, constituindo o recorte formal e fundamental básico que possibilita a aproximação do fenômeno enquanto unidade irreduzível e mínima, compõe-se do fato no seu antecedente, ou mais apropriadamente do recorte do fato que lhe interessa, no caso, do fato jurídico produtor de ato administrativo, que, uma vez juridicizado através do intrigante fenômeno da incidência, vai irradiar eficácia jurídica, introduzindo, através do ato norma ou veículo introdutor, materializado em um respectivo documento normativo, norma jurídica no sistema, no caso, o ato administrativo enquanto norma introduzida ou ato administrativo propriamente dito, constituindo relações jurídicas, seja a relação jurídica do ato enquanto veículo introdutor, que impõe o dever de todos observarem a norma introduzida, seja a relação do ato propriamente dito, que impõe direitos e deveres, pretensões e exceções, ação e situação de exceptuado, entre o sujeito emissor e o sujeito destinatário do ato.

Mesmo que componham uma só unidade, a segmentação das realidades acima, abstração efetuada meramente para fins epistemológicos, proporciona mais nitidez ao estudo do ato administrativo, seus pressupostos e elementos formadores. Além do que, esse movimento teórico talvez facilite a acomodação deste novo instituto que é o consequencialismo, enquanto dever de considerar as consequências da decisão, tanto a que edita, quanto a que controla o ato administrativo, no âmbito da respectiva teoria jurídica.

## 2.4. Conceito de Ato Administrativo

Celso Antônio Bandeira de Mello, a partir de Genaro Carrió, afirma que não existem conceitos verdadeiros ou falsos, mas sim funcionais e operativos, vale dizer, úteis ou inúteis, de modo que a noção de ato administrativo deve servir aos propósitos da exposição, assim como estar coerente com as premissas eleitas pelo expositor.<sup>85</sup> Para o renomado autor, ato administrativo é “a declaração do Estado, ou de quem lhe faça às vezes, expedida ao nível inferior à lei – a título de cumpri-la – sob regime de direito público e sujeito a controle de legitimidade por órgão judicial”.<sup>86</sup>

Em que pese a consolidação da referida noção para o estudo do tema, não se há de confundir a ordem do “ser” com a ordem do “dever-ser”. O fato, enquanto relato do evento, só

---

<sup>85</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 10.

<sup>86</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 31.

adquire *status* de jurídico porque uma norma assim lhe atribuiu. O direito como sistema autônomo que é, cria sua própria realidade. A declaração pode até ser concebida como ato administrativo, mas só o é porque uma norma assim a qualificou. O que implica dizer que o ato pode revestir-se de outras formas, que não tão-somente a declaração ou mesmo a manifestação de vontade administrativa.<sup>87</sup> De acordo com o magistério de Lourival Vilanova:

Sem norma, um fato não adquire qualificação de *fato jurídico*. E sem fato jurídico, efeito (eficácia) nenhuma advém. De onde se depreende que *os fatos jurídicos são internos a cada sistema. Não há fato jurídico “fora” do sistema normativo*. É o sistema que decide que fatos são fatos jurídicos (juridicização do fáctico), e que fatos deixam de ser jurídicos (desjuridicização do fáctico). Em outros termos, que fatos trazem “consequências jurídicas”, que fatos não trazem tais consequências, são “juridicamente irrelevantes” (ou porque *ainda* não foram qualificados, ou porque o eram, mas deixaram de ser). O constituírem-se ou desconstituírem-se fatos jurídicos depende de *regras de formação* do sistema.<sup>88</sup>

Tendo em vista o referencial teórico adotado, para os fins do presente estudo trabalhamos com a definição analítica proposta por Eurico de Santi, para quem o ato administrativo em sentido estreito é

(...) uma norma jurídica individual e concreta que em seu prescriptor estabelece uma relação jurídica entre a Administração e o particular, condicionada pela ocorrência de uma hipótese-fáctica concreta, dirigida à realização das normas gerais e abstratas, posta pelo Estado ou quem lhe faça as vezes no exercício da função administrativa.<sup>89</sup>

Por certo, ato administrativo é norma jurídica, no caso, norma jurídica individual e concreta, produto, enunciado, que realiza norma gerais e abstratas, as quais disciplinam o procedimento de edição do respectivo ato, processo, ou ato de enunciação. Valendo lembrar, como decorrência do atributo da tipicidade que lhes é inerente, todos os atos administrativos possíveis estão previstos em lei, assim como seus efeitos, havendo apenas um grau de liberdade quanto à subsunção dos fatos à hipótese da norma ou quanto às opções mandamentais admitidas perante o direito, quando o agente se situa diante de ato cuja competência pressupõe discricionariedade no seu exercício.

Por outro lado, observa-se que se trata de ato posto pelo Estado ou quem lhe faça as vezes, no que admite atos praticados não só pelas pessoas jurídicas de direito público, cuja composição se dá pelas entidades da Administração direta e indireta e seus respectivos órgãos,

<sup>87</sup> No ponto, estamos com Carlos Ari Sundfeld, para quem, na esteira de Kelsen, “É um equívoco, por isto, dizer-se que o ato jurídico é manifestação de vontade. A manifestação é apenas o evento exterior; o ato jurídico é o significado que ela possui para o Direito” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 13)

<sup>88</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 54-55.

<sup>89</sup> DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p.85.

como por particulares, concessionários ou permissionários de serviços públicos, por exemplo, desde que, evidentemente, no exercício da função pública.

Ainda, lê-se que é norma dirigida à realização das normas gerais e abstratas, normas estas, por sua vez, diferenciadas, porque inspiradas pelo que se convencionou chamar de regime jurídico-administrativo, cujos pilares fundantes são os aclamados princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, valor maior este, que vai servir sobretudo de orientação para interpretação e prática do ato diante dos casos concretos, com todos os consectários daí decorrentes, como a presunção de legalidade e legitimidade, a exigibilidade, e, em alguns casos, a executoriedade ou autoexecutoriedade administrativa do ato. Além do dever de autotutela, ou seja, a possibilidade, ou mais propriamente o dever, de se revogar atos inconvenientes e inoportunos, ou mesmo de invalidar os que possuam vícios quanto ao seu processo de produção, ainda que de forma unilateral.<sup>90</sup>

E, por fim, ato administrativo é ato praticado, vale destacar, no exercício da função administrativa, no que se admite a possibilidade de órgãos de outros poderes, que não só aqueles cuja função precípua seja a executiva, praticarem atos administrativos, diferenciando-o dos típicos atos legislativo e jurisdicional, além daqueles exercidos em decorrência da função política ou de governo. Ainda como decorrência do exercício da função administrativa, e justamente por conta disso, o ato administrativo não possui definitividade perante o direito. Considerando que, diferentemente de outros países que adotam o sistema do contencioso administrativo, o ato administrativo no Direito brasileiro, que como sabemos adota o sistema do contencioso único, se violar ou ameaçar violar direito, é passível, via de regra, de controle judicial.<sup>91</sup>

De tudo o quanto foi visto, temos que a conceituação acima se mostra a mais satisfatória, descrevendo todos os critérios mais relevantes que distinguem essa controversa figura de seus pares dentro das categorias do direito, além do que se coaduna com os propósitos declarados no início da pesquisa.

---

<sup>90</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 87.

<sup>91</sup> Diz-se “via de regra” porque há fundamentada posição defendendo que decisões dos Tribunais de Contas, em que pese de natureza administrativa, mas no exercício parcelado da jurisdição, não seriam passíveis de controle judicial. Nesse sentido: “Em síntese, deve-se compreender a competência de julgamento dos Tribunais de Contas, prevista no art. 71, inc. II, da CF, como expressão de parcela da jurisdição, de modo que seu mérito não pode ser revisto pelo Poder Judiciário para, por exemplo, reformar eventual julgamento pela rejeição de contas para julgamento pela aprovação de contas”. (RODRIGUES, Ricardo Schneider. **Os tribunais de contas e o controle de políticas públicas**. Maceió: Viva, 2014, p. 73).

Dito isto, cumpre então indagar: o ato administrativo é fonte do direito? Ou melhor, em que sentido se considera ser o ato administrativo fonte do direito? Ou talvez melhor ainda, qual a utilidade de se considerar o ato administrativo como fonte do direito?

## 2.5. Ato Administrativo é Fonte do Direito?

Aponta Tércio Sampaio Ferraz Jr. que a expressão “fonte do direito” é “uma metáfora cheia de ambiguidades. O uso da palavra está transposto e pretende significar origem, gênese.” Como salienta o referido autor, desemboca por vezes em disputas verbais, onde se embaralham concepções acerca da origem histórica, sociológica, psicológica do direito, bem como do seu processo de criação e dedução de normas jurídicas.<sup>92</sup>

Do mesmo modo Eurico de Santi, para quem a metáfora por trás da expressão “fonte do direito” manifesta uma quase infinita série de significados, a saber:

(i) fundamento de validade de uma ordem jurídica; (ii) a norma jurídica positiva que regula a produção de outras normas; (iii) o ato, fato jurídico *lato sensu*, juridicizado pelas normas que regulam a forma de produção normativa; (iv) as contingências extrajurídicas que condicionam psicologicamente a convicção e vontade do sujeito que pratica o ato de criação e (v) o produto mesmo desse processo, a norma, na medida em que pode ser considerada como fonte de direitos subjetivos e correlatos deveres.<sup>93</sup>

Quando nos debruçamos sobre a temática das fontes do direito, ao que parece, retornando ao tronco teórico do qual derivam as presentes descrições, a precisão parece estar mais uma vez com Paulo de Barros Carvalho, quando afirma que:

(...) o estudo das chamadas fontes materiais do direito circunscreve-se ao exame do processo de enunciação dos fatos jurídicos, de tal modo que neste sentido a teoria dos fatos jurídicos é a teoria das fontes dogmáticas do direito. Paralelamente, as indagações relativas ao tema das fontes formais correspondem à teoria das normas jurídicas, mais precisamente daquelas que existem no ordenamento para o fim primordial de servir de veículo introdutório de outras normas jurídicas.<sup>94</sup>

Para o que aqui nos interessa, entendemos por fontes formais os chamados veículos introdutores de regras jurídicas no sistema de direito positivo de que faz uso determinada autoridade credenciada a inserir normas no sistema; e por fontes materiais o fato jurídico descrito na hipótese de uma norma de estrutura que dispõe sobre a produção de outras normas jurídicas. Esse, o fato jurídico criador de normas, é que vai compor o antecedente da norma do veículo introdutor, materializado por meio do respectivo documento normativo, que por sua

<sup>92</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 225.

<sup>93</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 51.

<sup>94</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 54.

vez introduz as regras que foram criadas no sistema e impõe a obrigação de todos respeitarem essas regras, através de uma relação jurídica disposta no seu consequente.<sup>95</sup>

Veja-se que a norma do instrumento introdutor será sempre do tipo concreta e geral. Concreta porque se vale de um fato jurídico, efetivamente acontecido, delimitado no tempo e no espaço, e que se deu em virtude da incidência da norma sobre produção jurídica. Geral porque no seu consequente dispõe sobre uma relação jurídica que tem por objeto a observância por todos da comunidade, das normas produzidas e introduzidas por um determinado sujeito de direito.<sup>96</sup>

Perceba-se que as fontes formais, na concepção aqui abordada, não se confundem com o próprio documento normativo que lhe confere suporte material. São duas coisas distintas. O resultado do processo de criação do direito, de enunciação, compõe o documento normativo, que além de ser o veículo que materializa os enunciados que darão ensejo às normas que se queria introduzir é apenas o ponto de partida para a construção da norma do instrumento que introduziu as referidas normas no sistema. É através do produto que se retroage ao processo de produção. O processo esvai-se, fica o produto, o documento normativo, pertencente a um determinado tipo de instrumento introdutor, que com ele se relaciona, mas não se confunde.

Kelsen é categórico ao afirmar que “o Direito, no caminho que percorre desde a Constituição até os atos de execução material, não para de se concretizar. Enquanto Constituição, a lei e o decreto são normas jurídicas gerais, a sentença e o ato administrativo constituem normas jurídicas individuais”.<sup>97</sup>

A partir da premissa acima, Paulo de Barros Carvalho vai demonstrar que:

Uma unidade jurídica não se realiza de modo efetivo, motivando alterações no terreno da realidade social, sem que os comandos gerais e abstratos ganhem concreção em normas individuais. Isto posto e seguindo o degrau das estruturas normativas, percebemos que tanto a norma geral e abstrata quanto a norma individual e concreta pressupõem um ato ponente de norma, jurisdicizado pela competência jurídica que lhe prescreve aptidão para inserir norma no sistema. Torna-se preciso, como pede a teoria das fontes do direito, que um veículo introdutor (ato jurídico-administrativo de lançamento, por exemplo) faça a inserção da regra no sistema. Significa dizer: unidade normativa alguma entra no ordenamento sem outra norma que a conduza. O preceito introduzido é a disciplina dos comportamentos inter-humanos pretendida pelo legislador, independentemente de ser abstrata ou concreta e geral ou individual, ao passo que a entidade introdutora é igualmente norma, porém concreta e geral. Lembremo-nos de que a regra incumbida de conduzir a prescrição para dentro da

<sup>95</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 38.

<sup>96</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 39.

<sup>97</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdicção Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 126.

ordenação positiva é de fundamental importância para montar a hierarquia do conjunto, axioma do próprio sistema jurídico.<sup>98</sup>

Promovendo uma classificação dos veículos introdutores a partir das fontes ejedoras de normas observadas no sistema, Tárek Moysés Moussallem propõe existirem (i) veículos introdutores-legislativos, Constituição Federal, emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, decretos legislativos e resoluções do Senado Federal; (ii) veículos introdutores-particulares, contratos; (iii) veículos introdutores-judiciários, que, usualmente são chamados de decisões interlocutórias, sentenças, acórdãos; e, para aquilo que nos interessa, (iv) veículos introdutores-executivos, lei delegada, medida provisória, decreto regulamentar, instruções ministeriais, circulares, portarias, e, como o principal foco do presente estudo e cujo controle, dentre eles o judicial, foi recentemente impactado pela Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, o ato administrativo.<sup>99</sup>

Em síntese, tenha-se que o ato administrativo é sim fonte do direito, seja no sentido formal, ou seja, em relação ao veículo introdutor-executivo de normas jurídico-administrativas no sistema, o que lhe confere autonomia e disciplina própria em relação aos demais veículos introdutores de normas jurídicas, além do que proporciona verificar sua posição hierárquica no conjunto; seja no sentido material, ou seja, em relação ao ato de enunciação transcrito em linguagem competente como fato jurídico criador de ato administrativo, fato este que sobremaneira interessa a todo aquele que se proponha a desnudar seus pressupostos e elementos, investigando seus possíveis defeitos produtivos.

## 2.6. Existência, Validade e Eficácia do Ato Administrativo

Para a teoria ponteano o fato jurídico em sentido largo é o que compõe o suporte fático descrito no antecedente normativo, sobre o qual incidiu, automática e infalivelmente, a regra jurídica, e a partir do qual dimana eficácia jurídica. Tendo como ponto de interesse os vícios que podem acometer o fato jurídico, a referida teoria vai trabalhar a noção de que a suficiência do suporte fático é pressuposto da incidência da regra jurídica, fazendo com que a parte que lhe é relevante seja transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência.<sup>100</sup>

<sup>98</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 38.

<sup>99</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Editora Noeses, 2006, PP. 183-185.

<sup>100</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 134.



Por outro lado, garantido que não houve vícios que comprometam a eficiência do suporte fático, o fato jurídico existente pode transitar agora pelo plano da validade, no caso dos fatos em que é adequado perquirir sobre higidez da manifestação da vontade, ou seja, no caso dos atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos, e pelo plano da eficácia, vindo a irradiar efeitos jurídicos.<sup>101</sup>

Trazendo mais uma vez a inspiração civilista para o campo administrativo, os teóricos deste ramo procuram identificar a noção de “existência” com a de “perfeição”, dizendo perfeito o ato que completou as fases necessárias à sua produção. Por sua vez, diz válido o ato expedido em conformidade com a exigência do sistema normativo no qual está inserido. E, por fim, diz eficaz o ato que está a apto a produzir os efeitos que lhe são próprios.<sup>102</sup>

A mesma doutrina vai dividir os efeitos próprios dos atos administrativos em típicos e atípicos, a depender se os efeitos resultam ou não do conteúdo que é específico do ato. Podendo os efeitos atípicos serem ainda subdivididos em preliminares ou prodrômicos, que são aqueles que existem enquanto perdura situação de pendência do ato, e reflexos, como aqueles que atingem terceiros, pessoas que não fazem parte da relação originariamente prevista quando da prática do ato, como um locatário no caso de uma desapropriação.<sup>103</sup>

Em que pese a teorização acima, partimos da noção de que o direito é o conjunto de normas válidas em um determinado território. E se assim o é, a validade é alçada à condição de critério indispensável para se perquirir se a norma pertence a um dado sistema de direito positivo, ou não, vale dizer, para perquirir se ela existe enquanto norma jurídica. Raciocínio este que se aplica ao ato administrativo, já que o tomamos como norma, seja aquela que introduz norma no sistema ou ato administrativo como veículo introdutor, seja aquela efetivamente introduzida ou ato administrativo propriamente dito.

Sendo relação, validade aqui não é tida como predicado ou propriedade intrínseca do ato administrativo, mas vínculo entre este, o ato, e o sistema de direito positivo, pelo fato de ter sido produzido por sujeito credenciado através do procedimento previsto para tanto.<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 135.

<sup>102</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 92.

<sup>103</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 93.

<sup>104</sup> CARVALHO, Paulo de. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 6ª. São Paulo: 2008, p. 59.

Assim, seguindo a teoria kelseniana,<sup>105</sup> a validade do ato administrativo é relação que define a sua própria existência, ainda que específica.<sup>106</sup> O que implica dizer que ou o ato administrativo é válido, então existente; ou inválido, então inexistente juridicamente.<sup>107</sup> Conforme pontifica Gabriel Ivo:

O existir do mundo jurídico é a validade de seus elementos. Valer é o modo especial de existência do enunciado prescritivo. Existir sem validade desemboca na confusão dos planos do *ser* e do *dever-ser*. A lógica deôntica não comporta o valor existir. É lei lógica do terceiro excluído. A norma existe, logo vale. Pode ser invalidada, mas isso é assunto para depois.<sup>108</sup>

Eventual deficiência no suporte fático sobre o qual incidirá a regra jurídica, para utilizar a terminologia ponteana, implica fato jurídico como fonte de norma ou ato administrativo válido, ainda que, por conta da deficiência do fato, torne-se passível de invalidação. Conforme as precisas observações de Eurico de Santi, “afere-se a validade ou invalidade da suficiência ou insuficiência do fato jurídico gerador da norma jurídica. Da eficiência ou deficiência desde fato jurídico, fonte material, aduz-se a “possibilidade” desta norma válida ser ou não invalidada por vício (nulidade e anulação).”<sup>109</sup>

Aliás, a rigor, partindo das premissas teóricas anteriormente eleitas, descaberia falar em ato administrativo “inexistente”<sup>110</sup> ou até mesmo “inválido”<sup>111</sup>, mas sim ato administrativo “invalidável”, aquele viciado, passível de ser extirpado do sistema, ou mesmo ato administrativo “invalidado”, aquele efetivamente expulso, mas que pode continuar a produzir efeitos jurídicos, caso a decisão que lhe expulsou do sistema, vale dizer, caso a norma que o invalidou, restrinja seus efeitos para o futuro.

Uma vez posto por uma norma emanada de autoridade competente, somente uma outra norma para cessar a relação de pertinência do ato com o sistema, ainda que a norma produzida apresente vícios no seu processo de produção. O direito, não custa repetir, como sistema

<sup>105</sup>Sobre os diversos sentidos de validade na teoria de Kelsen, ver: Cf. IVO, Gabriel. **Norma jurídica**: produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. 120-121, nota 219. GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 270-273.

<sup>106</sup>KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 43.

<sup>107</sup>“É intuito que a validade se confunde com a existência, de sorte que afirmar que u’a norma existe, implica reconhecer sua validade em face de determinado sistema jurídico. Do que se pode inferir: ou a norma existe, está no sistema e é, portanto, válida, ou não existe como norma jurídica”. (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 21ª ed. São Paulo: 2009, p. 82-83).

<sup>108</sup>IVO, Gabriel. **Norma jurídica**: produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. 123.

<sup>109</sup>SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 61.

<sup>110</sup>MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios de direito administrativo**. Vol. I. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 666. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Ato administrativo inexistente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 15. OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Ato administrativo**. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 149.

<sup>111</sup>SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

autopoiético que é, regula a sua própria criação, sendo que os critérios de como são inseridos ou expulsos os seus elementos se encontram dentro do próprio sistema, e não fora. O que implica assumir que o ato, ainda que inválido, é suscetível de aplicação e produção de efeitos, ao menos enquanto não for decretada sua invalidade por outra norma do sistema.

Por outro lado, de acordo com a orientação de Paulo de Barros Carvalho, na esteira de Tércio Sampaio Ferraz Jr., tem-se que a eficácia do ato administrativo, assim como de qualquer outra norma jurídica, pode ser estudada por três prismas distintos, que, embora se relacionem, não se confundem, a saber: (i) eficácia técnica; (ii) eficácia jurídica; e (iii) eficácia social.<sup>112</sup>

A eficácia técnica é característica da norma, mais precisamente a qualidade que possui de descrever fatos na sua hipótese de incidência, que, uma vez ocorridos, removidos eventuais obstáculos para a sua incidência, venham a produzir os efeitos que lhe são prescritos.<sup>113</sup> Com o auxílio da semiótica, reparte-se ainda a eficácia técnica em: (i) eficácia sintática, a desnecessidade de outra norma de igual ou inferior hierarquia para a irradiação de efeitos ou a ausência de norma inibidora de sua incidência; (ii) eficácia semântica, a possibilidade de verificar materialmente a ocorrência do fato descrito na norma que confere fundamento à norma; e (iii) eficácia pragmática, o uso ou aplicação da norma pelos tribunais e demais utentes da linguagem.<sup>114</sup>

André Parmo Folloni bem observa que o ato administrativo não seria passível de ter sua eficácia técnica sintática questionada, tendo em vista os atributos de imperatividade e de exigibilidade que lhes são inerentes. Vale dizer, uma vez editado o ato, não se faria necessário outro ato normativo para que possa vir a irradiar a relação jurídica posta no seu consequente. Em que pese concordemos com a observação no que diz respeito ao ato administrativo em sentido estrito, ou seja, enquanto norma individual e concreta, o mesmo talvez não se possa dizer em relação ao ato administrativo num sentido mais amplo, o que engloba normas gerais e abstratas como o regulamento, os quais podem vir a necessitar de outros atos de inferior hierarquia, instruções normativas, portarias, para poder disciplinar a conduta esperada. Ainda, aponta o autor, de forma para nós acertada, que eventual ineficácia técnica semântica abateria

---

<sup>112</sup> CARVALHO, Paulo de. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 6ª. São Paulo: 2008, p. 62 e ss.

<sup>113</sup> CARVALHO, Paulo de. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 6ª. São Paulo: 2008, p. 65.

<sup>114</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009, p. 723.

somente a norma abstrata e geral, que fundamenta a validade do ato, não o ato propriamente dito, enquanto norma individual e concreta.<sup>115</sup>

Por sua vez, cumpre observar que a eficácia jurídica não é propriedade do ato enquanto norma jurídica, mas sim do fato jurídico previsto pela norma para produzir os efeitos que lhe são próprios, constituindo relação jurídica entre dois sujeitos de direito. Conforme Paulo de Barros Carvalho, eficácia jurídica

é o mecanismo de incidência, o processo pelo qual, efetivando-se o fato relatado no antecedente, projetam-se os efeitos prescritos no consequente. É o fenômeno que acontece com as normas vigentes, sempre e quando os fatos jurídicos se instalam. Tudo por força da causalidade jurídica, decretada pela imputação normativa<sup>116</sup>

Cumpre observar que não há que confundir eficácia legal, como efeito da norma jurídica que juridiciza o fato, tornando-o jurídico, da eficácia jurídica propriamente dita, como efeito do fato jurídico juridicizado. A toda evidência, constituem momentos distintos do fenômeno da juridicização, estando intimamente ligadas por outra categoria fundamental, qual seja, a incidência. A esse respeito, Gabriel Ivo aponta que a incidência apresenta como características a infalibilidade, que concerne ao fato de a norma incidir independentemente da sua observância ou aplicação, e inesgotabilidade, a necessidade da incidência toda vez que o suporte fático descrito na hipótese de incidência se concretize.<sup>117</sup>

Contudo, o autor chama oportunamente a atenção para o fato de que a incidência não é algo absolutamente objetivo, como apressadamente possa parecer. Muito embora traga consigo ainda a característica da incondicionalidade, a incidência não prescinde da presença humana, que a constitui em linguagem competente, seja na construção da norma jurídica, seja na construção do fato sobre o qual a norma jurídica irá incidir.<sup>118</sup> Em passagem contundente e esclarecedora, afirma o autor que:

Para que se saiba qual a regra jurídica que incidiu, que incide, ou que incidirá, é preciso que se saiba o que é que ela diz, sendo o mesmo que afirmar que o sentido da regra é dado pela interpretação. O que incide, portanto, é o produto da interpretação. E como o produto da interpretação é a norma jurídica, construída pelo intérprete, juiz ou alguém a quem interesse a regra jurídica, o senhor da incidência não é algo físico ou metafísico. O senhor da incidência é o homem concreto; o construtor de sentido das palavras.<sup>119</sup>

Por certo, seguindo os marcos adotados, ainda que ocorrido o fato no mundo fenomênico, só irá produzir eficácia jurídica caso venha a ser vertido em linguagem

<sup>115</sup> FOLLONI, André Parmo. **Teoria do ato administrativo**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 67-68.

<sup>116</sup> CARVALHO, Paulo de. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 6ª. São Paulo: 2008, p. 64.

<sup>117</sup> IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006, p. 46.

<sup>118</sup> IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006, p. 48.

<sup>119</sup> IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006, p. 52-53.

competente, o que se dá através da reconstrução de sentido da norma e do próprio fato, ou seja, o que se dá através da reconstrução do intrincado ato de incidência.

Por fim, a eficácia social, também chamada de efetividade, está relacionada à observância dos efeitos pretendidos pelos destinatários da norma. Diferentemente das demais categorias, a eficácia social não constitui objeto de estudo da Dogmática Jurídica no sentido estrito do termo, mas sim da Sociologia Jurídica ou da Psicologia Jurídica. Basicamente por isso, ainda o tema suscita importantes discussões, não nos filiamos, nesse ponto, à posição de Carlos Ari Sundfeld, para quem a juridicidade dos atos inválidos, diferentemente dos válidos, não decorreria do sistema, mas sim do seu acatamento.<sup>120</sup>

Uma norma não se torna inválida pelo simples fato do seu descumprimento. E o inverso também é verdadeiro, ou seja, uma norma não se torna válida pelo simples fato do seu acatamento. Antes de tudo, o ato é ato porque uma norma assim o qualificou como tal, tendo relação de pertinência com o sistema no qual está inserido. Se apresenta vício no seu processo produtivo, não deixará de sê-lo, ao menos até outra norma expulsá-lo do sistema, por invalidez ou revogação, ou mesmo venha a convalidar seus efeitos. Mas como pode se reparar, nada se passa fora do jurídico.

## 2.7. Pressupostos e Elementos do Ato Administrativo

A decomposição em partes do ato administrativo visa facilitar o diagnóstico dos vícios que podem acometê-lo, precisando suas causas. Tendo natureza eminentemente teórica, ao partir de premissas as mais diversas, os autores divergem não só sobre o conceito de ato administrativo, mas sobretudo sobre quais e quantos são seus pressupostos e elementos.

Em que pese o dissenso, o entendimento relativamente dominante, a partir do direito positivo, aponta serem cinco os elementos do ato administrativo, a saber: (i) competência, (ii) finalidade, (iii) forma, (iv) motivo e (v) objeto.<sup>121</sup>

<sup>120</sup> “O ato inválido, portanto, é jurídico porque acatado. A existência do ato inválido não de corre, pois, de qualquer característica intrínseca da declaração, nem de sua conformidade com o sistema jurídico dominante, mas do efeito que lhe é atribuído socialmente. Uma mesma declaração poderá ou não existir como ato jurídico dependendo do acolhimento que lhe for dado pelos seus destinatários, é dizer, dependendo de sua efetividade”. (SUNDFELD, Carlos Ari. Ato administrativo inválido. São Paulo: 1990, **Revista dos Tribunais**, p. 20-21).

<sup>121</sup> Lei nº. 4.717, de 29.06.1965: “Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade”.

No fundo, tal posição apenas adapta a concepção civilista de ato jurídico, atualmente negócio jurídico, cuja validade pressupõe (i) agente capaz, (ii) objeto possível, lícito e determinado ou determinável, além da (iii) forma prescrita e não defesa em lei, acrescentando os elementos que talvez deem a tônica de especificidade ao ato administrativo, a saber: (iv) o motivo e a (v) finalidade.<sup>122</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello, no que é seguido por Carlos Ari Sundfeld<sup>123</sup> e Weida Zancaner<sup>124</sup>, trilha caminho alternativo. Apontando a impropriedade da terminologia amplamente aceita, diferencia os pressupostos para a edição do ato dos seus elementos propriamente ditos, porque esses sim, os elementos, é que seriam “partes componentes do todo”. Propõe então como elementos do ato o conteúdo e a forma. E como pressupostos subjetivos, sujeito e vontade; pressupostos objetivos, motivos e requisitos procedimentais; pressuposto teleológico, finalidade; pressuposto lógico, causa; e pressupostos formalísticos, formalidades.<sup>125</sup>

Eurico Marcos Diniz de Santi aceita com temperamentos a sistematização de Celso Antônio, propondo uma terceira via. Sendo o ato administrativo norma jurídica, que por sua vez não se confunde com seu processo de produção, os elementos do ato seriam aqueles componentes internos da estrutura lógico sintática da norma, sendo que no antecedente se encontra a motivação como versão em linguagem competente do motivo que ensejou a edição do ato, e no conseqüente a relação jurídica modalizada, responsável por prescrever a conduta entre o agente emissor e o destinatário do ato. Os pressupostos continuam sendo aqueles externos, só que relacionados com os fatos componentes do fato jurídico criador do ato administrativo, responsável por inserir a norma concreta e individual criada no sistema. Dizem respeito ao motivo, de fato e de direito, à competência exercida para a prática do ato, e o procedimento, enquanto conjunto ordenado de fatos seguidos para tanto.<sup>126</sup>

A partir da concepção acima, aqui adotada porque adequada às premissas teóricas da investigação, os pressupostos do fato jurídico criador de norma, situado no antecedente normativo do ato administrativo tomado como norma ou veículo introdutor, seriam o (i) motivo

<sup>122</sup> **Lei 10.406**, de 10.01.2002: “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

<sup>123</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. São Paulo: 1990, Revista dos Tribunais, p. 17.

<sup>124</sup> ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 25.

<sup>125</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 36.

<sup>126</sup> DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 86

para a prática do ato, a (ii) competência, o (iii) procedimento. No consequente estaria uma (iv) relação modalizada, que contém uma obrigação, para os atos vinculados, e uma permissão, para os atos discricionários de o agente editar o ato administrativo, e a obrigação de todos observarem o ato porventura editado.

Por sua vez, os elementos do ato administrativo propriamente dito seriam no antecedente, a (v) motivação, enquanto conversão em linguagem competente do fato jurídico administrativo criador de norma, e, no consequente, o (vi) conteúdo, enquanto relação jurídica modalizada, em que dois sujeitos de direito, sendo um deles exercente de função administrativa, se enlaçam em direitos e deveres, e objeto, constitutivo da conduta efetivamente prescrita.

Por último, como elementos do ato administrativo enquadrado com documento normativo, materializador do ato administrativo enquanto norma ou veículo introdutor, estariam a (vii) forma e a (viii) publicidade<sup>127</sup>.

André Parmo Folloni, em obra de grande valia cuja didática muito serviu para o desenvolvimento das ideias aqui expostas, igualmente segue a proposta de Eurico de Santi, sendo que promove uma sistematização própria em relação a alguns elementos. Para o autor, o motivo estaria no antecedente do ato propriamente dito, enquanto a motivação no ato enquanto documento normativo.<sup>128</sup> Da leitura das razões que levaram o autor a promover tal arranjo, percebe-se que há certa confusão entre o motivo, como pressuposto de fato e de direito, e a motivação, como parte do ato que descreve em linguagem jurídica o fato jurídico, no caso, o fato jurídico criador de norma.<sup>129</sup>

Em que pese a divergência, preferimos ficar com a proposta original, nos moldes acima explicitados. Até porque, conforme ensina Paulo de Barros Carvalho, o motivo ou pressuposto diz respeito ao evento, do qual se vale o agente da Administração, para a prática do ato. Não é ainda o fato jurídico, enquanto enunciado linguístico, integrado ao conteúdo do ato administrativo propriamente dito. “É aquele acontecimento do mundo que feriu a sensibilidade própria que lhe dê foros de objetividade”.<sup>130</sup> No mesmo sentido, Fabiana Del Padre Tomé, que assume a posição nos seguintes termos: “Enquanto o motivo é pressuposto fático do ato, representado pela “ocorrência da vida real que satisfaz a todos os critérios tipificados na

---

<sup>127</sup> Eurico de Santi aloca a forma e a publicidade como pressupostos do fato jurídico suficiente para a criação do ato (cf. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 88).

<sup>128</sup> FOLLONI, André Parmo. **Teoria do ato administrativo**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 72.

<sup>129</sup> FOLLONI, André Parmo. **Teoria do ato administrativo**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 73.

<sup>130</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 436.

hipótese tributária”, a motivação compõe o próprio ato administrativo, consistindo na descrição do motivo do ato, situada no antecedente da norma individual e concreta”.<sup>131</sup>

## **2.8. Elementos do Ato Administrativo como Veículo Introdutor**

Conforme já dito acima, os pressupostos – e não elementos, porque externos ao ato propriamente dito – do fato jurídico criador de norma, situado no antecedente do ato administrativo tomado como norma ou veículo introdutor, seriam o motivo, de fato e direito para a prática do ato, a competência, o procedimento. No conseqüente estaria uma relação modalizada, que contém a obrigação, para os atos vinculados, permissão, para os atos discricionários, do agente administrativo editar o ato administrativo, e a obrigação de todos observarem o ato porventura editado.

É a partir do ato enquanto norma ou veículo introdutor que se pode regressar às normas de produção jurídica administrativa, para aferir, em análise retrospectiva, o acerto da sua incidência, tomada aqui como sinônimo de aplicação. O seu conseqüente não exprime propriamente a normatização da conduta que se quis prescrever, mas basicamente ordena o respeito do ato enquanto norma pertencente ao sistema de direito no qual está inserido. Daí porque ser geral e não individual. No seu antecedente há o relato do fato produtor, o relato material da enunciação. Mas o fato não é um fato simples, em que pese possa em alguns casos o ser, mas, via de regra, um conjunto de fatos, situados no tempo e no espaço, entrelaçados e com um propósito preestabelecido de pôr o ato, este sim o enunciado, conteúdo. É em cotejo do fato jurígeno, portanto, com a norma geral e abstrata que regula a criação do ato, que se pode diagnosticar eventuais vícios, mas para isto é preciso conhecer cada um desses componentes, um a um. É o que passamos a fazer.

### **2.8.1. Do Antecedente: Motivo, Competência e Procedimento**

#### **i) Motivo**

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, motivo é o dado de ordem empírica, que autoriza ou exige a prática do ato, sendo por isso mesmo seu pressuposto, inclusive de ordem antecedente. Afirma que pode vir ou não previsto em lei, sendo que, nesse último caso, teria o agente liberdade de escolha perante a situação em vista da qual editará o ato. Mas, uma vez

---

<sup>131</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: 2008, p. 292.



expostos os motivos, a eles o agente se comprometerá, sob pena de invalidação do ato. O referido autor distingue o motivo do ato, enquanto situação concreta que ensejou a prática do ato, do motivo legal, previsão geral e abstrata que fundamenta sua produção. Diferencia ainda o motivo do ato do móvel, sendo que este último seria a representação subjetiva, psicológica, interna do agente, correspondente aquilo que deseja.<sup>132</sup>

Sendo o ato administrativo manifestação concreta de função administrativa, por meio da qual se persegue finalidade pública, ousamos discordar em parte do referido autor, não entendendo acertado afirmar que haja situações em que os motivos do ato não estejam previstos em lei, o que poderia conferir maior grau de liberdade decisória ao agente público. A atividade administrativa, por conta de só poder fazer o que está prevista em lei, numa acepção tipicamente positiva, é atividade normada, não devendo se confundir a descrição de que dispõe o agente, em vista de determinadas disposições abertas e indeterminadas, da ausência de disciplina objetiva sobre determinada matéria. São coisas distintas. Mesmo diante de textos abertos e indeterminados, ainda assim é possível inferir interesse público envolvido, o que desautoriza afirmar inexistir motivo. E mais, a intenção psicológica do agente, seu móvel, diferentemente da órbita do direito privado, desinteressa para a prática do ato, já que não gerencia seus próprios interesses, mas sim o da coletividade.

No mesmo sentido parece ser a posição de Luciano Ferreira Leite:

Na realidade, toda atividade administrativa do Estado, e não apenas aquela ligada à liberdade dos cidadãos, depende de expressa autorização legal. O fato de nem sempre o ordenamento jurídico positivo indicar, de maneira precisa, os fins a serem atingidos e os meios a serem adotados, ensejando certa margem de discricionariedade, não autoriza a conclusão de se admitir no direito positivo brasileiro, a emanção de atos administrativos independentes de previsão legal.<sup>133</sup>

Em obra referência sobre o tema, Antônio Carlos de Araújo Cintra, ao seu turno, informa existirem duas correntes sobre o motivo, uma de orientação subjetivista e outra de orientação objetivista. A corrente subjetivista procurou transplantar a noção psicológica do ato de direito privado para o Direito Público, atrelando a causa ao elemento objetivo, enquanto motivo seria o elemento subjetivo. Por outro lado, para a corrente objetivista, prevalecente no Direito brasileiro, os motivos do ato seriam os conhecidos pressupostos de fato e de direito para a sua prática, de modo que o processo psicológico interno de formação de vontade do agente público

<sup>132</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 72 e ss.

<sup>133</sup> LEITE, Luciano Ferreira. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 19.

seria irrelevante perante o direito, devendo-se considerar, isto sim, a sua revelação exterior, especialmente no que diz respeito ao procedimento que o precedeu e o preparou.<sup>134</sup>

A propósito da função dos motivos do ato administrativo, em arremate ao qual nos filiamos, pondera Cintra que:

A exposição feita indica que os motivos não integram o ato administrativo, mas lhes são externos e anteriores no tempo”. Mais adiante, segue afirmando que “os motivos não participam do modelo legal do ato administrativo, cuja realização deles resulta. Ficam de fora, mas não lhes são estranhos. Ao contrário, articulam-se necessariamente com o ato administrativo, através da relação de pertinência ou impertinência que mantenham com o conteúdo do próprio ato para validá-lo ou não.<sup>135</sup>

Irene Patrícia Nohara, em que pese a redação legal que aparentemente confunde a inexistência com a inadequação dos motivos,<sup>136</sup> aponta que podem existir três grupos de vícios quanto ao motivo do ato administrativo: (i) a inexistência da norma jurídica que lastreie a sua prática; (ii) a inexistência do fato que ensejaria a sua emanção, assim como (iii) a inadequação entre os pressupostos de fato e os de direito.<sup>137</sup> Embora guarde estreita aproximação com a finalidade, afirma a autora que não se há de confundir a ausência de motivos com o desvio de finalidade, em que pese esta última envolva a análise dos motivos. Por fim, aduz a autora que o motivo do ato, embora diga respeito à motivação, com ela não se confunde. Nas suas palavras:

“Diferentemente dos motivos, a motivação diz respeito às formalidades do ato. Pela motivação, o agente público procura argumentar no sentido de tentar convencer o particular interessado ou a coletividade de que aquele determinado ato administrativo tem sua razão de ser, tanto no plano da legalidade, como no da oportunidade e conveniência”.<sup>138</sup>

De acordo com as premissas eleitas, motivo é pressuposto do ato, na sua vertente objetivista ou exteriorizada, não se confundindo com a motivação, sua versão em linguagem competente, antecedente do ato administrativo propriamente dito, a qual o sujeito credenciado a emitir o ato se encontra vinculado, sob pena de invalidação.

Como pressuposto de direito, refere-se a uma norma de natureza geral e abstrata, que descreve conotativamente na sua hipótese um fato de possível ocorrência, a fundamentar juridicamente a prática do ato. Como pressuposto de fato, refere-se ao recorte do mundo fenomênico promovido pela hipótese da norma, o suporte fático suficiente, que, uma vez concretizado, caracteriza o fato jurídico criador do ato administrativo propriamente dito.

<sup>134</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: 1979, p. 87-94.

<sup>135</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: 1979, p. 102.

<sup>136</sup> Lei nº. 4.717, de 29.06.1965, art. 2º, Parágrafo Único, “d”: “d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;”.

<sup>137</sup> NOHARA, Irene Patrícia. **O motivo no ato administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 45

<sup>138</sup> NOHARA, Irene Patrícia. **O motivo no ato administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 50.

A essa operação de inclusão entre a classe do fato jurídico, antecedente da norma concreta e geral, premissa menor, e a classe descrita na hipótese da norma abstrata e geral, premissa maior, é que se dá o nome de subsunção, o qual deve vir descrita na forma de motivação, que finaliza o silogismo jurídico e promove outra operação lógica, a imputação, ponente de ato administrativo.<sup>139</sup>

O que se convencionou chamar de inexistência do fato que enseja a emanção do ato, o “erro de fato”, nada mais é do que a inadequação da certificação linguística do evento, que vai constituir em linguagem jurídica competente o fato jurídico criador de ato administrativo. Por outro lado, o que se convencionou chamar de inexistência da norma que lastreia a prática do ato, ou mesmo a inadequação entre o pressuposto de fato e o pressuposto de direito, o “erro de direito”, nada mais é do que um problema de subsunção, ocasionado por um desajuste entre o fato enquanto enunciado protocolar componente do antecedente da norma individual e concreta e a descrição construída a partir da hipótese da norma geral e abstrata que fundamenta a sua prática.<sup>140</sup> Ambos os vícios podem ser caracterizados por desajustes de linguagem, sendo que o chamado “erro de fato” se caracteriza por ser interno ou intranormativo, uma inadequação da linguagem das provas por meio da qual o fato jurídico deve ser constituído, enquanto o “erro de direito”, se caracteriza por ser externo ou internormativo, uma inadequação da linguagem constitutiva do fato antecedente da norma concreta em detrimento da linguagem constitutiva da proposição hipotética da norma abstrata que lhe confere juridicidade.<sup>141</sup>

A invalidação do ato, seja por ausência de pressupostos de fato ou de direito, seja por inadequação desses pressupostos, pode advir de norma interna da própria administração, ou por norma externa a cargo de outros órgãos, aí incluído evidentemente o órgão judicial, sem que com isso se considere estar invadindo o chamado “mérito” do ato. Tenha-se que o motivo, quando tomado na acepção de pressuposto de fato, é fato jurídico, pressupondo fundamento legal em sentido amplo, pressuposto de direito, que o torne jurígeno.<sup>142</sup>

## ii) Competência

Conforme a conhecida máxima de Caio Tácito, “Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito”.<sup>143</sup> Competência não advém da autonomia do sujeito,

<sup>139</sup>FOLLONI, André Parmo. **Teoria do ato administrativo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 75

<sup>140</sup>CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 113.

<sup>141</sup>CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 114.

<sup>142</sup>SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 95.

<sup>143</sup>TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 26.

para dizer ele mesmo que detém competência em sentido jurídico, mas sim de uma norma que o qualificou como competente para introduzir norma jurídica no sistema.

Tácio Lacerda Gama informa que a competência, enquanto função monogenética, produtora de normas, encontra-se repartida pelo sistema entre os vários sujeitos de direito<sup>144</sup>. E como precisamente aponta Gabriel Ivo, a norma que outorga competência atribui ao sujeito a possibilidade não propriamente de produzir normas, mas sim determinado veículo introdutor de normas, sendo que a competência não se presume.<sup>145</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello considera a competência como pressuposto subjetivo do ato, a que nomeia simplesmente sujeito. Afirma que capacidade é da pessoa jurídica, com aptidão normativa, atribuições seriam do órgão, e competência seria do agente, responsável pela prática do ato.<sup>146</sup> Diferencia competência em sentido formal, que diz respeito aos atributos legais subjetivos, quantidades e espécies abstratas de poder, e em sentido objetivo, relacionada aos motivos e à finalidade empreendidas para edição do ato.

A propósito da condicionalidade da competência, vai afirmar que “sua noção íntegra postula que um dado poder só existe realmente quando presentes as condições de fato autorizadoras de sua deflagração e desde que manifestado em vista da específica finalidade que lhe conforma a existência”.<sup>147</sup>

Por fim, ensina que a competência formal pode ser considerada sob os aspectos territorial, circunscrição geográfica para o seu exercício; material, circunscrição temática, que delimita o exercício do poder a determinados objetos; hierárquico, que qualifica a competência a depender do nível em que o agente se encontra na estrutura administrativa dos órgãos e entidades, e temporal, que limita os marcos temporais nos quais a competência pode ser exercida, mais precisamente os limites temporais de vigência da lei sob a qual se fundamenta.<sup>148</sup>

### iii) Procedimento

Ao se referir aos requisitos procedimentais, Celso Antônio Bandeira de Mello diz que são os atos que por imposição normativa devem preceder ao ato, sem os quais não pode ser

<sup>144</sup> GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária**: fundamentos para uma teoria da nulidade. 2ª. ed. São Paulo: Noeses: 2009, p. 69.

<sup>145</sup> IVO, Gabriel. **Norma jurídica**: produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. 15.

<sup>146</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 56.

<sup>147</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 57.

<sup>148</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 58-59.

praticado. Diferencia motivo de pressuposto procedimental, afirmando que o primeiro seria fato jurídico, enquanto o segundo um ato jurídico.<sup>149</sup>

Por certo, não basta ser dotado de competência, mas é preciso exercê-la mediante um procedimento. Nesse sentido, o procedimento disciplina o exercício da competência.<sup>150</sup>

O tópico ganha destaque por mais algumas razões. Para os fins propostos, procedimento não é ato, mas sequência de atos e de fatos, por meio do qual se procura garantir a higidez no processo de produção do ato. Conforme Eurico de Santi, é fato jurídico “complexo”, que se configura com uma série de atos e de fatos jurídicos, que corroboram, de forma sucessiva ou não, sequencial ou não, com conformidade com a lei, para a conformação do suporte fático do fato jurídico produtor do ato administrativo propriamente dito.<sup>151</sup> Da sua suficiência surge o ato, da sua deficiência é possível invalidá-lo.

Por outro lado, o procedimento é implementado para a consecução de um fim predeterminado, não se tratando de um mero conjunto desordenado de atos. Nesse sentido, Paulo de Barros Carvalho vai pontificar que “o procedimento é sempre desenvolvido e caminha na direção de um objetivo adrede estipulado. Não tem, em si mesmo, sentido unitário, como o ato, contudo se preordena a obtê-lo”.<sup>152</sup>

Ainda, veja-se que o procedimento merece ser observado sob o fato tempo, tendo um tempo interno, a intermitência entre os fatos que o compõe, a denunciar se trata de simultaneidade ou sucessividade, e um tempo externo, a demarcar o início e o término mesmo do procedimento, providência útil principalmente para fins de contagem de prazos que possam fulminar direitos, no caso da decadência, e pretensões, no caso da prescrição.<sup>153</sup>

Por fim, tenha-se que a noção de discricionariedade e vinculação, diz respeito ao procedimento, e não ao ato em si mesmo. Aliás, verdadeira impropriedade afirmar que determinado ato administrativo é em si mesmo “vinculado” ou “discricionário”, quando tais características dizem respeito ao processo de fazimento, e não ao produto. De dois atos cujos documentos normativos se ponham à vista do intérprete não se pode afirmar, à primeira vista,

---

<sup>149</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, 78

<sup>150</sup> IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006, p. 16

<sup>151</sup> DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996. 92

<sup>152</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 270.

<sup>153</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 270

tratar de ato discricionário ou vinculado, a não ser por meio de regresso às normas que disciplinam sua produção.<sup>154</sup> Daí porque Celso Antônio Bandeira de Mello afirmar que:

Em rigor, não há, realmente, ato algum que possa ser designado, com propriedade, como ato discricionário, pois nunca o administrador desfruta de liberdade total. O que há é *exercício de juízo discricionário* quanto à ocorrência ou não de certas situações que justificam ou não certos comportamentos e *opções* discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para dar cumprimento ao interesse público *in concreto*, dentro dos limites em que a lei faculta a emissão deste *juízo* ou desta *opção*.<sup>155</sup>

## 2.8.2. Do Consequente: Conteúdo e Objeto

O conteúdo ou relação jurídica de competência para a prática do ato enquanto veículo introdutor prescreve de um lado o direito do sujeito emissor do ato editá-lo e do outro impõe o dever de todos observarem a norma editada, o seu objeto, ou o ato propriamente dito.

## 2.9. Elementos do Ato Administrativo Propriamente Dito

Se o ato enquanto norma instrumento ou veículo introdutor corporifica o processo de criação do ato, a enunciação, ou mais precisamente a parte do suporte factual que se interessa o direito que vai compor o fato jurídico criador de norma, o ato enquanto norma introduzida materializa o produto desse processo, o conteúdo. No seu antecedente figura a versão em linguagem competente do motivo, pressuposto para a prática do ato, além do que no seu consequente figura uma relação jurídica modalizada, o seu conteúdo, travada entre dois sujeitos de direito, um o emissor do ato, o outro seu destinatário, cujo objeto concretiza a prescrição da conduta que se quis regular como obrigatória, permitida ou proibida.

### 2.9.1. Do Antecedente: Motivação

Conforme Eurico Marcos Diniz de Santi, “a motivação é o antecedente suficiente do consequente do ato-norma administrativo”<sup>156</sup>, no caso, o que denominamos de ato administrativo propriamente dito. Como bem explica o autor, o motivo é pressuposto de facto, e, por isso, não pode integrar estrutura normativa proposicional. O que integra, a bem das

<sup>154</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 267

<sup>155</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 117.

<sup>156</sup> DE SANTI, Eurico Marcos Diniz.  **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 95.

premissas antes fincadas, é “a enunciação linguística” do motivo do ato. Ou seja, a motivação, a partir da qual, por causalidade jurídica, implicará relação jurídica no seu consequente.<sup>157</sup>

Sendo a motivação “a explicitação ou expressão dos motivos” do ato administrativo,<sup>158</sup> cumpre, a partir dela, poder-se inferir não só os pressupostos de fato e de direito que ensejaram a prática do ato, como a correlação entre ambos, para que de modo explícito, claro e congruente, se possa aferir a correção da subsunção efetuada. Conforme Antônio Carlos de Araújo Cintra, a partir de Michele Taruffo, “Considerada como signo linguístico complexo, em sentido próprio, a motivação se caracteriza por sua intencionalidade, apresentando-se como discurso destinado a justificar racionalmente, o ato motivado”.<sup>159</sup>

Discute-se sobre a motivação necessária e a motivação espontânea, vale dizer, se todos os atos administrativos precisariam ser motivados.<sup>160</sup> Em que pese respeitáveis vozes em contrário, não se admite ato administrativo sem motivação. Constituindo a motivação índice a partir do qual se afere a justificação *racional* do ato, é imprescindível para avaliar a legitimidade do ato, bem como oportunizar o seu controle.

### 2.9.2. Do Consequente: Conteúdo e Objeto

Ao fato que reputa relevante e que foi descrito no seu antecedente, a norma imputa um consequente, sendo que as duas partes da norma são unidas por um operador deôntico interproposicional, ou seja, ou seja, ponente de implicação entre as duas proposições componentes da norma. Se até agora tratamos do antecedente da norma, cumpre agora tratar do consequente, onde se encontra o conteúdo, prescritor da norma, que é invariavelmente, uma proposição relacional, enlaçando dois ou mais sujeitos de direito em torno de uma conduta regulada como “proibida”, “permitida” ou “obrigatória”.

É no consequente da norma sempre vamos encontrar um outro *dever-ser*, sendo este agora intraproposicional, que relaciona os sujeitos destinatários da norma com um dos modais deônticos. Conforme Lourival Vilanova, a respeito da relação jurídica de Direito Público:

Sem norma, fato não se faz jurídico. Sem fato jurídico, não teremos relação jurídica, que é efeito, eficácia, o lado efectual: é o que nos garante a *causalidade jurídica*. Em

<sup>157</sup> DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 95.

<sup>158</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: 1979, p. 105

<sup>159</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: 1979, p. 106.

<sup>160</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: 1979, p. 121.

linguagem abstrata: se se dá  $F$  (fato jurídico), deve ser  $R$  ( $S'$  e  $S''$ ), ou seja, a relação jurídica  $R$  entre os sujeitos-de-direito  $S'$  e  $S''$ .<sup>161</sup>

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, conteúdo é o que o ato dispõe, e, em última instância, “*é o próprio ato*, em sua essência”<sup>162</sup>. Na verdade, de acordo com a classificação aqui proposta, o que o autor está a se referir seria o objeto do ato, este sim, aquilo que o ato dispõe, enquanto o conteúdo seria a relação, travada entre o sujeito editor do ato, no exercício de prerrogativa pública, e o seu destinatário.<sup>163</sup>

Utilizando os exemplos do próprio mestre, o conteúdo de um ato de nomeação seria a relação travada entre o nomeado e a entidade nomeante, enquanto seu objeto seria a obrigação da entidade nomeante investir o nomeado no cargo público. O conteúdo do ato de desafetação de bem de uso comum é a relação travada entre o sujeito de direito público que desafeta e o proprietário que tem o bem desafetado, sendo que seu objeto é a permissão para a desafetação do bem. E o conteúdo do ato que declara a caducidade de uma concessão é a relação travada entre o poder público e o concessionário de serviço público, enquanto seu objeto é a permissão para a sua extinção, sem indenização, por falta praticada pelo concessionário.<sup>164</sup>

## 2.10. Elementos do Ato Administrativo como Documento Normativo

Concretizando a norma de estrutura ou de produção jurídica que disciplina a prática do ato, o sujeito credenciado a emitir normas administrativas lança mão de instrumento ou veículo introdutor, para poder introduzir o ato administrativo propriamente dito no sistema. Mas ao final deste processo fica o produto, o objeto material, o documento normativo pertencente a determinado veículo ou instrumento introdutor, que com ele se relaciona, mas com ele não se confunde.

O fato jurídico produtor de ato administrativo não gera propriamente um veículo introdutor, mas sim o documento normativo, este sim materialmente perceptível aos nossos sentidos, em cima do qual o intérprete vai trabalhar para poder regressar ao passado para controlar a sua produção. É a partir do documento normativo que o intérprete reconstrói no

<sup>161</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 259.

<sup>162</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 37.

<sup>163</sup> “Sendo o objeto aquilo sobre que incide o ato, tanto pode ser uma pessoa, uma coisa, como uma relação jurídica” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 41).

<sup>164</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 41-42.



presente a norma do veículo introdutor incidida no passado, para em comparação com a norma de produção jurídica, aferir sua regular produção. E mais, é a partir do documento normativo, mais especificamente a partir de seu conteúdo, que o intérprete reconstrói a norma que se quis ver introduzida no sistema.

#### i) Forma

Mas esse documento normativo precisa de uma forma para poder existir juridicamente, sendo que esta pode estar ou não prevista em lei. Via de regra, a forma escolhida pelo ordenamento é a escrita, até pela função de promover segurança e certeza como meio de garantia dos administrados.<sup>165</sup> Contudo, o ato pode revestir-se de outras formas, como a verbal ou mímica, os gestos de um guarda de trânsito, a imobilidade dos presentes em consentimento a alguma deliberação administrativa, ou mesmo simbólica, como é o conhecido exemplo das luzes de um semáforo<sup>166</sup>.

O direito como conjunto de norma válidas em um determinado território necessita de uma linguagem que lhe sirva de veículo de expressão, o que não quer dizer que necessite de uma linguagem escrita, vernacular, e documentada, o que seria preferível, bastando, para tanto, que a mensagem prescritiva encaminhada pelo emissor autorizado chegue aos seus destinatários, dela tomando conhecimento e cumprindo seu comando. E isso pode se dar por atos mecânicos, eletrônicos, informatizados e telemáticos, inclusive.<sup>167</sup>

Em que pese, uma vez questionados pelo administrado, todo ato administrativo se reduzirá a texto, vertido na linguagem do processo em que se dará o seu controle. Conforme Gabriel Ivo:

Todo o processo de construção normativa, que leva em conta o universo jurídico, retorna ao texto (no sentido de enunciado). No processo judicial, a norma jurídica após a aplicação torna-se texto (enunciado), contido na sentença ou no acórdão. No processo administrativo, a norma converte-se em texto por meio do ato administrativo. E, no âmbito legislativo, a norma ao ser aplicada converte-se em emenda à

<sup>165</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 43.

<sup>166</sup> “Além de *seméion*, os gregos tinham ainda outra palavra para designar os signos e os sinais, que era *sema*. Todo mundo sabe o que é um semáforo, mas poucos sabem que esta palavra vem do grego antigo e significa literalmente “carregador de sinais”. Da palavra *sema* vem também a palavra *semântica*. A semântica é um ramo da linguística e da lógica, que trata do significado das palavras e das proposições”. (NÖTH, Winfried; SANTAELLA, Lucia. **Introdução à semiótica**: passo a passo para compreender os signos e a significação. São Paulo: Paulus, 2017, p. 8.).

<sup>167</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Ato administrativo**. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 68.

Constituição, lei complementar, lei ordinária etc. A partir do texto, temos acesso ao que foi interpretado no momento da aplicação.<sup>168</sup>

## ii) Publicidade

E para poder efetivamente prescrever condutas, a mensagem encaminhada pela linguagem prescritiva do direito precisa chegar ao seu destino. O conhecimento da mensagem prescritiva, portanto, dá-se com a publicidade do ato, sem a qual o direito não cumpre a sua finalidade de regular condutas. Pelo escólio de Gabriel Ivo, “sem publicidade não há legalidade. Medidas secretas, ou de conhecimento de poucos, impedem a intersubjetividade, tolhem a legalidade”.<sup>169</sup>

Sendo a publicidade o último dos fatos que constituem o procedimento produtivo do ato, é requisito para sua constituição válida, nos parecendo acertada a posição de Eurico de Santi, para quem a publicidade não deve ser vista meramente como condição de eficácia do ato.<sup>170</sup>

## 2.11. Finalidade e Causa são Pressupostos ou Elementos do Ato Administrativo?

Discute-se se finalidade e causa são pressupostos ou elementos do ato administrativo. No que concerne à causa, comumente diz-se que é o nexó entre o pressuposto de fato, o motivo, e o conteúdo, em função da finalidade do ato.<sup>171</sup>

Fabiana del Padre Tomé considera causa e finalidade como pressupostos do ato administrativo. Para a autora finalidade é o “objetivo pretendido com a prática do expediente administrativo”, enquanto a causa seria “a relação que se estabelece entre o motivo, sua constituição em linguagem a partir das provas apresentadas e o conteúdo”.<sup>172</sup>

Por certo, a causa é conexão lógica entre as duas proposições componentes da norma jurídica, onde dado um fato de possível ocorrência no mundo fenomênico, deve ser a consequência. A questão é que, se elemento são as variáveis que compõem o ato, a causa não

<sup>168</sup> IVO, Gabriel. Direito a inevitabilidade do certo da linguagem. In: **Construtivismo Lógico-Semântico**. Vol. I. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 72.

<sup>169</sup> IVO, Gabriel. **Norma jurídica**: produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. 70

<sup>170</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 94.

<sup>171</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 80.

<sup>172</sup> TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. 2ª. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 291.

pode ser elemento, ou muito menos pressuposto do ato, já que é uma constante na estrutura lógico-sintática da norma jurídica.

Daí porque se dizer que causa é conectivo lógico e interproposicional, no caso, entre a motivação e o conteúdo do ato, e intranormativo, porque componente da estrutura da norma.<sup>173</sup> Eventual vício de causa diz respeito, portanto, não propriamente ao nexos causal que proporciona, mas sim aos elementos correlacionados, especificamente à motivação e o conteúdo do ato disposto no consequente normativo.<sup>174</sup>

Por outro lado, tem-se que a finalidade igualmente não pode ser considerada pressuposto ou elemento do ato. Como aponta Eurico de Santi, “enquanto a causa é nexos lógico intranormativo, a finalidade é nexos lógico internormativo”,<sup>175</sup> mais precisamente entre a finalidade legal prevista no consequente da norma geral e abstrata que disciplina a produção jurídica do ato e o fim concreto previsto no consequente do ato administrativo propriamente dito, efetivamente produzido.

Para utilizar a expressão do autor, finalidade é “a concatenação semântica” entre o conteúdo do ato enquanto norma geral e abstrata que regula a sua prática e o conteúdo da norma individual e concreta enquanto ato propriamente dito, servindo para atestar “sua adequação e pertinência com os “valores” que o sistema jurídico congrega”.<sup>176</sup> E se assim o é, embora intimamente relacionada com os pressupostos e elementos do ato na dinâmica da sua produção e controle, não se confunde com nenhum, exigindo estudo que transcende o plano sintático da linguagem do direito.<sup>177</sup>

Repassados os pressupostos e elementos do ato administrativo, oportuno indagar: o que se convencionou chamar de “consequencialismo” é pressuposto ou elemento do ato administrativo? Diz respeito a que pressuposto ou elemento do ato administrativo?

## 2.12. Consequencialismo é Pressuposto ou Elemento do Ato Administrativo?

Pode-se dizer que, na dinâmica da produção e controle do ato administrativo, tanto o sujeito ponente do ato, como o controlador, tomam uma série de decisões, seja no que diz respeito ao sentido da norma a aplicar, o motivo enquanto pressuposto de direito, seja no que

<sup>173</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 89.

<sup>174</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 89.

<sup>175</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 90.

<sup>176</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 88 e ss.

<sup>177</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 92.

diz respeito ao sentido do fato a subsumir, o motivo enquanto pressuposto de fato. Sendo que esse silogismo é abstraído a partir da motivação, responsável que é por justificar racionalmente os precisos termos em que se deu o complexo ato de subsunção, notadamente nos casos em que o intérprete aplicador se coloca diante do exercício de competência discricionária.

Ainda que numa abordagem preliminar, o dever de considerar as consequências da decisão já não é mais matéria afeta tão-só à análise lógico sintática da norma, mas sim semântica, em que o sujeito aplicador fica obrigado a valorar os correspectivos pressupostos do ato a partir das consequências de tais valorações, vale dizer, a partir das consequências de tais interpretações. Até porque “interpretar é atribuir valor aos símbolos”.<sup>178</sup>

Mas saber quais consequências valorar e sob qual critério deve se dar tal valoração, é tema complexo, próprio para o próximo capítulo. Por hora, só resta a afirmar, na linha da abordagem finalista do ato, que o “consequencialismo” não é pressuposto, nem elemento do ato, embora com todos eles intimamente se relacione. Assim como a finalidade, “consequencialismo” é “concatenação semântica”, mas não propriamente entre o conseqüente da norma individual e concreta e o conseqüente da norma geral e abstrata – até porque se assim o fosse com a finalidade se confundiria – mas sim entre o antecedente da norma individual e concreta e a hipótese da norma geral e abstrata, com o propósito de promover a sua *racional* justificação.

### 2.13. Invalidação, Convalidação e Revogação do Ato Administrativo

Se validade é relação de pertinência do ato enquanto norma jurídica com o sistema, invalidade é a cessação desta relação, em virtude de vícios no seu processo produtivo que afetem seus pressupostos e elementos. Diferentemente da teoria que o descreve, que pode ser verdadeira ou falsa, os atos administrativos, porque normas jurídicas, são válidos ou inválidos, a depender da sua conformidade ou não com o sistema ao qual pertençam. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, “Os atos administrativos praticados em desconformidade com as prescrições jurídicas são inválidos. A noção de invalidade é antitética à de conformidade com o Direito (validade)”.<sup>179</sup>

<sup>178</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 66.

<sup>179</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981p. 142.

Mas para que seja expulso, o ato viciado necessita de outro ato para promover a expulsão. O direito, não custa repetir, enquanto sistema autopoietico que é, regula sua própria criação, de modo que, ao tempo em que uma norma necessita de uma norma que lhe sirva de veículo de introdução no sistema, igualmente necessita de uma norma, administrativa ou judicial, que lhe sirva agora de veículo de expulsão desse mesmo sistema.

Em que pese a invalidade seja tratada como algo originário, observável desde a edição do ato, não é bem esta concepção que aqui se adota. Se para ser produzido o ato necessitou de um processo de produção, para ser expulso necessita igualmente de um processo, só que agora de expulsão, de modo que tanto os atos válidos, quanto os inválidos produzem efeitos, ao menos até que outro ato venha a cessar sua relação de pertinência com o sistema. Diz-se, por isso, que a decisão que reconhece a invalidade não é propriamente declaratória, mas constitutiva, não havendo que se falar em nulidade de pleno direito. Pelos ensinamentos de Gabriel Ivo:

A invalidade é sempre tratada com algo congênito, originário. Os documentos normativos, que veiculam os enunciados prescritivos, já nascem válidos ou inválidos. O que acontece depois nada mais é do que uma descoberta de um vício, no molde dos apontados linhas antes, que existia desde a formação do ato normativo. A atitude dos órgãos controladores é meramente declaratória. Tal situação propicia a criação de um cenário em que parece que as autoridades nada têm a ver com a invalidade. Apenas declaram o que já existia, latente, esperando que alguém lhes tirasse o véu e mostrasse para todos. Norma invalidada norma. Uma norma jurídica, portanto, só pode ser invalidada por outra norma jurídica. A nulidade de pleno direito contraria a realidade jurídica.<sup>180</sup>

Pode ser que, aos olhos do legislador, o ato inválido apresente vícios de tão grave monta, que a decisão que o invalida produza efeitos retroativos ou *ex tunc*. Diz-se, nesse caso, que o ato é nulo. Por outro lado, pode ser que o ato inválido apresente vícios sanáveis, de modo que a decisão que o invalida produza efeitos prospectivos ou *ex nunc*. Diz-se, nesse outro caso, que o ato é anulável. Portanto, o que se deve notar, é que a qualidade de nulo ou anulável, não advém do ato inválido em si, mas dos efeitos que o prescriptor do ato invalidante possa vir a produzir.<sup>181</sup>

À propósito da classificação acima, Weida Zancaner observa que a ordem jurídica pode ser restaurada não só pela invalidação dos atos viciados, mas também pelo seu aproveitamento, nos casos em que se admite a supressão da sua invalidade com efeitos retroativos, vale dizer, nos casos em que se admite a sua convalidação. Aliás, a autora chama atenção para o fato de que a convalidação não é a mera repetição do ato com correção dos vícios, mas a edição de outro ato com efeitos retroativos convalidantes. E em posição com a qual se concorda, afirma

<sup>180</sup> IVO, Gabriel. **Norma jurídica**: produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. 140.

<sup>181</sup> DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 99.

que a invalidação e a convalidação são duas faces da mesma moeda, havendo dever de invalidar, quando o ato não comportar convalidação; havendo dever de convalidar, quando o ato não comportar invalidação.<sup>182</sup> Enquanto a invalidação está intimamente relacionada com o princípio da legalidade, a convalidação está relacionada com outro princípio não menos importante, o da segurança jurídica.<sup>183</sup> Valendo ainda registrar que a convalidação só será possível quando não modifique seus elementos estruturantes, ou seja, quando não modifiquem a sua identidade.<sup>184</sup>

Enquanto se diz que a administração tem o dever de invalidar o ato por vícios que o tornem ilegal, pode revogá-lo, por razões de conveniência e oportunidade. Cumpre observar que a revogação, diferentemente da invalidação, teria por objeto ato administrativo válido, embora inconveniente e inoportuno.<sup>185</sup>

Em que pese a distinção, André Folloni entende que a invalidação, enquanto corte de validade do ato perante o mundo jurídico, poderia se dar tanto por razões de legalidade, quanto por razões de conveniência e oportunidade, admitindo a revogação como hipótese de invalidação, só que por afronta ao interesse público.<sup>186</sup> No ponto, mais uma vez, ousamos discordar.

Por certo, a posição faz sentido quando se toma o conceito de ato administrativo em sentido amplo, o que termina por englobar os ditos atos normativos, cujo caráter é de norma geral e abstrata. Nesse caso, assim como ocorre com as leis em geral, a revogação pode apanhar o próprio ato revogado, no que lhe atinge a validade, desde que não tenha havido incidência. Na hipótese em que o ato normativo incidiu, restaria admitir que a sua revogação não lhe atinge a validade, mas sim a vigência, e para o futuro, sob pena de se afirmar estar aplicando norma não pertencente ao sistema. Pelo que de modo preciso apontou Gabriel Ivo, “A revogação retira a vigência da norma jurídica revogada para o futuro. Acontecem os fatos previstos na sua hipótese de incidência, mas ela não incide para juridicizá-los, porquanto desprovida de força para disciplinar as condutas”.<sup>187</sup>

---

<sup>182</sup> ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 54-55.

<sup>183</sup> ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 57.

<sup>184</sup> DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 101.

<sup>185</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 153.

<sup>186</sup> FOLLONI, André Parmo. **Teoria do ato administrativo**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 101.

<sup>187</sup> IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006, p. 86

Por outro lado, se tivermos em vista o ato em sentido estrito, norma individual e concreta, a revogação afeta apenas os efeitos do ato revogado, já que, da juridicização do fato jurídico, irradiou-se eficácia que lhe é própria. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello:

Ao se revogar atos abstratos o que se quer é eliminar esta fonte (portanto, o próprio ato), para impedir que possam gerar novos efeitos, porque os anteriores são respeitados e os futuros ainda não existem para serem atacados. Diversamente, quando a revogação se volta perante *atos concretos*, como permissões, autorizações etc., *já eficazes*, pretende encerrar relações que nasceram deles. Por serem atos concretos não produziram novas relações, logo o que se quer extinguir, neste caso, são as relações já produzidas, fazendo com que se concluam. O ataque, portanto, é aos efeitos do ato. Ficam incólumes os efeitos já transcorridos, mas a relação não prossegue. Vale dizer, os efeitos que seguiram em curso, por força da relação gerada pelo ato, não persistem.<sup>188</sup>

---

<sup>188</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 134.

### 3. SOBRE O CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO: É POSSÍVEL CONTROLAR AS CONSEQUÊNCIAS?

#### 3.1. Incidência e Aplicação na Produção e no Controle do Ato Administrativo

No capítulo anterior, definiu-se o que se entende por ato administrativo. Definido o objeto do controle, cumpre agora definir o que é controlar, ou, mais precisamente, decidir, já que quem edita um ato ou promove o seu controle, administrativo ou judicial, no fundo, está tomando uma decisão (ou várias, conforme se verá a seguir).<sup>189</sup> Mas não é só. Cumpre definir o que é decidir, mas sob uma perspectiva consequencialista, já que o dispositivo em comento, o qual nos propusemos a investigar, proíbe que se decida, nos casos em que expressamente indica, sem que sejam consideradas as consequências da decisão.<sup>190</sup>

Para tanto, muito embora pensemos que a teoria lógico-construtivista da decisão até permita uma abertura para a consideração de consequências, pensamos que se mostra necessário lançar mão de uma teoria da justificação propriamente consequencialista, onde reste mais claramente definido quais consequências devem ser consideradas, qual seria o seu papel no processo de tomada de decisão, assim como sob quais valores deveria se dar tal consideração. Sem tais esclarecimentos, torna-se muito difícil responder às diversas questões que vem surgindo entorno do dispositivo, e as quais serão abordadas no próximo capítulo.

Como dito, o ato administrativo, uma vez posto pela autoridade competente, mediante o procedimento legalmente previsto, somente através de uma outra norma para cessar sua relação de pertinência com o sistema, ainda que o ato produzido apresente vícios no seu processo de produção. O direito, não custa repetir, como sistema autopoietico que é, regula a sua própria criação, sendo que os critérios de como são inseridos ou expulsos os seus elementos se encontram dentro do próprio sistema, e não fora.

Se antes o enfoque se deu no ato administrativo como norma, a partir dos seus elementos compositivos, aspecto estático, a partir deste momento, o enfoque se dá no ato enquanto decisão, aspecto dinâmico. Sabendo-se que é decisão tanto a que edita o ato quanto a que o

---

<sup>189</sup>BRASIL. **Decreto-lei nº. 4.657**, de 04.09.1942. Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se *decidirá* (...)”.

<sup>190</sup> A discussão entorno do vocábulo “práticas” será trabalhada no Capítulo 4.



controla, seja na esfera administrativa, seja na judicial, nos casos em que se apresente em desconformidade com o sistema no qual está inserido.<sup>191</sup>

Retornando ao processo de positivação do direito, temos que a atividade criadora do direito é eminentemente criadora de enunciados prescritivos. É o que se denomina enunciação. É essa atividade que dá ensejo ao aparecimento de novos enunciados prescritivos. O processo de produção do direito, portanto, tem origem na aplicação de normas de estrutura, fruto da interpretação de enunciados prescritivos de um documento normativo antecedente, no caso, da Constituição, das leis que lhe servem de índice, e, ao final de um processo e por meio de um instrumento introdutor de normas específico, termina num outro documento normativo tomado como produto, no caso, o ato administrativo, ou eventual sentença controladora, na hipótese de o produto se encontrar de algum modo viciado.

Sob essa perspectiva, a decisão, tanto a que cria o ato, quanto a que o controla, caracteriza-se por ser um “ato de fala”<sup>192</sup>, por meio da qual, a partir de texto vigente, gera-se texto novo, elemento essencial à dinâmica de criação do direito. Tomando o direito a partir da perspectiva da decisão jurídica, ato de criação do direito, Gregorio Robles assim se manifesta:

Os atos de fala capazes de gerar texto novo são as decisões jurídicas. O direito se produz pela força da decisão. Sem decisão não há norma nem instituição, não há vida jurídica. Portanto, a decisão, frequentemente menosprezada pela teoria do direito, deve ocupar o lugar que lhe cabe: nada menos que o de criar o texto jurídico. A decisão é o elemento dinâmico do direito.<sup>193</sup>

Sendo ato de fala, a decisão, ou melhor, o ato de incidência e aplicação das normas jurídicas, atrai o estudo semiótico da linguagem, podendo-se decompor este intrigante fenômeno, portanto, a partir dos planos sintático, semântico e pragmático.<sup>194</sup> Até porque, pelo que ensina Clarice von Oertzen de Araújo, partindo do referencial de Charles Sanders Peirce, o direito como um grande processo comunicacional, se utiliza da linguagem das normas, para

<sup>191</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

<sup>192</sup> “O direito surge por meio de decisões jurídicas. São os atos de fala, entendidos como enunciação, as condutas caracterizadoras de tomadas de decisão, cujos resultados são os enunciados normativos postos no ordenamento. Tais decisões é que constituem o aspecto gerador ou dinâmico do sistema do direito, exigindo, para sua realização, que determinado sujeito faça uma escolha entre várias possibilidades. Quem decide o conteúdo de um texto jurídico elege uma opção entre as alternativas existentes, excluindo as demais. Desse modo, toda decisão é contingente”. (TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 250).

<sup>193</sup> ROBLES, Gregorio. **O direito como texto**: quatro estudos de teoria comunicacional do direito. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, p. 3.

<sup>194</sup> ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. **Incidência jurídica**: teoria e crítica. São Paulo: Noeses, 2011, p. 167 e ss.

através de uma nova linguagem, a da decisão jurídica que aplica essas normas jurídicas, interferir na linguagem do social.<sup>195</sup> Nas palavras da própria autora:

Não há incidência ou positivação infalíveis e automáticas no Direito. Ao serem interpretadas, obedecidas e aplicadas as normas jurídicas, em sua condição sónica, entram em semiose e os vários tipos de interpretantes concebidos por Peirce comparecem numa atuação concreta. A representação e a prescrição do comportamento são produtos culturais da convivência social. Não há linguagem onde não houver o homem se comunicando. Portanto, a movimentação das estruturas do Direito, por ocasião do desempenho da ordem normativa vigente, necessita da presença e da intenção humana consubstanciando a comunicação e a semiose.<sup>196</sup>

Fixadas essas premissas iniciais, partimos para o estudo da incidência e aplicação das normas jurídicas, tendo como primeiro ângulo de abordagem o plano sintático.

### 3.1.1. Incidência sob o Ponto de Vista Sintático

Ato administrativo é norma jurídica, no caso, norma jurídica individual e concreta, produto, enunciado, que realiza norma gerais e abstratas, as quais disciplinam o procedimento de edição do respectivo ato, processo de produção, ou ato de enunciação.

Do ponto de vista lógico-sintático, o sujeito emissor do ato administrativo propriamente dito, que pode ser agente estatal ou particular encarregado de cumprir função administrativa, ao reconhecer que um dado acontecimento devidamente ocorrido, com determinação de espaço e tempo, tal como descrito na hipótese de incidência da norma geral e abstrata, subsume o respectivo fato jurídico a esta hipótese, imputando-lhe relação jurídica, tal como descrita no consequente desta mesma norma geral e abstrata.

Pode-se dizer, portanto, que ao subsumir o fato à hipótese da norma, a relação jurídica ao que prescrito no consequente, o sujeito competente realiza duas operações lógico-sintáticas, a de subsunção e a de imputação<sup>197</sup>. Paulo de Barros Carvalho bem explica o fenômeno:

Percebe-se que a “incidência jurídica” se reduz, pelo prisma lógico, a duas operações formais: a primeira de subsunção ou de inclusão de classes, em que se reconhece que

<sup>195</sup> “Partindo-se da premissa de que a linguagem constitui a realidade, todo e qualquer acontecimento consistente no esforço humano canalizado para produção de uma mensagem jurídica pressupõe uma linguagem que o constitui como tal, tornando-o inteligível ao nosso intelecto. Neste sentido, a incidência é tomada como um fato, enunciado linguístico ou linguagem responsável pela intersecção entre os mundos do direito (linguagem jurídica) e da realidade social (linguagem social), assim como a linguagem da experiência, na qual teoria (linguagem científica) e prática (linguagem dos casos concretos) se encontram. Sob esta perspectiva, podemos utilizar os recursos da semiótica e estudar a incidência sob os enfoques: (i) sintático, (ii) semântico e (iii) pragmático. São três pontos de vista sobre o mesmo objeto, o que torna a análise do fato-incidência muito mais rica.” (CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 443-444.

<sup>196</sup> ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. **Semiótica do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 69.

<sup>197</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 444-448.

uma ocorrência concreta, localizada num determinado ponto do espaço social e numa específica unidade de tempo, inclui-se na classe dos fatos previstos no suposto da norma geral e abstrata; outra, a segunda, de implicação, porquanto a fórmula normativa prescreve que o antecedente implica tese, vale dizer, o fato concreto, ocorrido *hic et nunc*, faz surgir uma relação jurídica também determinada, entre dois ou mais sujeitos de direito.<sup>198</sup>

Observe-se que a incidência, evidentemente, se dá tanto no que diz respeito à edição do ato, quanto no seu controle, em caso de violação à regra de estrutura ou de produção jurídica que dita como o ato administrativo deve ser criado. O que muda, de um caso ao outro, é a hipótese de incidência, tal como dispostas em duas normas distintas, que juntas compõe a norma jurídica em sentido completo, uma que disciplina como o ato deve ser produzido, outra que disciplina, por conta da violação da regra anterior, como o ato deve ser invalidado, ou, como já dito, expulso do sistema.

Subsunção, portanto, é inclusão de classes, vale dizer, inclusão da classe denotativa do fato à classe conotativa da norma, assim como da classe denotativa da relação à classe conotativa da consequência normativa.<sup>199</sup>

### 3.1.2. Incidência sob o Ponto de Vista Semântico

Do ponto de vista sintático, as normas sempre apresentam a mesma estrutura, vale dizer que em todas as unidades do sistema encontraremos a descrição de um fato de possível ocorrência que, uma vez ocorrido no mundo fenomênico, dimana relação jurídica entre dois sujeitos de direito, modalizada com um dos operadores deônticos obrigatório, permitido e proibido. É a premissa da homogeneidade sintática das normas jurídicas.<sup>200</sup>

Contudo, do ponto de vista semântico, os significados das proposições normativas variam de sobremodo a poder cobrir o espectro de conduta humana que se quer regular. É a premissa da heterogeneidade semântica das normas jurídicas, “pelo que os conteúdos de

<sup>198</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11.

<sup>199</sup> Conforme Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin: “*El razonamiento jurídico consiste en establecer los hechos de un caso particular y subsumirlos dentro de la hipótesis de la norma para sacar la conclusión para el caso particular de la norma más los hechos*”. (ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico. In: **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Trotta, 2021, p. 336-337). Em tradução livre: “*O raciocínio jurídico consiste em estabelecer os fatos de um caso particular e subsumi-los dentro da hipótese da norma para tirar a conclusão para o caso particular da norma mais os fatos*”.

<sup>200</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 9.

significação das unidades normativas seriam necessariamente diversos, a fim de que o conjunto pudesse cobrir os múltiplos setores da vida social”.<sup>201</sup>

Assim, do ponto de vista semântico, a incidência caracteriza-se como sendo operação, mas agora para determinar, denotativamente, os conteúdos de significação dos enunciados previstos, conotativamente, nas normas gerais e abstratas.<sup>202</sup>

Para poder interferir efetivamente nas condutas, o direito deve passar do abstrato e geral, para o individual e concreto. E com o ato administrativo, assim como com a eventual sentença controladora, não é diferente.

Diante de enunciados gerais e abstratos, que prescrevem como deve se dar o ato administrativo de desapropriação por utilidade pública, por exemplo, em face de uma determinada propriedade imóvel útil ao interesse público delimitada no tempo e no espaço, o poder público trata de impor o seu direito de expropriar o bem perante o proprietário, tendo como contrapartida o dever de indenizar o proprietário mediante contraprestação prévia, justa e em dinheiro. Ocorrendo o descumprimento do disposto no consequente da norma primária de incidência, com a ausência do pagamento da respectiva indenização, por exemplo, o sujeito prejudicado pode, então, valer-se do disposto em norma secundária, recorrendo ao judiciário para ver respeitado seu direito.

### 3.1.3. Incidência sob o Ponto de Vista Pragmático

Já do ponto de vista pragmático, a incidência, assim como no plano sintático, se perfaz em duas operações. Mas, nesse outro caso, numa primeira operação de interpretação, seja dos enunciados que remontam aos eventos, seja dos que servem de ponto de partida para a construção da norma geral e abstrata a aplicar, e numa outra operação de produção da norma individual e concreta propriamente dita, constituída através da linguagem competente do fato, agora fato jurídico, que remete, então, à correspondente relação jurídica travada entre dois sujeitos de direito.

---

<sup>201</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 9.

<sup>202</sup> “Se restringirmos nossa análise ao campo dos conteúdos normativos, tal atividade se apresentará como uma operação de denotação das significações gerais e abstratas da norma incidida, mediante a qual o aplicador aponta os elementos que se subsomem à amplitude do conceito legislado, concretizando-os. Neste sentido, dizemos que a incidência pode ser vista, sob o aspecto semântico, como uma operação de denotação (ou concretização) dos conteúdos normativos”. (CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009, p. 451).

No escólio de Aurora Tomazini de Carvalho:

Sob o ponto de vista pragmático a incidência pode ser vista como duas operações: (i) uma de interpretação que se subdivide em: (i.a) interpretação dos enunciados probatórios que reportam o aplicador à ocorrência do evento; e (i.b) interpretação do direito (construção da norma a ser aplicada); e (ii) outra de produção da linguagem competente, que relata o fato (constituindo-o como fato jurídico) e instaura o vínculo relacional (obrigatório, proibido ou permitido) entre sujeitos.<sup>203</sup>

Desse modo, o que se verifica é que a decisão, seja ela a que produz o ato, seja a que o controla, por envolver interpretação, termina por envolver valoração, por meio da qual o intérprete elege uma dentre as várias interpretações possíveis, diante do caso posto a sua apreciação. E quanto a este ponto, o que se deve observar é que a decisão jurídica se compõe tanto da decisão em si, ato volitivo, quanto do produto deste ato, este sim vertido em linguagem competente, que vai ingressar no ordenamento jurídico.<sup>204</sup>

À propósito da referida distinção, conhecida a passagem de Fabiana del Padre Tomé que, com o rigor que lhe é peculiar, ensina não se deve confundir o aspecto decisório ou propriamente volitivo da decisão, com o que foi efetivamente decidido, a valoração objetivada, constituída em linguagem, esta sim que ingressa no ordenamento, integrando-o como novo elemento:

(...) a decisão pode ser observada em dois aspectos, indissociáveis entre si: (i) o elemento decisório, puramente volitivo – *noesis*, e (ii) o conteúdo do que foi decidido – *noema*. Enquanto a primeira perspectiva toma como foco o valor em sua subjetividade, a segunda, dirigindo sua atenção ao que se plasmou no texto, centra-se no valor objetivado. É este último, por estar registrado linguisticamente, que ingressa no ordenamento.<sup>205</sup>

Mas outro aspecto de suma importância que se deve notar é que, embora a valoração esteja ligada aos horizontes culturais do intérprete, sua ideologia, suas pré-compreensões, que não se dá de modo solto, desregrado, puramente subjetivo, havendo de ser guiada por critérios racionais, mas, sobretudo, jurídicos.<sup>206</sup> E isto tanto no que diz respeito à valoração dos

<sup>203</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 451.

<sup>204</sup> “Tradicionalmente se distinguem três planos da linguagem: o plano da sintaxe, cujo objeto é constituído pelo estudo da estrutura formal da linguagem por meio da análise lógico-linguística; o plano da semântica, que tem por objeto averiguar o sentido das proposições; e o plano da pragmática, cuja finalidade consistem em pesquisar o uso das expressões linguísticas. Igualmente podemos assinalar três níveis na investigação filosófica da linguagem dos juristas: a análise lógico-formal das proposições jurídicas, a investigação dos conteúdos de sentido destas enquanto configuram uma ordem determinada, e a indagação da linguagem utilizada no processo de decisão. Respectivamente correspondem ao que se pode chamar de Teoria do Direito, Teoria da Dogmática Jurídica e Teoria da Decisão jurídica”. (ROBLES, Gregório. **As regras do direito e as regras dos jogos**: ensaio sobre a teoria analítica do direito. São Paulo: Noeses, 2011, p. 287).

<sup>205</sup> TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 271.

<sup>206</sup> Para Bianor Arruda, a decisão no sentido formal “constitui-se na escolha entre duas ou mais possibilidades de ação, a qual é levada a termo com base em um critério, que é função da finalidade da ação”. Na sua visão, a decisão ou deliberação identifica-se com a valoração em sentido amplo, que “envolve avaliação, a valoração, e a escolha do objeto da decisão”. Haveria então uma diferença entre a avaliação, “comparação entre objetos, segundo

enunciados que relatam o evento, ligados intrinsecamente a matéria de prova, quanto à valoração dos enunciados que remetem à norma jurídica que se vai aplicar.<sup>207</sup>

A respeito da decisão jurídica, tomada sob este enfoque,<sup>208</sup> a doutrina diferencia, de um lado, a fundamentação enquanto “construção de sentido da linguagem”, vale dizer, exposição dos “elementos que possibilitaram a deliberação que dela resultou”<sup>209</sup> e, do outro, a justificação da decisão, enquanto demonstração “da correção dos critérios utilizados na fundamentação da decisão”.<sup>210</sup>

Em toda decisão jurídica, portanto, enquanto ato de aplicação e criação do direito, tem-se essas duas operações, que, embora distintas, compõe a decisão, a saber a fundamentação<sup>211</sup> e a justificação.<sup>212</sup> Sendo que são essas duas operações que possibilitam tanto a produção normativa, quanto, de modo até mais importante, o seu controle.

---

determinado critério”, e a valoração em sentido estrito, “operação de qualificação do objeto em positivo ou negativo, segundo determinado critério, em função de determinada finalidade”. O que o autor chama a atenção é que o elemento que possibilita a avaliação, a valoração e a escolha é “o critério”, já que é este que estabelece relação de pertinência entre o objeto da decisão e o referencial cultural ou sistema de referência que compõem o “horizonte interpretativo do sujeito da decisão”. No caso das decisões jurídicas, dentre as quais situa-se a decisão judicial, o direito é que constitui o sistema de referência, a partir do qual se deve decidir. Conforme pontifica o autor, o direito, ou a norma jurídica em sentido amplo, trata-se, portanto, de “critério fixo e definido “a priori””. (BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?** São Paulo: Noeses, 2018, p. 67-68).

<sup>207</sup> “A interferência valorativa sofrida pelo julgador não autoriza, entretanto, decisões puramente subjetivas. Não obstante a subjetividade seja imanente a qualquer atitude criadora do direito, esta há de ser guiada, também, por fundamentos racionais. Nessa esteira, o ordenamento brasileiro exige que sejam expostos os motivos que levaram ao ato decisório, baseados nos elementos constantes dos autos processuais”. (TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 271).

<sup>208</sup> Referindo-se aos elementos e operações que compõem o processo de decisão judicial, mas que pensamos podem ser transpostos para as decisões jurídicas em geral, Bianor Arruda traz a seguinte análise explicativa: “De acordo com a visão do fenômeno jurídico que vimos expondo, para construir a decisão judicial, o magistrado necessita, pelo menos, de: (I) um enunciado normativo válido que funcionará como critério central de suas sucessivas e encadeadas conclusões; (II) um processo de construção interpretativa da norma jurídica válida; (III) um processo de reconstrução dos fatos a partir da narrativa constante dos autos; (IV) um procedimento dialético que assegure a participação das partes em conflito; (V) a qualificação jurídica dos fatos com base na norma jurídica construída e nos fatos tidos como provados; (VI) um texto argumentativo válido capaz de justificar todas as conclusões parciais, condutoras da conclusão final da decisão judicial; (VII) a elaboração da norma jurídica de decisão”. (BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?** São Paulo: Noeses, 2018, p. 107-108).

<sup>209</sup> BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?** São Paulo: Noeses, 2018, p. 133-135.

<sup>210</sup> BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?** São Paulo: Noeses, 2018, p. 249.

<sup>211</sup> “Para manter-se no ordenamento, no entanto, a interpretação autêntica deve ter como base enunciados jurídico-positivos. Isto significa que o aplicador, ao objetivar suas escolhas, deve relacionar os conteúdos significativos construídos a enunciados prescritivos do sistema, ou seja, deve fundamentar sua decisão na ordem vigente. Este é um limite objetivo da interpretação, aparente na positivação”. (CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 465).

<sup>212</sup> “Outro limite objetivo é a justificação jurídica da decisão. Justificar uma decisão é mostrar as razões utilizadas para fundamentá-la, ou seja, é indicar o contexto da fundamentação, os motivos pelos quais se utilizou de uma fundamentação em detrimento de outras. A justificação serve de base para reconstituição do caminho seguido pelo aplicador e também deve ser jurídica, isto é, deve apresentar-se com consonância com outras significações do

### 3.2. Entre a Fundamentação e a Justificação da Decisão

A respeito da fundamentação e da justificação das decisões jurídicas, de modo didático, como de costume, Aurora Tomazini de Carvalho, se valendo oportunamente dos exemplos do ato administrativo e da sentença judicial, assim vai se pronunciar:

Como conteúdo dos atos de aplicação, encontramos as fundamentações e justificações: (i) do fato; e (ii) do direito. A primeira indica os enunciados (probatórios) tomados como relevante para constituição do fato jurídico e as razões da escolha daqueles fatos. A segunda, os enunciados jurídico positivos utilizados na composição da norma aplicada e as razões da escolha daquela norma. Tomemos qualquer ato de aplicação, como por exemplo uma sentença, ou um ato administrativo e, além do dispositivo (que contém a norma individual e concreta), indispensavelmente neles constarão: (i) a fundamentação do fato, consistente na indicação dos enunciados factuais, constantes do processo que influenciaram a convicção do aplicador para conformação do fato jurídico; (ii) a justificação do fato jurídico, consistente nas razões que levaram o aplicador a utilizar aqueles enunciados factuais e não outros, na conformação do fato jurídico; (iii) a fundamentação jurídica, onde é apontada a legislação tomada como base para construção da norma aplicada e a (iv) justificação jurídica, consistente nas razões que levaram o aplicador a utilizar-se daquela legislação e não de outra. Tanto a fundamentação e justificação do fato, como a fundamentação e justificação do direito possibilita-nos reconstruir a valoração da decisão e, com isso, atacar o ato produzido.<sup>213</sup>

Como se vê, qualquer ato de aplicação do direito, para o que nos interessa ato de aplicação que resulta num determinado ato administrativo ou numa determinada sentença judicial, pressupõe a fundamentação, no sentido de expor os enunciados fáticos, a partir do qual o aplicador constituirá o fato jurídico, assim como os enunciados jurídicos, matéria prima para a construção da norma jurídica incidente no caso posto ao seu deslinde.

Pode-se dizer, portanto, com certa tranquilidade, que toda decisão jurídica, da qual a decisão administrativa e a decisão judicial são espécies, pressupõe fundamentação. E se assim o é, até para poder dar o devido sentido aos elementos que fundamentam a decisão, todo ato de aplicação pressupõe interpretação. Mesmo porque o direito não é algo dado, preconcebido, mas sim interpretado, construído, por todo sujeito que se põe diante dos enunciados prescritivos, seja os que dizem respeito aos fatos, seja os que dizem respeito às normas propriamente ditas, procurando dar-lhes o devido conteúdo, sentido e alcance.<sup>214</sup>

Quanto a esse ponto, verifica-se que o construtivismo lógico-semântico possui uma muito bem assentada teoria da interpretação, forjada no âmbito do direito tributário, mas que

---

sistema”. (CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 466).

<sup>213</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 498-499.

<sup>214</sup> “(...) conhecer o direito é, em última análise, compreendê-lo, interpretá-lo, construindo o conteúdo, o sentido e o alcance da comunicação legislativa”. (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3ª. ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 184).

encontra foros de generalização suficiente para ser aplicável em qualquer subdomínio do direito.

Sobre a teoria hermenêutica do construtivismo lógico-semântico, pressuposto necessário para a teoria construtivista da decisão, conjuntamente com uma teoria dos valores, talvez o estudo sistematizado e mais aprofundado à propósito do tema tenha sido empreendido por Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro Pacobahyba, que dedicou todo um valioso capítulo de sua obra para a referida empresa.<sup>215</sup>

A autora ressalta as possibilidades ofertadas pelo construtivismo a respeito do fenômeno jurídico, tendo em vista que o referido método de análise do direito deita raízes não só no campo estritamente jurídico, mas na Filosofia, na Semiótica, além de se utilizar do ferramental da Lógica, os quais servem para subsidiar e conferir maior rigor ao raciocínio jurídico, tudo isso dirigido a *práxis* jurídica.

Prosseguindo, a autora reparte sua abordagem em três partes, sendo a primeira uma aproximação dos signos “interpretação”, “sentido” e “alcance”; a segunda entorno dos axiomas da “intertextualidade”, “interdisciplinariedade” e “inesgotabilidade”. Por fim, sua especulação se dirige ao “percurso” ou “trajetória geradora de sentido”, atividade que se realiza nos quatro planos em que se apresenta o direito, tal como proposto por Paulo de Barros Carvalho, e tal como já expomos em linhas gerais, quando tratamos do referencial teórico.<sup>216</sup>

Para o que aqui nos interessa, nosso foco de análise se centra nos dois primeiros recortes propostos, até o ponto em que chegaremos à questão da justificação das decisões jurídicas, ponto central da nossa exposição.

No que diz respeito à “interpretação”, pontua a autora que o construtivismo tem por objeto próprio o direito positivo, com a finalidade de aplicar esse direito, que, como visto, manifesta-se em linguagem, mas difere da linguagem que o explica, dado seu caráter prescritivo. Adverte, contudo, Pacobahyba “que, a pretexto de descrever, o cientista do Direito

---

<sup>215</sup> Trata-se do Capítulo 8 de sua tese de doutorado, o qual remete, por sua vez, ao item 17, Capítulo I, da obra “Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência” e ao Capítulo 3, Primeira Parte, da obra “Direito Tributário, linguagem e método”, ambas de autoria de Paulo de Barros Carvalho e que vêm sendo trabalhadas ao longo do presente texto. (PACOBABHYBA, Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro. **Construtivismo lógico-semântico, entre o passado e o futuro**: movimentos da hermenêutica jurídico-tributária brasileira. São Paulo: 2019, p. 225 e ss).

<sup>216</sup> Vide Capítulo 1, item 1.6.



também executa construções, utilizando-se do texto normativo, que é sempre ato de decisão, e cujo substrato material é controlado pela linguagem”.<sup>217</sup>

O que se deve ter em mente é que, para o construtivismo, a interpretação não trata de extrair os sentidos dos textos, como se ali já estivessem encapsulados, esperando apenas que alguém lhes retirasse a “capa protetora”, posição essa amplamente difundida no meio doutrinário. A partir do direito enquanto objeto, o texto, ato de decisão, o intérprete vai sim construir os “sentidos” possíveis, dentro de um determinado contexto que define seu “alcance”, utilizando-se de “signos para construir outros signos, em um sem-cessar de expressões”, numa sistemática de “autorreferencialidade”. Conforme a referida autora, “interpretação e construção se fundem, na qualidade de processo”.<sup>218</sup>

Voltando o olhar para a “interdisciplinariedade”, a autora chama a atenção para o fato de que a teoria interpretativa do construtivismo sofre visíveis influências de outros campos do saber, notadamente da Filosofia da Linguagem, que desde Wittgenstein, promoveu o chamado “giro linguístico”<sup>219</sup> na teoria do conhecimento, ocasionando verdadeira mudança de paradigma filosófico, “da consciência para a linguagem”.<sup>220</sup>

Tal influxo, mais perceptível nos movimentos do neopositivismo lógico e no positivismo normativista, é captado pelo construtivismo como referencial de base para enxergar o direito. Observando-se ainda que o método que ora se analisa, caracteriza-se por ter nítidos traços “culturalistas”, o que faz com que o direito seja integrado pelo “historicismo” e pela “axiologia”<sup>221</sup>, em um movimento que aponta para seus dois outros axiomas, quais sejam a “intertextualidade”, enquanto diálogo que os textos, passados, presentes e futuros, promovem entre si<sup>222</sup>, e a “inesgotabilidade de sentidos”, já que, porque vertido em linguagem, o direito

<sup>217</sup> PACOBAHYBA, Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro. **Construtivismo lógico-semântico, entre o passado e o futuro: movimentos da hermenêutica jurídico-tributária brasileira**. São Paulo: 2019, p. 228.

<sup>218</sup> PACOBAHYBA, Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro. **Construtivismo lógico-semântico, entre o passado e o futuro: movimentos da hermenêutica jurídico-tributária brasileira**. São Paulo: 2019, p. 230.

<sup>219</sup> Sobre o chamado “giro linguístico”, ver: CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 12. RORTY, Richard. **El giro lingüístico: dificultades metafísicas de la filosofía lingüística**. Barcelona: Ediciones Paidós, 1998, p. 45 e ss.

<sup>220</sup> PACOBAHYBA, Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro. **Construtivismo lógico-semântico, entre o passado e o futuro: movimentos da hermenêutica jurídico-tributária brasileira**. São Paulo: 2019, p. 237.

<sup>221</sup> “(...) a qual demonstra uma abertura a influxos de outras correntes, seja da Sociologia Jurídica, como é o caso da Teoria Geral dos Sistemas Sociais, de Niklas Luhmann; seja da Semiótica, com suporte em Charles Sanders Pierce, John Austin, Lúcia Santaella e Clarice von Oertzen de Araújo; seja da Escola Retórica do Direito, com João Maurício Adeodato e Torquato Castro Júnior”. (PACOBAHYBA, Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro. **Construtivismo lógico-semântico, entre o passado e o futuro: movimentos da hermenêutica jurídico-tributária brasileira**. São Paulo: 2019, p. 239).

<sup>222</sup> Paulo de Barros Carvalho aponta que o axioma da “intertextualidade” pode se expressar com referência estrita ao jurídico ou intrajurídico, bem como com referência ao jurídico, mas numa concepção larga, por meio do qual receberia influências de outras áreas que tomam o direito sob diferentes ângulos de análise. Nas suas palavras:

permite seja sempre reinterpretado, sendo que esses dois últimos axiomas serviriam para imposição de “limites para a tarefa interpretativa”.<sup>223</sup>

No que toca os referidos limites interpretativos, Paulo de Barros Carvalho traz um excerto que vale a pena ser transcrito:

Os predicados da inesgotabilidade e da intertextualidade não significam ausência de limites para a tarefa interpretativa. A interpretação toma por base o texto: nele tem início, por ele se conduz e, até o intercâmbio com outros discursos, instaura-se a partir dele. Ora, o texto de que falamos é o jurídico-positivo e o ingresso no plano de seu conteúdo tem de levar em conta as diretrizes do sistema.

E prossegue o autor, com uma passagem que nos interessa ainda mais de perto:

Em princípio, como bem salientou Kelsen, teríamos molduras dentro das quais múltiplas significações poderiam ser inseridas. Mas esse é apenas um ponto de vista sobre a linguagem das normas, mais precisamente aquele que privilegia o aspecto **sintático** ou **lógico**. Claro está que, no processo de produção normativa, os aplicadores estarão lidando com os materiais semânticos ocorrentes na cadeia de posituação, pois não teria cabimento prescindir dos conteúdos concretos, justamente aqueles que se aproximam das condutas interpessoais, postulando implementar os valores e as estimativas que a sociedade adota.<sup>224</sup> (grifamos).

A grande questão aqui é que, ao lado da fundamentação, toda decisão jurídica, seja a que põe o ato, seja a que o controla, enquanto ato de aplicação e criação do direito, pressupõe igualmente justificação, matéria esta afeta não só aos aspectos lógico-sintáticos e semânticos, mas, sobretudo, pragmáticos da linguagem normativa.

E tal pressuposição se acentua na medida em que o direito administrativo, por conta do movimento de constitucionalização, se encaminhou de um conceito oitocentista de “legalidade”, a legalidade estrita, para um conceito mais abrangente de “juridicidade”, que, ao prescrever que o ato administrativo se submete não só ao império da lei, mas da lei e do direito<sup>225</sup>, acaba por trazer como parâmetro de controle dos atos administrativos essencialmente

---

“(…) é preciso dizer que a intertextualidade no direito se apresenta em dois níveis bem característicos: (i) o estritamente jurídico, que se estabelece entre os vários ramos do ordenamento (intertextualidade, interna ou intrajurídica); e (ii) o chamado jurídico em acepção lata, abrangendo todos os setores que têm o direito como objeto, mas o consideram sob ângulo externo, vale dizer, em relação com outras propostas cognoscentes, assim como a Sociologia do Direito, a História do Direito, a Antropologia Cultural do Direito etc. (intertextualidade externa ou extrajurídica). Quanto ao “direito comparado”, tanto cabe na primeira classe quanto na segunda, dependendo da perspectiva em que se coloca o sujeito do conhecimento”. (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 195).

<sup>223</sup> PACOBAHYBA, Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro. **Construtivismo lógico-semântico, entre o passado e o futuro: movimentos da hermenêutica jurídico-tributária brasileira**. São Paulo: 2019, p. 240.

<sup>224</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3ª. ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 194.

<sup>225</sup> BRASIL. Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito;”.

os princípios jurídicos,<sup>226</sup> construções textuais com força cogente das quais se passou a derivar direitos, mas dotadas de intensa indeterminação, vagueza, ambiguidade e porosidade.<sup>227</sup>

E aqui parece residir o cerne da discussão, pois, em que pese o construtivismo, repita-se, ter uma muito bem assentada teoria da interpretação, a informar como deve se dar a fundamentação, seu olhar, por conta das influências do positivismo normativista kelseniano, se volta muito mais ao aspecto sintático e semântico de validade da norma, de modo que remanesce em aberto o estabelecimento de um critério explícito de validade pragmática. No ponto, a ausência do referido critério é sentida, notadamente nos chamados “casos difíceis”, os quais, a pretexto de se garantir a efetividade das normas constitucionais, podem descambar para subjetivismos, decisionismos, ou quem sabe até arbitrariedades.<sup>228</sup>

Fabiana del Padre Tomé e Fernando Gomes Favacho<sup>229</sup> buscaram dar uma resposta aos questionamentos sobre a abrangência do construtivismo e possibilidade de emprego, como método para estudo de situações que envolvam a interpretação feita pelos tribunais e outros órgãos julgadores, indagações estas que inclusive advém da própria denominação desta escola de pensamento, cujo foco de análise se centraria justamente no aspecto “lógico-semântico”.

Após discorrerem sobre a influência da linguagem para a escola, pendem para a desambiguação do termo “pragmático”, informando que não se deve confundir o “pragmático” linguístico utilizado na Teoria do Direito com o pragmatismo jurídico desenvolvido por Oliver

---

<sup>226</sup> Sobre o controle dos atos administrativos à propósito dos princípios, ver: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 160. FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 19. MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração Pública**. São Paulo: Dialética: 1999, p. 105.

<sup>227</sup> “(...) se o exame for realizado a partir da estrutura linguística dos enunciados de uns de outros, diferentemente do que ocorre com o critério sintático, a diferença entre regras e princípios é visível, aliás, este aspecto é marcante para diferenciar essas duas categorias normativas. As regras, em geral, são escritas mediante o emprego de orações, períodos e frases que não utilizam palavras e expressões vagas, ambíguas e porosas, mas, ao contrário, utilizam termos com grau de saturação em seu significado que proporcionam à comunidade, especialmente a jurídica, um alto nível de concordância e uniformidade de compreensão em relação a eles. Os princípios, por sua vez, por se valerem de termos ou palavras vagas, ambíguas ou porosas, frequentemente desafiam discussões em torno do sentido, do alcance e/ou do significado histórico, tradicional ou ideológico de suas palavras, orações, períodos e frases, bem como sua contextualização com as demais normas do ordenamento jurídico. (BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?** São Paulo: Noeses, 2018, p. 288-289)

<sup>228</sup> “Na base dessa tentativa de superação dos problemas destacados [compromisso com a efetivação das normas constitucionais e com a busca de superação do decisionismo], está a necessidade do desenvolvimento de um critério pragmático de validade da norma jurídica, que venha a se somar aos critérios sintático e semântico, estes relacionados apenas aos textos das normas ou enunciados normativos”. (BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?** São Paulo: Noeses, 2018, p. 279).

<sup>229</sup> TOMÉ, Fabiana del Padre; FAVACHO, Fernando Gomes. O que significa pragmático para o construtivismo lógico-semântico: a tríade linguística “sintático, semântico e pragmático” utilizada por Lourival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho na teoria do direito. In: **Revista Quaestio Juris**. vol.10, nº. 01, Rio de Janeiro, 2017. pp. 274-290.

Holmes, Roscoe Pound e Benjamin Cardozo, já que “no pragmatismo jurídico, o poder do legislador (em sentido estrito) passa ao do juiz criador, que procura a melhor decisão sem estar preso em uma moldura de possíveis decisões a serem tomadas a partir da interpretação do texto de lei”, em vista das melhores consequências práticas da decisão. De forma categórica reconhecem que “o Constructivismo lógico-semântico, nesse sentido, não é uma “teoria da decisão consequencialista”, mas, diversamente, um método de apreensão do conhecimento jurídico”, cujo critério para tomada de decisão se dá essencialmente nos conteúdos normativos, construídos, em cada ato de aplicação do direito, a partir dos horizontes culturais do intérprete, naquele instante.<sup>230</sup>

Retornando à condução linguística da sua exposição, informam que, no plano sintático, as normas apresentam a mesma estrutura de hipótese e consequência, no plano semântico, sentidos diferentes para os textos a partir dos quais as normas são construídas, sendo que é justamente no plano pragmático, que não poderia estar ausente na abordagem construtivista do fenômeno jurídico, que se daria inclusive a distinção entre linguagem descritiva e linguagem prescritiva, já que, em última análise, “Prescritivo não é exatamente o enunciado, mas antes o modo de o usar, ou o ato de linguagem executado mediante o seu proferimento”.<sup>231</sup>

Em passagem esclarecedora, afirmam os autores que “A verdade de um termo não é inferida através de suas consequências, nem se condicionam a ela. O estudo do prisma pragmático serve para a construção do conhecimento, e não para atestar sua verdade ou falsidade”. E concluem, para nós reconhecendo uma proximidade do método muito mais com o aspecto semântico do que propriamente pragmático da linguagem, pontuando que “Para o Constructivismo, o estudo da pragmática do direito positivo implica em aprofundar-se na semântica e vice-versa. Um não é o outro, mas um é pelo outro, tendo como foco comum a regulação de condutas entre sujeitos, mediante usos da linguagem jurídica”.<sup>232</sup>

---

<sup>230</sup> TOMÉ, Fabiana del Padre; FAVACHO, Fernando Gomes. O que significa pragmático para o constructivismo lógico-semântico: a tríade linguística “sintático, semântico e pragmático” utilizada por Lourival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho na teoria do direito. In: **Revista Quaestio Juris**. vol.10, nº. 01, Rio de Janeiro, 2017. pp. 282-283.

<sup>231</sup> TOMÉ, Fabiana del Padre; FAVACHO, Fernando Gomes. O que significa pragmático para o constructivismo lógico-semântico: a tríade linguística “sintático, semântico e pragmático” utilizada por Lourival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho na teoria do direito. In: **Revista Quaestio Juris**. vol.10, nº. 01, Rio de Janeiro, 2017. p. 283.

<sup>232</sup> TOMÉ, Fabiana del Padre; FAVACHO, Fernando Gomes. O que significa pragmático para o constructivismo lógico-semântico: a tríade linguística “sintático, semântico e pragmático” utilizada por Lourival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho na teoria do direito. In: **Revista Quaestio Juris**. vol.10, nº. 01, Rio de Janeiro, 2017. p. 287.

Em que pese pensemos que o construtivismo até permita uma abertura para a justificação com base em consequências<sup>233</sup>, o que talvez pode ser conseguido através dos estudos entorno do “percurso gerador de sentido”, da influência hermenêutica filosófica, para quem a atividade hermenêutica não diz respeito simplesmente à “descoberta” de sentido, mas sim a sua “construção”, talvez aqui seja interessante lançar mão de uma teoria propriamente consequencialista de argumentação jurídica, ainda que tal teoria se reserve à justificação da decisão, sem caráter volitivo.<sup>234</sup>

Mas não qualquer teoria, mas sim uma que igualmente compartilhe de influências positivistas, ainda que moderadas, trabalhe o silogismo normativo, ainda que reconheça sua “insuficiência” em alguns casos, notadamente nos chamados “casos difíceis”, assim como não negue lógica às normas, características, ao nosso sentir, essenciais para a compatibilização teórica, ao menos no tocante ao tema em destaque.

A esse respeito, dentre as teorias da argumentação, pensamos que a teoria do raciocínio jurídico do escocês Neil MacCormick seja a que melhor cumpra o referido papel. É sobre ela de que se trata a seguir.

### 3.3. Argumentação Jurídica e a Justificação de Segunda Ordem

Para Kelsen, o direito apresenta-se sob a forma de um sistema dinâmico de normas jurídicas, onde uma norma é válida por ter sido produzida segundo os critérios do ordenamento a que pertence. Para que o direito se mantenha coerente como um todo organizado, uma norma encontra seu fundamento de validade em outra norma, estando num patamar hierarquicamente

<sup>233</sup> Mesmo as teorias mais tradicionais ligadas à hermenêutica e à aplicação do direito, às quais se imputa o estabelecimento de critérios dirigidos não à construção de sentido da norma, mas de sua descoberta, de alguma forma, já mencionavam a consideração de consequências da decisão no processo interpretativo, conforme o seguinte trecho, retirado da clássica obra de Carlos Maximiliano: “Preocupa-se a Hermenêutica, sobretudo depois que entraram em função da exegese os dados da Sociologia, com o *resultado* provável de cada interpretação. Toma-o em alto preço; orienta-se por ele; varia tendo-o em mira, quando o texto admite mais de um modo de entender e aplicar. Quando possível, evita uma *consequência* incompatível com o bem geral; adapta o dispositivo às ideias vitoriosas entre o povo em cujo seio vigem as expressões de Direito sujeitos a exame. Prefere-se o sentido conducente ao *resultado* provável mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática, e seja mais humano, benigno, suave. É antes de crer que o legislador haja querido exprimir o consequente e adequado à espécie do que evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito. Portanto, dentro da letra expressa, procure-se a interpretação que conduza a melhor consequência para a coletividade”. (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 135).

<sup>234</sup> “(...) no âmbito do construtivismo lógico-semântico, apesar de não se ter desenvolvido ainda um critério pragmático de validade (legitimidade) da norma, em razão de a hermenêutica nele desenvolvida ter base na filosofia hermenêutica de Heidegger e na hermenêutica filosófica de Gadamer, entendemos que a conclusão não pode ser outra senão no sentido da argumentação como justificação e sem caráter volitivo”. (BEZERRA NETO, Biano Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?** São Paulo: Noeses, 2018, p. 279, nota 437).

superior àquela a que confere fundamento. As normas não se encontram uma ao lado das outras. Ou seja, a norma que apanha seu fundamento de validade em uma norma superior é inferior a esta. Acontece que este mecanismo de auto implicação das normas jurídicas não poderia ser um processo infinito. Teria que findar numa norma que, lógico juridicamente, pusesse-se no ápice dessa pirâmide normativa, conferindo fundamento de validade ao universo das normas que compõem o ordenamento. O autor austríaco promove, então, uma solução a esta continuidade, por meio da chamada norma fundamental.<sup>235</sup>

O que se deve notar é que, ainda que em alguma medida haja uma determinação ou vinculação de como as normas inferiores devam ser produzidas e, eventualmente, o seu conteúdo, quando o direito é aplicado por um órgão judicial, este tem que fixar o sentido das normas que vai aplicar, vale dizer, tem que interpretar essas normas. No ato de interpretação e aplicação do direito, portanto, haveria uma margem de intelecção cujos limites seriam definidos pelas normas de escalão superior que irão servir, na conhecida ilustração, como um “quadro” ou “moldura” a definir os sentidos possíveis das normas inferiores, dentre elas a decisão judicial.<sup>236</sup>

Embora o próprio Kelsen reconheça o esforço da teoria tradicional da interpretação em tentar obter a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma superior aplicada, entende que tal empreitada seria uma “auto-ilusão contraditória”, pois iria contra ao próprio pressuposto da interpretação. Para o jurista, a questão de saber qual interpretação correta dentro das possibilidades a aplicar não seria sequer uma questão de teoria do direito, mas sim de política do direito. Ao comparar a atividade do legislador a do juiz, assim como não se poderia obter uma lei única justa ou correta a partir da constituição, não se poderia obter uma única sentença justa ou correta a partir da lei. Aliás, a diferença entre essas duas atividades, no essencial, não seria sequer qualitativa, já que ambas interpretam e aplicam o direito, mas sim quantitativa, diferindo apenas quanto ao grau de liberdade criativa do aplicador, maior para o legislador e menor para o juiz, à medida em que o direito vai, dinamicamente, se concretizando e individualizando.<sup>237</sup>

Para Kelsen, portanto, a interpretação judicial não seria um “ato de conhecimento” ou, pelo menos não poderia ser explicado através de conhecimentos prévios à decisão, mas sim um “ato de vontade” da autoridade competente, uma interpretação autêntica realizada pelo juiz ao

---

<sup>235</sup> Vide Capítulo 1, 1.7.3.

<sup>236</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 390.

<sup>237</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 393.

mesmo tempo aplicador e criador do direito, que justamente a distinguiria de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da ciência do direito.<sup>238</sup>

Desse raciocínio é derivada uma das ideias basilares do positivismo normativista, de que, ao exercer o seu mister, ao juiz seria conferida discricionariedade forte, notadamente nas opções valorativas em que o sistema não traz uma resposta satisfatoriamente clara, não devendo fundamento ao resultado da sua interpretação em última instância, que não sua própria consciência. É o chamado não-cognitivism ético, vale dizer, a crença de que todos os valores são relativos, o que resultaria na relatividade ou mais apropriadamente na subjetividade das decisões práticas que necessitem de valorações, dentre elas, as decisões jurídicas.<sup>239</sup>

A partir da segunda metade do século passado, surgem, então, com o propósito de oposição a este “ceticismo” ou “relativismo interpretativo”, as teorias da argumentação no direito.<sup>240</sup> Se para o positivismo jurídico a teoria cabia tão-somente descrever analiticamente o fenômeno, sem que o cientista do direito fosse capaz de influir no objeto, para as teorias da argumentação à ciência do direito caberia não só explicar ou descrever o fenômeno, mas, principalmente, justificá-lo.<sup>241</sup>

Tendo em vista este avanço teórico e em referência à filosofia das ciências, Manuel Atienza oportunamente se utiliza da diferenciação que se dá entre o “contexto da descoberta” e o “contexto da justificação”. O primeiro diz respeito a simplesmente descobrir ou enunciar uma teoria, o que não passaria sequer por uma análise do tipo lógica, enquanto o segundo diz respeito à justificação ou a sua validação, o que demandaria, além de uma análise do tipo lógica, a possibilidade de refutação da teoria, característica inerente ao método científico. Para este autor, essa diferenciação poderia ser transposta para a argumentação em geral e para a argumentação jurídica em particular, a partir de duas perspectivas distintas. De um lado, a primeira estaria relacionada aos modelos teóricos que procuram explicar o processo de tomada de decisão a que

<sup>238</sup> Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 394.

<sup>239</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; MAIA, Antônio Cavalcanti. Argumentação como justificação: em busca de uma definição comum para as teorias da argumentação jurídica contemporâneas. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 358.

<sup>240</sup> “Tais teorias partem do fato de que as decisões jurídicas devem e podem ser justificadas, e nesse sentido se opõem tanto ao determinismo metodológico (as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque procedem de uma autoridade legítima e/ou são o resultado de simples aplicações de normas gerais) quanto ao decisionismo metodológico (as decisões jurídicas não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade)”. (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 8).

<sup>241</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; MAIA, Antônio Cavalcanti. Argumentação como justificação: em busca de uma definição comum para as teorias da argumentação jurídica contemporâneas. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 359.

se chega, em parte, mediante o uso de argumentos, enquanto, do outro, a segunda estaria relacionada a de outras disciplinas que estudam sob que condições se pode considerar justificado um argumento, no caso, o argumento jurídico. As teorias da argumentação jurídica se situariam justamente nesta segunda perspectiva, ou seja, tais teorias, embora possuam pretensão de descrever o processo de justificação da decisão, procuram ainda, de modo mais ambicioso, prescrever como esta decisão deveria ser justificada.<sup>242</sup>

Conforme Robert Alexy, à propósito do problema envolvendo a justificação das decisões jurídicas, “a pergunta é onde e em que medida são necessárias valorações, como deve ser determinada a relação dessas com os métodos de interpretação jurídica e com os enunciados e conceitos da dogmática jurídica, e como podem ser racionalmente fundamentadas ou justificadas essas valorações”.<sup>243</sup>

Dessa forma, se é certo que o fenômeno jurídico se desenvolve mediante o uso de argumentos, seja na esfera descritiva da ciência que o estuda, seja na esfera das decisões jurídicas que põem fim aos casos em litígio, por exigência de legitimidade, tal uso deve se dar através de parâmetros que permitam aferir a sua correção e possibilitar o seu controle, exigência esta basilar nas sociedades civilizadas fundadas sob o ideal de democracia.<sup>244</sup>

É neste contexto de procura por racionalidade no emprego de argumentos na justificação das decisões jurídicas que surge outra teoria que, ao lado da teoria de Alexy, é considerada uma teoria padrão da argumentação jurídica<sup>245</sup>, qual seja, a teoria do raciocínio jurídico do escocês Neil MacCormick.

<sup>242</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 7. Bianor Arruda adverte que, embora assemelhadas, a diferenciação entre fundamentação e justificação não deve ser confundida com a diferenciação entre “contexto da descoberta” e “contexto da justificação”, tal qual referido por Atienza. Sobre essa questão, que não constitui assunto aqui tratado, nem interfere na nossa exposição, vide: BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?** São Paulo: Noeses, 2018, p. 279, nota 389.

<sup>243</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 22.

<sup>244</sup> “O raciocínio é o de que, quanto mais democracia, maior a demanda por argumentos que justifiquem as decisões de poder”. (CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento público e controle de constitucionalidade: argumentação consequencialista nas decisões do STF**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2016, p. 18.). Em referência específica à interpretação constitucional: “Em suma, o controle da racionalidade do discurso jurídico suscita questões diversas e complexas, que se tornam tanto mais graves quanto maior seja a liberdade concedida a quem interpreta. No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: que é o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição da conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida”. (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: instrumentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 367).

<sup>245</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 8.



Como visto, uma concepção de direito para os positivistas é que as normas se relacionam umas com as outras, mediante regras de coordenação horizontal e subordinação vertical. Nesse plano, o direito toma a forma de sistema dinâmico de normas jurídicas. Se de cima para baixo as normas superiores vão ditando como as normas inferiores devem ser produzidas, de baixo para cima as normas inferiores são consideradas normas jurídicas porque se submetem a uma relação de validade, por ter sido produzidas de acordo com os mandamentos superiores. Até que, em algum momento, esse regresso teria que cessar, já que não poderia se dar ao infinito. O sistema deve pressupor, então, uma norma que fundamenta a validade de todas as demais.

Outra solução possível para este problema, que não a já citada norma fundamental kelseniana, é a chamada norma de reconhecimento formulada por H. L. A. Hart, igualmente teórico de linhagem positivista, para quem esta norma do ponto de vista interno ao direito é o que identifica o direito como tal. Vale dizer, aqueles que se utilizam das regras de um sistema, ao fazê-lo, ainda que implicitamente, manifestam aceitação destas regras como diretrizes para ordenação das suas condutas. Desse modo, “dizer que determinada norma é válida equivale a reconhecer que esta satisfaz a todos os critérios propostos pela norma de reconhecimento e é, portanto, uma norma do sistema”.<sup>246</sup>

Nessa perspectiva, o direito se caracteriza por ser uma ordem normativa institucionalizada, que pressupõe um corpo de normas de conduta regulando a vida das pessoas e a consciência generalizada dessas pessoas de que há normas regulando suas atividades, assim como que as normas do sistema, para caracterizá-lo como tal, estão interconectadas umas com as outras numa relação de implicação mútua. Em caso de conflito, surge a exigência de uma pessoa ou um grupo de pessoas, com autoridade reconhecida por esse mesmo corpo de normas, para que, de modo definitivo, ponha fim ao litígio.<sup>247</sup>

Na visão positivista, portanto, o sistema jurídico seria autossuficiente ou auto implicativo, na medida em que as próprias normas disciplinam como outras normas deveriam ser produzidas e aplicadas. Para esta corrente, o problema da decisão jurídica não seria tanto de interpretação ou aplicação do direito, mas sim de validade desta decisão.<sup>248</sup>

A questão é que, no processo de solução do litígio, as partes interessadas lançam suas alegações para tentar persuadir o terceiro desinteressado, no caso, o juiz ou o tribunal, a respeito

<sup>246</sup> HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 133.

<sup>247</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 4-5.

<sup>248</sup> “Afirmar pretensões e tomar decisões são atos de vontade, e atos de vontade não são obviamente conclusões lógicas derivadas de certos argumentos. Decisões são tomadas, não deduzidas.” (MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 73).

do direito o qual alegam possuir. Contudo, o direito depende de convencimento, o que implica dizer que a mera alegação não basta. Conforme Basile Christopoulos, “ao se afirmar algo, precisa-se de argumentos que iluminem essa afirmação, confirmando-a pela interpretação de fatos e dados, pela exposição de razões, convencendo que a alegação é verdadeira, válida, possível, razoável”.<sup>249</sup>

Por certo, a natureza argumentativa do direito não se resume à alegação das partes. Ao decidir, ao juiz não cabe simplesmente expor ou descrever os motivos pelos quais chegou a conclusão, mas sim deve justificar racionalmente a sua decisão. Como uma das concepções nucleares de sua teoria, muito embora não deixe declaradamente de ter nítidas referências positivistas hartianas, ainda que moderadas, Neil MacCormick vai dizer que “a noção essencial é a de dar (o que se entende por, e é apresentado como) boas razões justificatórias em defesa de reivindicações ou decisões. O processo que vale estudar é o processo de argumentação como processo de justificação”.<sup>250</sup>

Na essência, o referido jurista parte do caráter argumentativo do direito, procurando conciliá-lo com o ideal de segurança e certeza que deve imperar em uma sociedade governada sob o Estado de Direito, proclamando que “a argumentação jurídica precisa ser reconhecida como um caso especial do raciocínio prático em geral, e precisa então conformar-se às condições de racionalidade e razoabilidade que se aplicam a todos os tipos de razão prática”.<sup>251</sup>

Portanto, diferentemente dos seus antecessores positivistas puros, que consideravam a decisão como mero ato de vontade, não completamente determinada pelo silogismo das normas e tratada internamente como justificada pelo simples fato de ter sido produzida validamente de acordo com as normas do sistema a que pertence<sup>252</sup>, MacCormick acredita que, por fazer parte da razão prática em geral, a razão jurídica pode e deve guardar um mínimo de racionalidade, ainda que esta tenha suas limitações.<sup>253</sup> À propósito, o referido autor vai afirmar:

Por certo, um ato de decisão, como qualquer outro ato, não é e não pode ser deduzido de certas premissas, quaisquer que sejam elas. Mas isso não significa que conclusões relevantes para a questão “qual decisão seria justificável em um dado caso?” não possam ser derivadas de premissas relevantes e apropriadas.<sup>254</sup>

<sup>249</sup>CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento público e controle de constitucionalidade: argumentação consequencialista nas decisões do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 20

<sup>250</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 19.

<sup>251</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 23.

<sup>252</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 79.

<sup>253</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, 83 e ss.

<sup>254</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 73-74.

Uma tentativa possível de captar a estrutura da atividade judicante seria, portanto, em saber se dados os argumentos alegados pelas partes em disputa, deve se dar a consequência prevista pelas normas em discussão.<sup>255</sup>

No fundo, tal raciocínio consubstancia o silogismo clássico, típico método subsuntivo, onde dada uma norma que prevê certas consequências para um fato de possível ocorrência no mundo, deve se dar essas consequências caso este fato venha a se concretizar.<sup>256</sup>

Neil MacCormick parte justamente deste raciocínio silogístico, afirmando que, muito embora tal método tenha relevância e possa sim ser utilizado para a resolução dos casos em direito, tal valor se mostra reduzido em alguns casos, notadamente nos “casos difíceis”, já que não abarca todos os aspectos do processo de tomada de decisão.<sup>257</sup>

O que o jurista escocês procura demonstrar é que uma decisão pode até estar formalmente justificada do ponto de vista dedutivo, contudo, embora a validade formal da argumentação possa estar até provada, “a lógica não tem como garantir a veracidade das premissas”.<sup>258</sup> Conforme Manuel Atienza, “a formulação das premissas normativas ou fáticas pode suscitar problemas”, notadamente nos casos difíceis.<sup>259</sup>

A respeito do que entende por casos difíceis, MacCormick aduz, então, que “pode-se contestar a interpretação da norma como uma fórmula verbal estabelecida; pode-se questionar a correta classificação de fatos ocorrentes como representativos ou não dos fatos estipulados na norma formulada; pode-se ainda, finalmente, discutir se alguma norma chega a ser formulável de modo que justifique a reivindicação de um remédio ou penalidade à luz das alegações do

---

<sup>255</sup> “Um processo de avaliação da força relativa de argumentos concorrentes está fadado a ser uma questão, mais ou menos, de opinião, a exigir julgamento”. (MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 20).

<sup>256</sup> Vide item 3.1.1 e Capítulo 1, 1.7.

<sup>257</sup> Dirigindo-se especificamente à MacCormick, Alchourron e Bulygin, com propriedade, vão afirmar que a referida “insuficiência” do silogismo subsuntivo frente à resolução dos casos difíceis não é propriamente um problema lógico, mas sim do uso empírico da linguagem: “*Cabe subrayar que el problema de la subsunción no es un tema específicamente jurídico, sino un problema del uso empírico del lenguaje en general, esto es, de la aplicación de términos generales de un lenguaje a objetos particulares del mundo. En otras palabras, se trata del viejo problema filosófico de la relación entre palabras (generales) y cosas*” (ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico. In: **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Trotta, 2021, p. 337). Em tradução livre: “*Deve-se enfatizar que o problema da subsunção não é uma questão especificamente jurídica, mas um problema do uso empírico da linguagem em geral, ou seja, da aplicação de termos gerais de uma linguagem a objetos particulares do mundo. Em outras palavras, é o velho problema filosófico da relação entre palavras (gerais) e coisas*”.

<sup>258</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 30

<sup>259</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 140.

fato”.<sup>260</sup> De forma organizada, tais problemas corresponderiam, respectivamente, a “problemas de interpretação”, “de classificação” e “pertinência”.<sup>261</sup>

Tendo em vista a insuficiência do método dedutivo, portanto, e considerando que as normas desempenham importante papel no processo de aplicação do direito, mas somente até determinado ponto<sup>262</sup>, o jurista escocês trabalha com a noção de que os casos também deveriam ser resolvidos através do método indutivo, onde se parte do caso concreto para a elaboração de regra geral aplicável aos demais casos que se enquadrem na hipótese em discussão. Tal raciocínio provém da necessidade de universalização das decisões, necessidade esta fundada em princípios muito caros ao autor, quais sejam, os princípios da **justiça formal** e da **igualdade**.

Para MacCormick, “o conceito de justiça é abstrato e formal. A exigência da justiça formal consiste em tratarmos casos semelhantes de modo semelhante, e casos diferente de modo diferente; e dar a cada um o que lhe é devido”.<sup>263</sup>

De fato, os casos jurídicos devem ser analisados por meio de decisões jurídicas que levem em consideração o passado, como ordinariamente se faz, mas igualmente o futuro, tendo em vista o dever institucional de se lançar mão das mesmas razões em casos semelhantes. O autor vai afirmar que “o tribunal que decide um caso específico entre indivíduos deveria levar em conta seu dever, pelo menos seu dever inicial, de decidir o caso em termos compatíveis com decisões anteriores sobre as mesmas questões ou questões semelhantes”.<sup>264</sup>

Por certo, ainda que uma decisão se refira a um certo grupo de pessoas ou de fatos, para que atenda ao requisito da justiça formal pode prescindir de generalidade, mas não de universalidade, ou seja, a capacidade de se tornar precedente para decisões posteriores. Até porque uma decisão pode ser mais particular que outra em um dado contexto<sup>265</sup>, mas ambas

<sup>260</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. XV

<sup>261</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. XV

<sup>262</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 23.

<sup>263</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 93

<sup>264</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 96

<sup>265</sup> Na esteira de R. M. Hare, quando tratou de universalismo e particularismo, MacCormick chamou a atenção para o seguinte ponto: “‘Universal’ contrasta com ‘particular’, e ‘geral’ contrasta com ‘específico’. Este último par de termos admite diferenças de grau, mas não o primeiro. ‘Universal’ e ‘particular’ são propriedades lógicas, enquanto a generalidade e especificidade são propriedades quantitativas. No direito tanto as regras quanto os princípios são universais – como são as decisões sobre o Direito que justificam decisões particulares. Mas algumas proposições normativas são mais gerais que outras. Os princípios jurídicos são normas bastante gerais, que frequentemente competem com outras normas gerais em dilemas práticos. As regras jurídicas são tipicamente mais específicas e imediatamente aplicáveis”. (MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 125).

podem ser universalizáveis, das duas se podendo extrair as razões que serviram ao julgamento (*ratio decidendi*).<sup>266</sup>

Mas esgotado o raciocínio dedutivo e os requisitos formais de argumentação judicial, a questão que surge é como decidir em casos nos quais o direito não fornece uma resposta clara, ou, mais notadamente nos casos em que surgem problemas semânticos de interpretação em que mais de um sentido é admitido como possível, ou mesmo problemas de pertinência em que o problema não consiste simplesmente em interpretar a norma, mas sim em saber se uma determinada norma seria sequer aplicável ao caso, ou inclusive em problemas envolvendo a classificação ou qualificação de fatos previstos em hipóteses normativas.

Em suma, a questão que surge é o que fazer quando “esgotadas as normas sem que esgotemos a necessidade de decisões jurídicas”.<sup>267</sup> Para essas situações, MacCormick estrutura o que chama de critérios de justificação de segunda ordem, onde as possibilidades interpretativas rivais devem fazer sentido não só em relação ao sistema jurídico como um todo, mas em relação ao mundo.<sup>268</sup>

No que diz respeito ao sistema, ainda que boas razões seja despendidas para fundamentar uma decisão, tais razões não seriam aceitas caso contrariassem “alguma norma válida e de caráter obrigatório” deste sistema, vale dizer, caso desrespeitassem o requisito da **consistência**.<sup>269</sup> Por outro lado, é preciso também que ela se remeta ao “valor ou linha de ação inteligível”<sup>270</sup> subjacente a este sistema, ou seja, é preciso que ela seja considerada coerente se avaliada tendo em vista todas as normas do sistema tomadas em seu conjunto. Em suas palavras, “a exigência da coerência é atendida apenas até onde deliberações novas oferecidas possam ser inseridas no âmbito do corpo existente do princípio jurídico geral”.<sup>271</sup>

Nesse sentido, MacCormick sugere que haveria dois tipos de teste para aferir a correção de um argumento quanto à **coerência**, sendo a coerência *narrativa* aquela que “se relaciona à justificação de descobertas de fato e a elaboração de inferências razoáveis a partir de provas”<sup>272</sup>, enquanto que a coerência *normativa* diria respeito à “subordinação comum de um conjunto de leis a um valor ou valores relevantes”<sup>273</sup>.

<sup>266</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 99

<sup>267</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 127

<sup>268</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 131.

<sup>269</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 135

<sup>270</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 135

<sup>271</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 136

<sup>272</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 247

<sup>273</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 250

Vale observar que, para MacCormick, “valores não são apenas propósitos, objetivos ou fins *de facto*”, mas sim “estados de coisas cuja busca é legítima, desejável, valiosa ou mesmo (a escala ascende gradualmente) obrigatória, na condição de propósitos, objetivos ou fins”<sup>274</sup>. Em outras palavras, para o autor princípios são valores, cumprindo, enquanto normas gerais, função explicativa, pois “esclarecem o sentido de uma norma ou conjunto de normas”, e de justificação no sentido de que “se uma norma pode ser subsumida a um princípio, isso significa que ela é valiosa”.<sup>275</sup>

Por fim, completando o seu modelo universalista de correção das decisões judiciais, para o jurista escocês, não basta que estas se deem de modo a respeitar e fazer sentido em relação ao sistema jurídico ao qual pertencem, mas devem igualmente fazer sentido no mundo. A esse respeito, MacCormick elege o critério pelo qual talvez seja mais conhecido, qual seja, o **consequencialismo**.<sup>276</sup>

### 3.4. Consequencialismo como Técnica de Justificação de Segunda Ordem

Quando primeiro tratou do argumento consequencialista, MacCormick afirmou que “há bons motivos para supor que os juízes deveriam examinar e avaliar as consequências de várias deliberações alternativas que lhe estivessem disponíveis em casos que envolvessem o “problema de pertinência”, de “interpretação” ou “de classificação”.<sup>277</sup> Como tese central, o jurista defende que nos casos difíceis, onde a lógica do silogismo e do dedutivismo se mostram evidentemente insuficientes, tais casos seriam resolvidos não só pelos testes de consistência e coerência, mas principalmente pelo teste consequencialista, onde possíveis decisões rivais,

<sup>274</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 250

<sup>275</sup> De acordo com Basile Christopoulos, “é possível interpretar, então, que quando MacCormick fala em princípios, quer dizer valores; os princípios enquanto norma seriam parte da consistência, e não da coerência normativa. Mas isso implicaria dizer que o sistema jurídico recepciona valores por outras formas que não seus princípios e regras”. (CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento público e controle de constitucionalidade: argumentação consequencialista nas decisões do STF**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2016, p. 79.

<sup>276</sup> “Uma parte necessária da justificação dessas sentenças consiste em mostrar que elas não contradizem regras jurídicas validamente estabelecidas. Uma outra parte adicional consiste em mostrar que elas estão apoiadas em princípios jurídicos estabelecidos ou em analogias próximas e razoáveis feitas a partir de regras jurídicas estabelecidas, sempre que algum princípio defensável sustente a relevância da analogia. Mas esses fundamentos de justificação, ainda que sempre necessários, não são de forma alguma sempre suficientes ou conclusivos para favorecer ou afastar uma conclusão possível em um dado caso. O argumento conclusivo ou definitivo de um caso, quando ele ainda permanece aberto após esse teste de consistência e coerência, é um argumento sobre as consequências (...).” (MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 140).

<sup>277</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 165.

igualmente admitidas pelo sistema, seriam comparadas e avaliadas pelo julgador a partir do exame de suas consequências<sup>278</sup>.

Um dos exemplos que o citado jurista se utiliza para ilustrar seu ponto de vista é o conhecido caso *Marbury v. Madison*, em que o juiz Marshall proferiu deliberação no sentido de que a Suprema Corte dos Estados Unidos deveria aplicar as leis somente se estivesse convencido de que elas não desrespeitassem a Constituição. O autor chama a atenção para a argumentação que foi determinante para o desfecho do caso afirmando que “seria inaceitável adotar qualquer doutrina de revisão judicial que envolvesse o tribunal numa conivência com a subversão da definição constitucional do alcance de poder legislativo”.<sup>279</sup> Em outras palavras, se não se admitisse a revisão judicial das leis, a Constituição, que confere os poderes ao legislativo, sucumbiria frente a hipertrofia desses próprios poderes. Haveria, no mínimo, uma contradição lógica decorrente da inversão da supremacia constitucional para a legislativa, além do desarranjo institucional que a decisão rival poderia provocar entre os poderes.

No que diz respeito a possibilidade de justificação de decisões jurídicas a partir de suas consequências, MacCormick procura deixar claro que teorias extremadas, que de um lado aceitam justificações com base exclusivamente em consequências, ainda que remotas, e do outro desprezam qualquer referência a consequências, deveriam ser rejeitadas. Ao adotar uma visão intermediária, o autor afirma que “alguns tipos e alguns conjuntos de consequências devem ser relevantes para a justificação das decisões”.<sup>280</sup> Sobre essa questão, as consequências aceitáveis não são aquelas meramente fáticas ou probabilísticas, já que sua possível ocorrência seria de difícil mensuração ou constatação, e nem mesmo comportamentais, pois é incerto saber se um julgamento afetaria efetivamente um determinado padrão de comportamento, mas sim as consequências universalizáveis voltadas logicamente ao próprio direito.<sup>281</sup> Nesse sentido, as consequências em MacCormick são **jurídicas** ou **normativas**.<sup>282</sup>

Após saber quais consequências considerar, questão sensível é saber como ou com base em quais parâmetros avaliar essas consequências. Neste ponto, o autor retoma a alegação de

<sup>278</sup> Em relação à teoria de MacCormick, “a argumentação jurídica – dentro dos limites marcados pelos princípios de universalidade, consistência e coerência – é essencialmente uma argumentação consequencialista” (ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 154)

<sup>279</sup> MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 167.

<sup>280</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 136.

<sup>281</sup> “Permanece incerto saber se os casos hipotéticos destinados a funcionar como um teste para o princípio aparecerão no final das contas, se a emissão de um julgamento com referência a eles irá alterar ou afetar os padrões de comportamento na comunidade”. (MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 143).

<sup>282</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 142.

que a avaliação jurídica se dá com base em uma pluralidade de valores, e não só sobre um único parâmetro, como “prazer”, “satisfação de preferências”, ou “utilidade”, alegações muito comuns em teorias de linhagem pragmática ou ligadas à análise econômica do direito. Sendo que diferentes ramos do direito focam em valores ou conjunto de valores diferentes, por exemplo o direito da responsabilidade civil foca no “respeito à integridade das pessoas e suas posses”, o direito dos contratos foca na “liberdade das pessoas de perseguirem seus próprios fins, equilibrando a fidelidade aos compromissos com a confiança mútua e boa-fé”<sup>283</sup>, e assim por diante. Numa palavra, “os valores contra os quais devemos testar as consequências jurídicas são aqueles que o ramo do direito em questão considera relevantes”.<sup>284</sup>

Como se vê, a relação necessária entre todos os critérios argumentativos propostos por MacCormick se mostra importante, mas a íntima relação entre a coerência e o consequencialismo se mostra evidente.<sup>285</sup>

Feitas essas considerações, cumpre fazer algumas observações finais. Quando trabalhou a argumentação sobre a interpretação em um sentido mais estrito do termo, ou seja, “quando nos deparamos com alguma situação de dúvida quanto ao sentido, seguida pela resolução dessa dúvida por referência a alguma razão que dê preferência pelo sentido escolhido”<sup>286</sup>, situação, como se vê, que perpassa todo o raciocínio jurídico desenvolvido por MacCormick, este fez uma interessante sistematização a respeito das categorias dos argumentos interpretativos, classificando-se em linguísticos, que seriam “aqueles que recorrem ao próprio contexto linguístico como fonte de razões para preferir uma interpretação a outra”, sistêmicos, que seriam aqueles que olham para o sistema jurídico como sendo o contexto especial do texto dotado de autoridade, de modo a verificar como dar melhor sentido ao texto dentro do seu contexto”, e teleológicos-avaliativos, que seriam “aqueles que olham para os objetivos ou finalidades do texto dotado de autoridade, de modo a verificar como dar melhor sentido ao texto a partir de suas finalidades”.<sup>287</sup>

<sup>283</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 151.

<sup>284</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 152.

<sup>285</sup> A ponto de Atienza fazer a seguinte observação: “(...) ele fala que em geral existe uma interação entre argumentos de coerência e argumentos consequencialistas, mas, ao mesmo tempo, confunde também a distinção entre uns e outros. Por um lado, ele pretende que as decisões jurídicas devem ter sentido com relação ao sistema (argumentos de coerência) e com relação ao mundo (argumentos consequencialistas), mas, por outro lado, entende as consequências de tal maneira que, na realidade, elas se definem com relação ao sistema; a abertura da argumentação jurídica em direção ao mundo social e em direção às ciências sociais é assim, mais aparente do que real; com isso, os possíveis conflitos entre o sistema jurídico e o sistema social ficam eliminados”. (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 179).

<sup>286</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 165.

<sup>287</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 166.



Como o próprio autor pontua, os argumentos teleológicos-avaliativos nada mais seriam que “o consequencialismo com outro nome”,<sup>288</sup> o que, conjuntamente com os argumentos sistêmicos, aproxima em grande medida o modelo teórico argumentativo proposto de uma estruturação racionalizante dos tradicionais métodos ou cânones clássicos de interpretação jurídica, especificamente o método teleológico e o sistemático.<sup>289</sup> Dessa forma, considerando que um dos pontos críticos em relação à argumentação com base nas consequências é sua própria compatibilidade com a autonomia do direito, já que poderia levar a julgamentos com base em critérios extrajurídicos<sup>290</sup>, notadamente econômicos, políticos ou sociais<sup>291</sup>, tal aproximação, aliado ao fato do consequencialismo em MacCormick ser essencialmente jurídico e não meramente fático ou probabilístico, de alguma forma ameniza ou até rechaça a crítica, já que esta técnica de interpretação e aplicação jurídica seria considerada, sob este ponto de vista, inclusive clássica, de acordo com a teoria jurídica tradicional.<sup>292</sup>

Por outro lado, como se pode perceber, questão problemática do raciocínio baseado em consequências são justamente os critérios de avaliação dessas consequências, já que não é fácil extrair do conjunto de normas do sistema, seja somente de uma parte ou principalmente do seu todo, os valores, ou mais apropriadamente os princípios gerais, que devem guiar o intérprete nessa empreitada. Ao tentar responder as perguntas que parecem centrais na tese esboçada, quais sejam “a que valores pode o autor de um argumento jurídico recorrer para mostrar que

<sup>288</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 175.

<sup>289</sup> Pertinentes as observações de Krell, para quem “não existe uma verdade ou “retidão objetiva” jurídica fora do procedimento metódico de interpretação; uma decisão correta precisa ser fundamentada de acordo com os cânones: muitas vezes além deles, mas nunca sem eles”. (KRELL, Andreas. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, 10(1), jan-jun 2014, p. 316). No mesmo sentido Alexy, para quem “a debilidade dos cânones de interpretação (...) não significa que devam ser descartados como sem valor. Mas ela também exclui a possibilidade de usá-los como regras suficientes por si mesmas para a fundamentação das decisões jurídicas.” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 19).

<sup>290</sup> Propondo uma diferenciação entre consequencialismo interno e externo ao direito, a partir da teoria de MacCormick, ver: MOUSSALEM, Tarek Moisés. Argumentação consequencialista na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In SOUZA, Priscila de. **Sistema Tributário Brasileiro e Crise Atual. VI Congresso Nacional de Estudos Tributários**. São Paulo: Noeses, 2009.

<sup>291</sup> “Por consequencialismo entende-se a adaptação das decisões às suas consequências na realidade para as quais são destinadas com flexibilização do entendimento teleológico das normas, na busca de uma justiça transcendente”. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Consequencialismo jurídico e a Constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra; CHALITA, Gabriel; e NALINI, José Renato. (org.) **Consequencialismo no Poder Judiciário**. São Paulo: Editora Foco, 2019. p. 17).

<sup>292</sup> Sobre uma aproximação entre o consequencialismo e os critérios sistemático, razoável e evolutivo de interpretação, ver: DALLARI, Adilson Abreu. Consequencialismo no âmbito do Direito Administrativo. In: MARTINS, Ives Gandra; CHALITA, Gabriel; e NALINI, José Renato. (org.) **Consequencialismo no Poder Judiciário**. São Paulo: Editora Foco, 2019, p. 125-135. Sobre a distribuição dos referidos cânones ou critérios interpretativos nos três planos semióticos da linguagem do direito: “Os métodos literal e lógico estão no plano sintático, enquanto o histórico e o teleológico influem tanto no nível semântico quanto no pragmático. O critério sistemático envolve os três planos e é, por isso mesmo, exaustivo da linguagem do direito”. (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 201).

uma linha possível de julgamento é melhor que outra?” e “poderia ser este um julgamento objetivo, ou seria a avaliação uma questão pura e substancialmente subjetiva?”, Neil MacCormick sugere um conceito-valor superior que talvez não seria menos problemático do que a questão que procura elucidar, qual seja, a “razoabilidade”.<sup>293</sup> No ponto, MacCormick considera pessoas razoáveis como aquelas que “são objetivas”, que “não são consumidas pela paixão por seu próprio interesse ou projeto”, “de tal modo que se tornem incapazes de se distanciar momentaneamente e olhar a situação a partir do ponto de vista de outras pessoas”. Em suma, recorrendo à figura do expectador imparcial, “elas são capazes de julgar seu próprio interesse em contraste com o dos outros, ao menos num grau adequado de imparcialidade”<sup>294</sup>. Evidentemente que o autor reconhece a contingência no critério último da razoabilidade, mas, com propriedade, e sempre tendo como base de apoio uma perspectiva universalizante e imparcial, afirma que “a falta de uma única resposta razoável não é prova de que não haja uma resposta irrazoável”.<sup>295</sup> Assertiva com a qual, por dever de objetivação e possibilidade de correção da justificação judicial, tende-se a concordar.

Por último, outro ponto que não deve ser desprezado e que de alguma forma dialoga com a primeira crítica acima retratada, é a compatibilização do argumento consequencialista que MacCormick faz com as razões de justificação substantivas a que alude Robert Summers. Estas se dividiram em razões de persecução de objetivos ou finalistas (*goal reasons*), que visam prospectivamente assegurar ou produzir um estado de coisas, e razões de correção, que visam retrospectivamente garantir a autoridade de alguma norma que estipula a conduta correta em determinados casos, independentemente de algum objetivo posterior.<sup>296</sup> A questão é que se o argumento consequencialista for interpretado como “co-extensão” das razões de persecução de objetivos surgiria uma incompatibilidade com as razões de correção, a qual não poderia ser tolerada. Por outro lado, tentar interpretar o argumento consequencialista considerando indistintamente às razões de persecução de objetivos e às razões de correção poderia ocasionar confusão e ambiguidades. MacCormick reconhece a dificuldade em traçar uma linha divisória clara entre as duas razões substantivas e em compatibilizar o consequencialismo com ambas, sugerindo mais uma vez de modo conciliador, e este parece ser um traço característico do seu pensamento, que “os objetivos que os juristas deveriam estabelecer adequadamente para eles são, talvez, metas que assegurem que o que é correto prevaleça”.<sup>297</sup> Em outras palavras, “a

<sup>293</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 213.

<sup>294</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 220.

<sup>295</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 222.

<sup>296</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 157

<sup>297</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 157

orientação de acordo com fins a orientação segundo um critério de correção são as duas faces da mesma moeda, pois os fins a levar em conta são, em última instância, os fins corretos de acordo com o ramo do direito de que se trate”.<sup>298</sup>

### 3.5 Por uma Teoria Consequencialista ao Lado da Teoria Construtivista da Decisão

Temos ciência de que a compatibilização proposta entre as duas teorias não é tão simples quanto parece. Pressupõe, a rigor, o aprofundamento de questões tormentosas, que até o presente momento não guardam respostas conclusivas, como o papel da justificação no processo de tomada de decisão; saber até que ponto se pode falar em casos “fáceis” ou “difíceis”, especialmente em se tratando de teorias que trabalham a interpretação como “criação” e não descobrimento de “sentido”; além da infundável discussão entorno da decisão ser tomada ou não como “puro ato de vontade”, influência positivista esta que os estudiosos do construtivismo lógico-semântico, ao que consta, diante do aparente dissenso, terão que se debruçar.<sup>299</sup>

N’outro giro, bem sabemos também que proposta está longe de ser algo inédito ou original, já que os autores ligados ao construtivismo, ao tratar do consequencialismo e o direito, se valem da teoria normativa acima esboçada para justificar sua posição, notadamente nos casos em que o próprio direito chama o decisor ao dever de considerar as consequências da decisão.<sup>300</sup>

<sup>298</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 157.

<sup>299</sup> De um lado, Aurora Tomazini de Carvalho entende que: “A alegação de falta de fundamentação ou justificação jurídica é uma valoração quanto à decisão, que se positivada (autêntica) tem o condão de retirá-la do sistema. É nestes termos que, para nós, uma teoria da argumentação jurídica repousa em critérios de retórica e persuasão. Quando da aplicação, como saber qual a norma adequada? Quem pode dizer qual é a norma adequada? E mais, existe uma “norma adequada”? Juridicamente, a norma que se enquadra ao caso concreto é aquela produzida por uma interpretação autêntica (aplicada), até que outra interpretação também autêntica diga o contrário. Cientificamente, socialmente, moralmente ou politicamente ela pode não ser a significação mais adequada, mais justa, ou certa para resolver o caso concreto, mas para o direito, ela é a norma posta e, portanto, é a que resolve o caso para o sistema”. (CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 466). De outro, Bianor Arruda entende que: “Em suma, no plano do Construtivismo Lógico-Semântico, apesar de indiscutivelmente se apoiar e se apropriar de várias concepções epistemológicas do “positivismo normativista”, a decisão judicial não é vista como puro, um “ato de vontade””. (BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?** São Paulo: Noeses, 2018, p. 345).

<sup>300</sup> O que se verifica nos problemáticos casos de modulação de efeitos em declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos (BRASIL. Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Art. 27), e de modulação de efeitos em casos de alteração de jurisprudência dominante dos tribunais superiores (BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Art. 927, §3º), especialmente em matéria tributária. Sobre o tema, afora o artigo de Tárek Moussalem, acima citado, ver: ARRUDA NETO, Bianor Arruda. Consequencialismo judicial: como entender a modulação das decisões em

Por hora, diante do atual estágio dos nossos estudos, e tendo em vista os modestos limites que esta dissertação pretende se situar, preferimos ficar com aqueles, tal como Beclaute Oliveira Silva, para quem

“Em que pese Kelsen, retirando do campo da ciência jurídica o ato de aplicação, que é uma enunciação, é possível, através da teoria da argumentação, a reintrodução desta categoria para o domínio da ciência jurídica. Assim, para além do ceticismo, recoloca-se a racionalidade no centro da produção jurídica”.<sup>301</sup>

E mais, mesmo que, a princípio, juízos de prognose decisórios não digam respeito, em regra, à decisão jurídica, cujo olhar se volta para o passado, mas sim aos legisladores e aos formuladores de políticas públicas, cujo olhar se volta para o futuro,<sup>302</sup> diante do dispositivo em estudo, de redação ampla, situado topograficamente numa norma superior que prescreve como outras normas devem ser produzidas e controladas, pensamos seja hora de assumir uma teoria consequencialista da justificação ao lado da teoria construtivista da decisão, ao menos até que esta última se encarregue de explicitamente cumprir esse papel, e sem que, para tanto, advirta-se, precise-se lançar mão de um outro modelo de direito, seja de que “ramo” for,<sup>303</sup> e ainda que, repita-se, o caráter valorativo da decisão se restrinja à fundamentação, sendo esta, ao fim e ao cabo, a componente responsável por orientar a sua validade.

Em todo o caso, estamos com Bianor Arruda, no sentido de que a norma que dispõe sobre o consequencialismo, tal como positivada, não pode ser considerada um “cheque em

---

matéria tributária. In: CARVALHO, Paulo de Barros. **XVIII Congresso Nacional de Estudos Tributários. Meio Século de Tradição**. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2021, p. 219-242.

<sup>301</sup> SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 72.

<sup>302</sup> ARRUDA NETO, Bianor Arruda. Consequencialismo judicial: como entender a modulação das decisões em matéria tributária. In: CARVALHO, Paulo de Barros. **XVIII Congresso Nacional de Estudos Tributários. Meio Século de Tradição**. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2021, p. 222.

<sup>303</sup> Propondo “uma teoria da argumentação ao lado da teoria das fontes”, assim como “uma nova concepção de direito tributário”, a partir da teoria de Alfredo Augusto Becker, ver: PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 102-119. Como todo o respeito, ousamos discordar da autora, nas teses sustentadas. O consequencialismo, tal como restou demonstrado ao longo do texto, é técnica de decisão, não dizendo respeito propriamente às fontes do direito, sejam elas ligadas à família do direito civil ou do direito comum, mas sim aos critérios de julgamento de “casos difíceis”. Desse modo, pensa-se que a problemática não esteja bem nas fontes, mas sim no modo como se decide com base nelas. E mais, salvo um melhor juízo, uma leitura franca de MacCormick, referencial igualmente utilizado pela autora, não sugere, em qualquer momento, a alteração da concepção de direito no contexto do caso em discussão, mas sim que as consequências sejam avaliadas sob a ótica dos valores do “ramo” jurídico a que o conflito está sendo submetido. E sendo assim, no caso do direito tributário brasileiro, pensa-se que de modo algum se poderia utilizar “a necessidade de financiar a Administração Pública” (fl. 249 e ss) como razão de decidir, consequência direta desse “novo modelo” proposto, sob pena não só de toda demanda tributária em que figure a fazenda pública ter que ser resolvida em seu favor, já que todos os recursos servem para financiar as atividades públicas, como de subversão dos valores fundantes do sistema constitucional tributário, os quais impõem verdadeiros “limites constitucionais ao poder de tributar”, a proteger o contribuinte em face do Estado e não o contrário (cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 150 e ss).

branco” para o decisor, mas sim uma “regra de autocontenção”.<sup>304</sup> Vale dizer, ao invés de indicar abertura, a nova disposição, para nós, norma de estrutura por excelência, constitui mecanismo de fechamento sistêmico, visando garantir, primordialmente, racionalidade à justificação consequencialista da decisão, seja da que produz o ato administrativo, seja da que o controla.

---

<sup>304</sup>“A regra constante do art. 20 da LINDB não pode ser interpretada, portanto, como um cheque em branco para que juízes substituam os critérios legais de decisão por critérios consequencialistas. Ela deve ser interpretada de forma justamente inversa, ou seja, como regra de autocontenção com relação ao consequencialismo externo (...)”. (ARRUDA NETO, Bianor Arruda. Consequencialismo judicial: como entender a modulação das decisões em matéria tributária. In: CARVALHO, Paulo de Barros. **XVIII Congresso Nacional de Estudos Tributários. Meio Século de Tradição**. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2021, p. 227, nota 10).

## **4. SOBRE O CONSEQUENCIALISMO E O CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO**

### **4.1. Consequencialismo, Produção e Controle do Ato Administrativo na Lei de Introdução**

No primeiro capítulo, discorreu-se sobre o referencial teórico que orienta o trabalho. No segundo capítulo, delimitou-se o conceito de ato administrativo, seus pressupostos e elementos, para fins de melhor visualizar eventuais vícios no seu processo produtivo. No terceiro capítulo, tratou-se do intrincado tema do controle do ato administrativo, a partir de uma análise semiótica das operações de aplicação e incidência, sob o ponto de vista lógico-sintático, semântico e pragmático, tendo sido trabalhada uma teoria da justificação ao lado da teoria construtivista da decisão. Neste quarto capítulo, serão abordados o consequencialismo, a produção e o controle do ato administrativo, tal como prescrito pela Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, manejando os conceitos teóricos até então estudados, buscando uma sistematização própria para as principais questões relacionadas a decisões jurídicas orientadas em consequências, seja a que produz o ato administrativo, seja a que o controla.

Com a nova Lei de Introdução, o dever de considerar as consequências da decisão é norma jurídica devidamente positivada, dirigida ao sujeito produtor do ato administrativo, mais precisamente norma de estrutura, por isso abstrata e geral, que disciplina como deve ser a produção de outras normas, no caso, a norma do ato administrativo como veículo introdutor, além da própria norma introduzida ou, como vimos chamando, o ato administrativo propriamente dito.<sup>305</sup> E tendo em vista que o processo produtivo do ato administrativo culmina com a produção não necessariamente de normas jurídicas, mas sim do correspondente documento normativo, a partir do qual essas normas serão reconstruídas, tanto a que introduz, quanto a que é introduzida, o consequencialismo disciplina ainda o ato, mas só que agora na forma de documento normativo.

---

<sup>305</sup> “Quando Kelsen observa que o sistema jurídico tem a particularidade de regular a sua própria criação, podemos traduzi-lo em termos de sintaxe: o sistema de proposições normativas contém, como parte integrante de si mesmo, as regras (proposições) de formação e de transformação de suas proposições. As normas que estatuem como criar outras normas, isto é, as normas-de-normas, ou proposições-de-proposições, não são regras sintáticas fora do sistema. Estão no interior dele. Não são metassistemáticas. Apesar de constituírem um nível de metalinguagem (uma linguagem que diz como fazer para criar novas estruturas de linguagem) inserem-se dentro do sistema”. (VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 126).

Por oportuno, calha trazer novamente à colação o artigo 20 e seu parágrafo único, na redação dada pela Lei nº. 13.655, de 25 de abril de 2018:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Sendo norma, considerando a estrutura sintática antes estudada, podemos enunciar o consequencialismo enquanto norma primária que disciplina a produção do ato administrativo, da seguinte forma: *dado o fato do sujeito competente, mediante determinado procedimento, produzir o ato administrativo tendo por motivo a concretização de valores jurídicos abstratos, deve ser a obrigação de considerar as consequências práticas da decisão.*<sup>306</sup> Enquanto norma destinada basicamente ao controle processual do ato, norma secundária, que conjuntamente com a primária compõe a norma jurídica de produção completa, pode, por sua vez, ser enunciada da seguinte forma: *se o consequencialismo enquanto norma primária que disciplina a produção do ato administrativo for desrespeitada, o ato viciado deve ser invalidado.*

Mas um ponto que merece ser destacado é que o consequencialismo, enquanto norma de estrutura, porque dirigida não só à esfera administrativa, mas também à controladora e à judicial, é norma primária, só que desta vez dirigida à justificação das decisões tomadas nessas esferas. E se assim o é, pode ser assim enunciada: *dado o fato de o órgão jurisdicional controlar o ato administrativo com base em valores jurídicos abstratos, deve ser a obrigação de considerar as consequências práticas da decisão.* E como norma secundária, que compõe então a norma completa destinada às esferas controladora e judicial: *se o consequencialismo enquanto norma primária que disciplina a decisão jurisdicional for desrespeitada, a decisão deve ser invalidada.* É sobre esta norma de estrutura ou de produção jurídica, suas implicações sobre o processo de produção e controle do ato administrativo de que se trata a seguir.

#### 4.2. Consequencialismo como Norma que Disciplina o Ato como Veículo Introdutor

O consequencialismo, da forma como positivado, é norma jurídica que disciplina o ato como veículo introdutor. Na proposição hipotética, disciplina como devem ser ostensivamente

---

<sup>306</sup> Humberto Ávila formula semelhante construção, embora não mencione as consequências para o seu descumprimento e não reparta as esferas a que a norma é dirigida: “*Se a decisão for proferida com base em valores jurídicos abstratos nas esferas administrativa, controladora e judicial, devem ser consideradas as consequências práticas da decisão*”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 613).

consideradas as consequências da decisão que termina pela prática do ato, dirigindo-se ao motivo, à competência, e ao procedimento, enquanto pressupostos imprescindíveis para tanto.

Na sua proposição tese ou consequente, disciplina como deve ser a relação jurídica de competência para a prática do ato, cujo objeto nada mais é do que o ato propriamente dito, ou, basicamente, a norma jurídica individual e concreta que se quis ver introduzida no sistema, com especial destaque para a motivação, elemento imprescindível, portanto, que enlaça justificadamente o motivo ao conteúdo do ato que se quis ver introduzida no sistema.

#### 4.2.1. Norma que Disciplina o Motivo

De saída, tenha-se que a lei traz em seu texto que o dever de considerar as consequências da decisão não se dá em qualquer contexto, restringindo seu âmbito material de abrangência, exigindo como pressuposto de direito que a decisão administrativa seja aquela tomada com base em “valores jurídicos abstratos”.<sup>307</sup>

Ainda que o sentido e alcance desta confusa expressão mereça ser explicitado, calha enfatizar, desde logo, que o consequencialismo, enquanto técnica de justificação de segunda ordem, agora norma jurídica, devidamente positivada, que complexamente prescreve como o decisor público deve decidir, ao menos posição de contenção a que nos filiamos, é de manejo restrito, não servindo para a aplicação de todo e qualquer tipo de texto prescritivo posto à disposição do intérprete, em todo e qualquer caso.

No detalhe, Edilson Nobre, de modo bastante pertinente afirma que “é preciso notar que o regramento não se volta à generalidade das decisões proferidas nos âmbitos que indica. Reporta-se a uma parcela destas, consistente naquelas em cuja motivação se apoie, de forma essencial, em “valores jurídicos abstratos””.<sup>308</sup> Feita essa breve, mas importante, ressalva, cumpre especificar o sentido da expressão.

##### 4.2.1.1. A Decisão Tomada com Base em “Valores Jurídicos Abstratos”

---

<sup>307</sup>Em posição diversa, aparentemente mais abrangente, da qual se discorda, o Enunciado 5 do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo: “A avaliação das consequências práticas, jurídicas e administrativas é indispensável às decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial, embora não possa ser utilizada como único fundamento da decisão ou opinião”.

<sup>308</sup>NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019, p. 40.



Da simples leitura do dispositivo já é possível perceber a impropriedade técnica do legislador, o que, aliás, perpassa boa parte do conteúdo de toda lei que lhe introduziu no sistema, cuja função primeira seria justamente proporcionar segurança jurídica na aplicação das normas de direito público.

Como visto, toda decisão, como ato de aplicação e criação do direito, é tomada no sentido de concretizar normas abstratas, cuja função primordial é descrever hipoteticamente um fato de possível ocorrência, que uma vez ocorrido no mundo da experiência, venha a irradiar efeitos jurídicos, consubstanciados em uma relação jurídica que enlaça dois sujeitos de direito, em torno de um objeto consistente numa prescrição de conduta entre eles.

Perceba-se que não necessariamente o processo ou ciclo de derivação e positivação do direito implica que no conseqüente de norma concreta tenha que existir dois sujeitos de direito perfeitamente individualizados, bastando que sejam individualizáveis. Até porque, das combinações de normas possíveis, tomando como critério seus destinatários, pode-se ter normas individuais, mas também gerais, tal como é o caso do próprio ato administrativo, tomado como veículo introdutor. No ponto, não há confundir, portanto, generalidade e abstração.<sup>309</sup>

De qualquer modo, a referência ao vocábulo “abstratos”, se não é destituída de sentido deôntico, porque meramente coincidente com a realidade de toda e qualquer decisão jurídica, que concretiza normas abstratas, serve apenas para reforçar o que já vimos descrevendo como o processo de produção e controle das normas jurídicas em geral, e, por via de consequência, do ato administrativo em especial.<sup>310</sup>

---

<sup>309</sup>Ao que parece, promovendo confusão entre os conceitos de “abstração” e “generalidade”, atribuindo a esta última a dificuldade de aplicação normativa e não à primeira: “A abstração e a generalidade das normas gerais propiciam dificuldades relevantes para a determinação da solução efetiva a ser adotada no caso concreto. Essa dificuldade decorrente de pluralidade de soluções possibilitadas pelas normas gerais a serem aplicadas”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Art. 20 da LINDB**: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], p. 13–41, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77648. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em: 1 set. 2022).

<sup>310</sup>À propósito da imprecisão redacional do legislador, trazendo ensinamentos a partir da semiótica, Fabrício Motta e Irene Patrícia Nohara, de forma incisiva e oportuna, apontam: “(...) sempre que se faz uma aplicação jurídica, o valor abstrato é aplicado ao caso concreto. Trata-se de um aspecto básico da hermenêutica, com base na semiótica, pois o conceito abstrato perde sua abstração quando de uma aplicação/manifestação concreta. Exceto em visões absolutamente platônicas, geralmente, é consenso, caso se parta do triângulo semiótico – que engloba os vértices: (a) termo, palavra ou expressão linguística; (b) conceito ou ideia; e (c) manifestação concreta ou fenomênica da realidade –, que a aplicação fenomênica do conceito é sempre concreta, nunca abstrata. Então, o órgão decisor sempre irá se manifestar numa aplicação concreta de valor jurídico abstrato...sendo bastante questionável essa redação: “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos”, visto que a decisão sempre é dada com base em uma aplicação concreta, isto é, baseada na realidade”. (MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no Direito Público**: Lei 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 29).

Por outro lado, todas as decisões em direito, com perdão pela absoluta redundância, são jurídicas, não se admitindo decisões com base em critérios que não observáveis no direito, pelo próprio direito. O direito como subsistema social autônomo que é, em relação a outros subsistemas sociais concebidos entorno de normas de comportamento, tais como a moral, a etiqueta, a religião, os costumes, possui código próprio, o lícito e o ilícito, de sorte que não se pode admitir, a não ser que o próprio direito o permita como tal, o manejo de critérios extrajurídicos no processo de tomada de decisão, quando, então, se tornarão jurídicos.<sup>311</sup>

A referência ao vocábulo “jurídicos”, embora no nosso sentir expletivo, é de todo louvável, já que reafirma a autonomia do direito, prevenindo quanto à racionalização instrumental de consequências meramente políticas ou econômicas, em matérias cuja racionalidade eminentemente jurídica deva prevalecer<sup>312</sup>, como são os casos envolvendo direitos fundamentais.<sup>313</sup> Mas resta então a referência ao vocábulo “valores”. Diante da dificuldade de precisão do conteúdo semântico do vocábulo, este merece tratamento em apartado.<sup>314</sup>

#### 4.2.1.1.1. Precisando o Sentido da Expressão: “Valor” como “Fato”

Conforme já explicitado ao longo do trabalho, o motivo como pressuposto que enseja a prática do ato, mais precisamente pressuposto do fato jurídico criador de ato administrativo, é

<sup>311</sup> “Constituirá o Direito um sistema autopoietico? Poder-se-á considerar que o sistema jurídico constitui um sistema que se reproduz a ele próprio? A resposta não pode deixar de ser um convicto sim. O Direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição autorreferencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiper ciclo”. (TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 53).

<sup>312</sup> “Quando o Estado for tomar as medidas na aplicação do valor abstrato dignidade humana, no tocante ao valor concreto da dignidade das pessoas que estejam em condição de escravidão em uma dada propriedade, não é apropriado utilizar o preceito do art. 20, caput, da LINDB, como argumento que barre medidas desejadas somente com base no fato de que se considerou a dignidade humana em vez das consequências práticas econômicas que recaem sobre a atividade econômica explorada pelo proprietário da terra que emprega trabalho escravo, por exemplo”. (NOHARA, Irene Patricia. Motivação do ato administrativo na disciplina de direito público da LINDB. In: PRIESS, Thiago Valiati; HUNGARO, Luis Alberto; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 7).

<sup>313</sup> Sobre o uso do argumento consequencialista econômico no direito, especificamente no Direito da Concorrência, ver: SCHUARTZ, L. F. **Quando o Bom é o Melhor Amigo do Ótimo: A Autonomia do Direito Perante a Economia e a Política da Concorrência**. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 245, p. 96–127, 2007. DOI: 10.12660/rda.v245.2007.42123. Disponível em:

<<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42123>>. Acesso em: 28 set. 2022.

<sup>314</sup> Até porque o regulamento da referida lei, que deveria precisar-lhe os termos em questão, assim não o fez, conforme adiante se vê: BRASIL. Decreto nº. 9.830, de 10 de junho de 2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro: “Art. 3º. A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão. § 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração”.

motivo de direito, a partir do qual o intérprete verte em linguagem competente a norma administrativa a incidir, mas também e essencialmente motivo de fato, por meio do qual o intérprete verte em linguagem competente os acontecimentos do mundo da experiência, o que se dá através da linguagem das provas, para daí então subsumi-los à hipótese de incidência da norma, promovendo a segunda operação lógica de imputação, da qual dimana a relação jurídica daí correspondente. Tenha-se, assim, que ao se referir a “valor”, deve-se ter em mente não só o pressuposto legal ou de direito a que se refere a regra de estrutura em comento, mas também o pressuposto de “fato”. Que, como visto no capítulo anterior, em alguns casos, mostra-se tanto quanto problemático, notadamente no que diz respeito a adequada qualificação ou classificação de fatos ocorrentes como representativos ou não dos fatos estipulados na norma formulada.<sup>315</sup>

#### 4.2.1.1.2. Precisando o Sentido da Expressão: “Valor” como “Valor”

Em frase que já se tornou clássica, Paulo de Barros Carvalho, a partir das lições de Lourival Vilanova, vai afirmar que “interpretar é atribuir valores aos símbolos, isto é, adjudicar-lhes significações e, por meio dessas referências a objetos”.<sup>316</sup> O que não se pode perder de vista é que os valores não constituem propriamente objeto da Ciência do Direito, num sentido estrito, mas sim da Axiologia ou Teoria dos Valores. Embora os valores sejam inerentes ao direito, na sua extensão sintática, semântica e pragmática, com ele não se confundem.<sup>317</sup>

Ao se referir aos valores, Miguel Reale afirma que “o seu “ser” é o “valer”. Da mesma forma que dizemos que “ser é o que é”, temos que dizer que “valor é o que vale”.<sup>318</sup> Como traço diferencial desta categoria, não se confundiriam com objetos ideais, ou muito menos com objetos culturais, mas sim representariam uma forma de integração entre o “ser” e o “dever ser”, tendo as seguintes características: (i) bipolaridade, já que um valor que se contrapõe a um desvalor (bom e mau, belo e feio etc.); (ii) implicação recíproca, já que sua realização implica na realização dos demais; (iii) referibilidade, já que implicam uma tomada de posição, “um sentido de algo para alguém”; (iv) preferibilidade, já que envolvem uma orientação, dirigida a um fim; (v) incomensurabilidade, já que não podem ser mensurados; (vi) graduação hierárquica,

<sup>315</sup> Sobre o problema de classificação ou qualificação dos fatos, vide Capítulo 3, item 3.3.

<sup>316</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 66.

<sup>317</sup> “Não é exagero referir que o dado valorativo está presente em toda a configuração do jurídico, desde seus aspectos formais (lógicos), como nos planos semântico e pragmático. Em outras palavras, ali onde houver direito, haverá, certamente, o elemento axiológico”. (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 174).

<sup>318</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 183.

já que são escalonados ou ordenados de acordo com uma ordem de preferência social; (vii) objetividade, já que insuscetíveis de revelar-se sem algo em que se apoiem; (viii) historicidade, já que não coincidem com a consciência que possamos ter deles, superada que é pelo processo dialético que envolve a história do homem;<sup>319</sup> e a (ix) realizabilidade, já que não se realiza integralmente, pois senão se converteria em um dado, perdendo a sua capacidade de superar a realidade; e (x) inexauribilidade, já que embora se revele através da realidade, nesta jamais se esgota.<sup>320</sup>

Em um certo sentido até se pode considerar que decisões jurídicas são tomadas com base em “valores”. Até porque o direito é fato histórico-cultural, produto da vida humana, enquanto atos integrados normativamente, à luz de determinados valores.<sup>321</sup> Sendo objeto da cultura, o direito, ou mais propriamente as normas jurídicas que o compõem, trazem consigo valores. Mesmo assim, em última instância, toda decisão jurídica, porque norma jurídica, é tomada com base em normas jurídicas de superior hierarquia, ainda que se considere que as normas que servem como fundamento de validade da decisão remetam de modo expressivo aos valores que se visa concretizar.<sup>322</sup> Portanto, os “valores” aqui, ainda que estejam a indicar a “valores”, no sentido axiológico do termo, em que pese influenciem na decisão, o fazem de forma mediata, servindo como critério interpretativo, e não imediatamente como fundamento de validade da decisão.

#### 4.2.1.1.3. Precisando o Sentido da Expressão: “Valor” como “Norma”

Dentre as espécies de normas, os princípios é que são considerados normas jurídicas de alto escalão, impregnados de valor, carregados de vagueza e ambiguidade semânticas, a ocasionar o ambiente de decisionismo e insegurança jurídica que o legislador quis evitar.<sup>323</sup> Em

<sup>319</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 184-188.

<sup>320</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 200-203.

<sup>321</sup> REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva: 1968, p. 96.

<sup>322</sup> No mesmo norte, embora partindo de referencial teórico diverso e em que pese não pensemos que a referência a “valor” como “valor” não seja completamente destituída de sentido, ainda que do ponto de vista dogmático: “A consideração das consequências práticas deve acontecer sempre que o julgador pretender decidir com base em “valores jurídicos abstratos”. Sucede que, no sistema brasileiro, o juiz não decide com base em valores, mas com base em normas. A referência a “valores” é dogmaticamente sem sentido”. (DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019).

<sup>323</sup> Em passagem que já se tornou verdadeiro lugar comum, a referir-se aos princípios como estratégia retórica de decisores “espertos” e “preguiçosos”: “Vive-se hoje um ambiente de “geleia geral” no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”. (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 206).

que pese a imprecisão do dispositivo, ao que parece, o legislador quis se referir aos princípios enquanto padrão normativo, quando se utilizou da expressão em discussão, sendo essa a posição amplamente dominante, com a qual se concorda.<sup>324</sup>

O direito enquanto produto da cultura, é carregado de valores. Se tomarmos como critério de diferenciação a intensidade com que se verifica tais valores nas normas jurídicas, veremos que esses, os princípios, são normas que se sobressaem quanto ao seu conteúdo axiológico, comparativamente em relação às regras. Situados comumente no plano constitucional, informam a interpretação das normas de inferior hierarquia, quando não constituem a própria norma jurídica a aplicar.

Quanto a esta categoria de normas, os princípios, muito já se escreveu, observando-se os mais diversos critérios para os diferenciar das regras jurídicas.<sup>325</sup> Dentre os modelos teóricos principiológicos mais influentes no debate jurídico nacional, Marcelo Neves destaca as propostas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Para o citado jurista americano, as regras seriam aplicadas ao modo disjuntivo e excludente do “tudo-ou-nada”, o que implica que as regras sejam válidas ou inválidas, prevejam todas as suas exceções, assumindo a forma “se-então”. Já os princípios, ao contrário, tomam “dimensão de peso ou importância”, não se podendo enumerar de antemão suas exceções, devendo-se definir o mais relevante diante do caso concreto, já que ambos os princípios em colisão seriam válidos.<sup>326</sup> Para o referido jurista europeu, cujo modelo teórico partiu da experiência jurisprudencial alemã do final do século passado, mas que se tornou muito influente por essas bandas, regras são “razões definitivas”, cujo conflito é resolvido pelos critérios de “validade/invalidade”, “satisfação/não satisfação”, “cumprimento/não cumprimento”, enquanto os princípios seriam “razões *prima facie*”, mandados de otimização encontrados em graus variados, a serem realizados na medida da

---

<sup>324</sup>MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº. 13.655/2018: Lei da Segurança para a Inovação Pública**. Belo Horizonte: 2019, p. 21. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB**. Belo Horizonte: 2022, p. 71. JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], p. 13–41, 2018. DINIZ, Maria Helena. **Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do Direito Público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa**. *Revista Argumentum – RA*, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 19, N. 2, pp. 305-318, Mai.-Ago. 2018. DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019. PEREIRA JÚNIOR, Edilson Nobre. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro: paradigmas de interpretação e aplicação do Direito Administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 41.

<sup>325</sup>Sobre o panorama histórico evolutivo da distinção entre princípios e regras, ver: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35 e ss.

<sup>326</sup>NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 52-53.

realidade fática e jurídica posta à apreciação jurisdicional. Eventual colisão de princípios deve ser resolvida mediante a regra do sopesamento ou ponderação, composta de três sub regras ou máximas, a adequação, enquanto pertinência da medida com a finalidade da norma, a necessidade, enquanto meio menos gravoso para se alcançar tal finalidade, e a proporcionalidade em sentido estrito, regra mais problemática, que implica no sopesamento entre os princípios colidentes, diante das peculiaridades do caso concreto.<sup>327</sup> Para o próprio jurista brasileiro, a distinção entre princípios e regras, a partir dos dois modelos dominantes seria questionável, advertindo sobre os perigos de transposição acrítica de modelos estrangeiros, não forjados no seio da cultura jurídica nacional. O autor brasileiro, a partir de modelo próprio que imbrica os dois padrões normativos, sustenta a tese de que os princípios constitucionais servem ao “balizamento, construção, desenvolvimento, enfraquecimento e fortalecimento das regras”, além do que, serviriam para “restrição e ampliação do seu conteúdo”. Com a devida cautela, afirma que os princípios “atuam como razão ou fundamento das regras, inclusive de regras constitucionais, nas controvérsias jurídicas complexas”, sendo que, por outro lado, as regras “condições de aplicação dos princípios na solução de casos constitucionais”.<sup>328</sup>

Voltando-se ao referencial proposto, Paulo de Barros Carvalho possui concepção própria, sendo que, no seu entender, princípios podem significar: (i) norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo; (ii) norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; (iii) valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentemente das estruturas normativas; e (iv) limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma. Pelo que informa o próprio autor, nas duas primeiras acepções, temos “princípio” como “norma”; enquanto nas duas últimas, “princípio” como “valor” ou como “critério objetivo”.<sup>329</sup>

Para os fins que aqui nos interessam, pensamos que quando o legislador prescreve o dever de considerar as consequências da decisão, estar a se referir, como pressuposto de direito, que a decisão que produz o ato, assim como a que o controla, seja tomada com base em princípios, aqui entendidos como “norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo”. A indeterminação, nesse caso, se verifica tanto em relação aos elementos

<sup>327</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 63-68.

<sup>328</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 134 e ss.

<sup>329</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 21ª. ed. São Paulo: 2009, p. 159.

caracterizadores da hipótese de incidência, quanto em relação às providências dispostas no seu consequente, a bem do interesse público. É bem verdade que princípios podem ser tomados como valor, mas, como visto, caso assim o entenda, serviriam apenas como fundamento mediato da decisão, o que não parece ser o caso.<sup>330</sup>

Mas não só os princípios enquanto norma jurídica, com estrutura lógica que implica uma consequência para uma dada hipótese, tal como vimos trabalhando. Compondo o conjunto dos enunciados vagos e ambíguos, aqueles onde não se verifica uma especificidade dos elementos que venham a integrar a norma de incidência administrativa, a doutrina aponta os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”.<sup>331</sup> Quanto a essa outra expressão, Eros Grau, a partir da semiótica e da filosofia da linguagem, promove a seguinte explicação:

(i) a cada conceito corresponde um termo; este – o *termo* – é o *signo linguístico* do conceito; assim, o conceito, *expressado no seu termo*, é coisa (signo) que representa outra coisa (seu objeto); o conceito, na concepção aristotélica, está referido, pela mediação do termo (signo do conceito), a um *objeto*; (ii) os conceitos jurídicos não são referidos a *objetos*, mas sim a *significações*; não são conceitos *essencialistas*; (iii) o conceito – essencialista ou não – é produto da reflexão, expressando uma *suma de ideias*; (iv) o conceito essencialista, expressado é o signo de uma coisa; seu objeto é a coisa; está no lugar da coisa; é o *primeiro signo do objeto*; (v) o conceito jurídico, expressado, é o *segundo signo* de um *primeiro signo*: a *significação da coisa* (*coisa, estado ou situação*); está no lugar não da *coisa* (*coisa, estado ou situação*), mas da *significação* atribuível – ou não atribuível – à coisa (*coisa, estado ou situação*); (vi) assim, os conceitos jurídicos são *signos*, ou seja, *signos de significações* atribuíveis – ou não atribuíveis – a coisa, estados ou situações<sup>332</sup>.

Sintetizando os ensinamentos do ilustre mestre das arcadas, embora constituam, conjuntamente com os princípios, o espectro normativo de abrangência da norma de estrutura ou de produção jurídica em discussão, verdadeira impropriedade falar em “conceitos jurídicos indeterminados”, já que a indeterminação é dos “termos”, e não dos “conceitos”.<sup>333</sup> Ainda que a lei traga vocábulos cujos termos sejam estes sim fluidos, como “urgência”, “interesse público”, “valor histórico”, “reputação ilibada”, “pobreza”, “velhice”, “relevante”, “gravidade”, etc., o conceito que lhe é subjacente pode ser determinado, ainda que por termos diversos.<sup>334</sup> Aqui, neste outro caso, embora haja indeterminação, vale observar que esta pode

<sup>330</sup> Vide item 4.2.1.1.2 acima.

<sup>331</sup> Enunciado 6 do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo: “A referência a “valores jurídicos abstratos” na LINDB não se restringe à interpretação e aplicação de princípios, abrangendo regras e outras normas que contenham conceitos jurídicos indeterminados”.

<sup>332</sup> GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 195-196.

<sup>333</sup> Em sentido contrário: “Anotar-se, de passagem, que a imprecisão, fluidez, indeterminação, a que se tem aludido residem no próprio conceito e não na palavra que os rotula. Há quem haja, surpreendentemente, afirmado que a imprecisão é da palavra e não do conceito, pretendendo que este é sempre certo, determinado. Pelo contrário, as palavras que os recobrem designam com absoluta precisão algo que é, em si mesmo, um objeto mentado cujos confins são imprecisos”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, p. 20-21).

<sup>334</sup> GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 198.

se verificar somente na hipótese de incidência da norma, ou no consequente, a depender da fórmula utilizada pelo legislador para disciplinar a conduta administrativa.<sup>335</sup>

Há quem sustente que o dispositivo abarcaria também as “cláusulas gerais”,<sup>336</sup> cujo exemplo típico é a cláusula geral de boa-fé, voltada comumente aos contratos privados, mas cuja aplicação é invocada nos contratos administrativos,<sup>337</sup> e que, embora componha o rol de categorias jurídicas relacionadas à indeterminação, se diferenciariam dos princípios e dos conceitos jurídicos indeterminados. Diante do referencial adotado, pensamos que não haveria como sustentar tal distinção, que inclusive é questionável entre os próprios princípios e conceitos indeterminados, ou até mesmo entre os princípios e regras, já que a indeterminação, como se disse, é dos termos, constitutivos de todas as referidas categorias, a partir dos quais o intérprete constrói a norma jurídica, juízo lógico-implicativo, perante as circunstâncias do caso concreto, e não dos conceitos.<sup>338</sup>

#### 4.2.2. Norma que Disciplina a Competência

Quando se referiu à competência, o legislador prescreveu que o dispositivo em estudo diz respeito às “esferas administrativa, controladora e judicial”. Como leitura do dispositivo, a doutrina aponta que competência aqui é dirigida à Administração Pública e ao Judiciário. Sendo que, quanto à primeira, no exercício dos chamados “atos de administração ativa”,<sup>339</sup> que visam criar, extinguir e modificar situações jurídicas, e no exercício dos chamados “atos de administração controladora ou de controle”, que visam impedir ou permitir a produção ou a eficácia de atos de administração ativa mediante exame prévio ou posterior da sua conveniência ou legalidade, aí incluídos os denominados “atos de administração contenciosa”, que visam julgar, em contraditório administrativo, determinadas situações, de que são exemplos os

<sup>335</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19.

<sup>336</sup>(cf. PEREIRA JÚNIOR, Edilson Nobre. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro**: paradigmas de interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 41).

<sup>337</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 595-597.

<sup>338</sup> Sobre a diferença entre princípios, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, ver: MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do Sistema Jurídico. In: **Revista de informação legislativa**, v. 28, n. 112, p. 13-32, out./dez. 1991. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175932>>. Acesso em: 28 set. 2022. Sobre a questionável distinção entre princípios e regras, sob a perspectiva lógico-sintática, a partir de uma visão construtivista, ver: CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009, p. 480).

<sup>339</sup> Sobre a classificação dos atos quanto à natureza da atividade, ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1991, p. 108-109.



procedimentos perante os Tribunais de Contas, Conselho de Defesa da Concorrência, dentre outros.<sup>340</sup>

Edilson Nobre, talvez em posição isolada, defende que o dispositivo não abrangeria o Ministério Público, a despeito de ter como inseridas entre suas atribuições precípuas a fiscalização da Administração Pública. Para o autor, a norma se refere a órgãos competentes para exarar decisões, o que, no seu entender, seria ausente na atividade típica ministerial, que inclusive não poderia se substituir à atividade administrativa. Admite apenas a sua observância indireta por parte do *parquet*, quando examina a legitimidade dos atos dos demais poderes, propondo as ações judiciais respectivas.<sup>341</sup>

Como todo respeito à referida posição, ousamos discordar, basicamente porque, seja no exercício de funções atípicas, seja no exercício de funções típicas de fiscalização, o Ministério Público, como órgão de controle que é, ainda que não pertencente aos demais poderes, ou, para alguns pertencente, mas com independência institucional, expede atos que interferem sobremaneira nos desígnios da administração, perfazendo verdadeira pauta de conduta, devendo sim considerar as consequências das suas decisões, tanto quanto qualquer outro órgão de controle. Pense-se na figura das “recomendações ministeriais”, cujo desrespeito pode inclusive ensejar responsabilidade por atos de improbidade administrativa.<sup>342</sup>

Observe-se, portanto, que o preceito é dirigido não só à administração no seu dever de decidir, mas sobretudo àqueles que irão controlar essa decisão, não porque irão substituí-la nos casos em que não se dê o autocontrole, o que realmente se mostra indevido, mas sim averiguar a legalidade da anterior consideração, leia-se justificação.

A grande discussão que os atuais comentadores da nova Lei de Introdução acertadamente não deixaram passar, e que se relaciona à temática da competência, diz respeito

---

<sup>340</sup> PEREIRA JÚNIOR, Edilson Nobre. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro**: paradigmas de interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 37-39.

<sup>341</sup> PEREIRA JÚNIOR, Edilson Nobre. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro**: paradigmas de interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 40.

<sup>342</sup> A este respeito, Edilson Vitorelli assim inclusive se pronuncia: “(...) o Tribunal de Contas, com amparo no art. 71 da Lei Maior, e o Ministério Público, no exercício da competência prevista no art. 6º, XX, da Lei Complementar no 75/1993, podem expedir recomendações e alertas aos gestores, conforme o caso, no sentido de que a ausência de motivação adequada quanto à análise das consequências práticas dos atos administrativos, inclusive em face das possíveis alternativas, configura ilegalidade e, em circunstâncias graves, pode vir a configurar ato de improbidade administrativa”. (VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 279, n. 2, p. 79–112, 2020. DOI: 10.12660/rda.v279.2020.82006. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82006>>. Acesso em: 10 set. 2022).

à quando o dever de considerar as consequências da decisão é promovido pela Administração, mas revisada pelo Judiciário, quando então passa a ter que avaliar as consequências da sua própria decisão, com vistas a solução do caso concreto. Muito embora haja entendimento afirmando que a expressão em comento abrange todas as funções estatais que envolvem a aplicação do direito,<sup>343</sup> pensamos que essa concepção generalista talvez não seja a mais adequada, pois pode levar a uma desconsideração dos limites cognitivos e institucionais do órgão decisório controlador. Em outros termos, pode levar a uma desconsideração daquilo que se convencionou chamar de “capacidades institucionais” do intérprete aplicador.

#### 4.2.2.1. As Capacidades Institucionais e a Deferência

Já há algum tempo a doutrina tem alertado para o fato de que uma teoria normativa da decisão, para se mostrar minimamente adequada, não poderia negligenciar as limitações de ordem institucional que influenciam na interpretação,<sup>344</sup> notadamente quando essa interpretação pressuponha a avaliação de consequências da decisão.<sup>345</sup> Exemplos clássicos dessas limitações seriam a sobrecarga do judiciário brasileiro, além da falta de conhecimento dos juízes para julgar determinados conflitos que demandam expertise técnica a qual não dispõem.<sup>346</sup> Isso sem falar que o processo judicial clássico teria sido pensado sob a ótica da justiça comutativa, restrito às partes em disputa, sendo problemática a resolução de casos em que se discute justiça distributiva, controle de políticas públicas e regulação econômica, onde os efeitos da decisão se projetariam para além das partes em litígio.<sup>347</sup>

Pensamos que não precisamos ir tão longe, no sentido de promover uma análise de ordem positiva ou empírica, para poder explicar como a competência para considerar as consequências da decisão se reparte entre as esferas administrativa e judicial. Ainda que relacionado ao próprio conceito de competência e de discricionariedade técnica, o que lhe daria

<sup>343</sup>Enunciado 1 do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo: “As expressões “esfera administrativa, controladora e judicial” contidas na LINDB abrangem o exercício de todas as funções estatais que envolvam aplicação do ordenamento jurídico”.

<sup>344</sup>SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. In: Michigan Law Review, vol. 101, pp. 885-951, fev. 2003. Disponível em: < <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2>>. Acesso em: 29 set 2022.

<sup>345</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. **Deuses pragmáticos, mortais formalistas**: A justificação consequencialista das decisões judiciais. 2006. 220f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006, p. 209.

<sup>346</sup>SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 435

<sup>347</sup>SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 436.

uma evidente conotação formal, pensamos que é preferível uma postura considerada “redundante”, no sentido de meramente reforçar expletivamente a eficácia das normas definidoras de competência, a uma considerada “absurda”, no sentido de acabar por desconsiderar os limites jurídicos impostos por tais regras.<sup>348</sup> Aliás, risco este que a operacionalização de uma análise de ordem empírica talvez possa provocar e que talvez não tenha sido razoavelmente bem mapeado.<sup>349</sup>

Retornando ao referencial teórico proposto, temos que o sujeito competente é aquele que possui aptidão para introduzir normas no sistema, ou, mais precisamente, para editar veículos introdutores de normas. Mas essa aptidão traz consigo não apenas requisitos para ser sujeito juridicamente competente, mas também o sentido de se atribuir competência a alguém. Tenhamos em mente que a norma de competência em sentido estrito é “o juízo hipotético condicional que prescreve, no seu antecedente, os elementos necessários ao fato enunciação válida e, no seu conseqüente, a relação jurídica em cujo objeto estão os condicionantes materiais para a norma de inferior hierarquia”.<sup>350</sup> Se voltarmos os olhos para à hipótese que descreve o fato produtor de norma jurídica, veremos que há prescrição não somente de quem pode criar norma jurídica, mas também do procedimento por meio da qual essa norma deve ser criada.

De fato, “uma coisa é ser sujeito competente. Outra, bem distinta, é exercer a competência de que se é titular. Para ser competente é necessário ser qualificado, adjetivado pelo direito positivo como tal. Para exercer a competência, é necessário realizar ato, ou conjunto de atos, previstos pelo direito positivo para legitimar a enunciação de novos textos”.<sup>351</sup> Nesse sentido, quando a norma em estudo reparte a competência para considerar as consequências da decisão entre as esferas administrativa e judicial, o faz não meramente numa divisão ingênua, sem atentar para as características da atividade administrativa e judicial, mas sim as levando em conta, o que se torna perceptível a partir do procedimento juridicamente previsto para o seu exercício.

---

<sup>348</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo.** Direito, Estado e Sociedade, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011. Disponível em: < <http://hdl.handle.net/10438/24322>>. Acesso em: 29 set. 2022.

<sup>349</sup> LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento das 'Capacidades Institucionais'. In: **Revista de Estudos Institucionais**, v. 2, p. 192-213, 2016. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/40/49>>. Acesso em: 29 set 2022.

<sup>350</sup> GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade.** 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 65-66.

<sup>351</sup> GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade.** 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 71-72.

Embora ambas possam ser caracterizadas como aplicadoras e criadoras de normas jurídicas, as atividades administrativa e judicial, desenvolvidas através do procedimento administrativo e processo judicial, respectivamente, comportam diferenças de relevo, especialmente no que diz respeito a amplitude cognitiva de que dispõe o sujeito competente para poder realizar a aplicação e criação dessas normas, tanto a que edita o ato, quanto a que o controla, notadamente no âmbito judicial, dizendo o direito de modo definitivo no caso concreto.

Ainda que se parta de uma concepção em que as consequências a considerar sejam aquelas eminentemente jurídicas, e não meramente fáticas ou probabilísticas, o que *prima facie* tem por função contornar justamente o desaparelhamento dos juízes para tratar de assuntos técnicos administrativos,<sup>352</sup> não se pode perder de vista que é da natureza da atividade administrativa dispor de recursos e informações técnicas bem mais amplas do que a atividade jurisdicional, e isto se observado do ponto de vista do procedimento.<sup>353</sup> Ainda que em algum caso concreto isso não seja perceptível, a realidade empírica dos fatos não infirma a norma de competência em seu caráter normativo e programador de produção da norma inferior. Aliás, tal amplitude é que possibilita à administração a consecução do interesse público, diante das situações as mais variadas postas ao seu desate.

Cumprido não perder de vista que a produção e controle de atos administrativos envolve não só o exercício de competência vinculada ligada a determinado “ramo” jurídico, como o é o Direito Tributário, por exemplo, cujas normas se encontram em um corpo codificado, cujo sentido pode ser mais facilmente construído diante do caso concreto, como também o exercício de competência administrativa discricionária, típica do Direito Administrativo, no caso brasileiro não codificado,<sup>354</sup> que pode envolver inclusive decisões de natureza política, de

---

<sup>352</sup> “As consequências sociais, especialmente aquelas de longo prazo, que surgem ao se adotar uma regra jurídica ao invés de outra são notoriamente difíceis de calcular. (...) Juízes e juristas, ademais, são muito mal aparelhados para esse tipo de avaliação, em comparação com o braço executivo do governo, ou mesmo com o legislador. Esse último pode criar comissões ou conduzir estudos e pesquisas de sorte a construir previsões defensáveis, ainda que imprecisas e aproximadas, acerca dos resultados das escolhas de políticas que serão feitas.” (MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 138).

<sup>353</sup> Associando a deferência e decisões procedimentalmente adequadas: “É no campo da processualidade portanto, e da identificação de seus atributos exigíveis, que se poderá consolidar a aplicação da deferência judicial, como efeito direito da manifestação em concreto da particular capacidade institucional”. (VALLE, Vanice Regina Lirio. Escolhas administrativas processualmente adequadas e deferência judicial. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (coord.). **Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 64).

<sup>354</sup> “(...) mesmo no âmbito próprio dos segmentos do Direito Público, é notória a divergência de diretrizes hermenêuticas. Por exemplo, a Constituição possui métodos e princípios próprios para a compreensão do alcance e sentido de suas normas, podendo-se dizer que, na doutrina, inclusive pátria, aqueles já encontrem uma sistematização, cujo esboço é anterior à Constituição de 1988. O Direito Tributário, da mesma forma, encontrou entre nós e alhures nortes interpretativos específicos, o que é favorecido pela técnica das leis gerais. Diversamente,

gestão, táticas, técnicas e regulamentares,<sup>355</sup> as quais já a algum tempo vêm desafiando a possibilidade jurídica e a extensão do seu controle. Conforme Sérgio Guerra, “nos tempos atuais a escolha discricionária ocorre em uma pluralidade de situações, das mais variadas, que acaba por gerar atos discricionários de natureza e efeitos bem distintos, especialmente sob a ótica do controle externo”. E prossegue afirmando que

“A escolha feita pelo administrador público não pode ser compreendida e controlada de forma unívoca, com o mesmo grau de intensidade, havendo necessidade de se examinar a discricionariedade (oportunidade e conveniência) sob diversas lentes e modalidades, de acordo com o caso concreto”.<sup>356</sup>

Assim, muito embora se reconheça que tanto a competência para a produção do ato administrativo, quanto para o seu controle judicial autorizem a considerar as consequências jurídicas das suas decisões, neste último caso, a depender da complexidade técnica do caso concreto, deve fazê-lo com o mínimo de deferência,<sup>357</sup> dadas as limitações cognitivas e procedimentais que lhes são inerentes<sup>358</sup>. Aliás, deferência aqui pode ser lida como outro nome

---

no particular do Direito Administrativo não se desenvolveu a contento uma elaboração sistematizada, doutrinária e legal, para a interpretação de suas normas”. (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. As normas de Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019, p. 17-19). Utilizamos o vocábulo “código” no sentido de Marcello Caetano, ao se referir ao Código Administrativo português e o problema da codificação administrativa, ou seja, “diploma legislativo que reúne em síntese as normas aplicáveis a um conjunto de relações jurídicas afins, coordenadas sistematicamente de harmonia com certos princípios fundamentais e segundo uma técnica uniforme”. (CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Tomo I. 10ª Ed. Revista e Atualizada pelo Prof. Dr. Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 1984, p. 143).

<sup>355</sup>O autor dá os seguintes exemplos dos tipos de discricionariedade listadas: i) política: avaliação da relevância e urgência para edição de medidas provisórias, extradição, indulto, concessão de isenção de impostos; ii) gestão: gestão do orçamento e aplicação dos recursos arrecadados pelo poder público; iii) tática: respostas rápidas e urgentes dos agentes públicos, como ação de agentes de segurança diante de perigo iminente, ação dos órgãos monetários diante das oscilações financeiras do mercado, resposta a desastres naturais, situações graves, urgentes, imprevisíveis; iv) técnica: regulação da infraestrutura, do sistema financeiro, da saúde suplementar, escolhas envolvendo bancas de concursos públicos e licitações; v) regulamentar: edição de atos normativos ou regulamentares. (cf. GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 97-110).

<sup>356</sup>GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 97-98

<sup>357</sup> “Na contramão de uma conduta ativista, o princípio da deferência à Administração Pública consiste numa recomendação para que magistrados adotem uma postura de autocontenção ao revisar atos administrativos expedidos em termos admissíveis, ainda que possam eventualmente discordar da interpretação levada a cabo pelo gestor público. Significa que o Poder Judiciário se abstém de impor a sua opinião sobre qual é a resposta correta fornecida pelo ordenamento jurídico, desde que haja duas ou mais opções válidas e a solução encontrada pela Administração Pública seja aderente ao texto da lei e expedida em termos razoáveis”. (NIEBUHR, Pedro; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de.; MEDEIROS, Isaac Kofi Medeiros. **Controle e deferência judicial à Administração Pública**: em ensaio sobre a doutrina Chevron e o artigo 22 da LINDB. In: PRIESS, Thiago Valiati; HUNGARO, Luis Alberto; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 82). Os referidos autores associam ainda a deferência ao artigo 22 da própria Lei de Introdução, e de modo até mais enfático ao artigo 13, *caput*, do Decreto Federal nº. 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamenta a referida lei.

<sup>358</sup> Diferenciando os tipos de raciocínio jurídico do administrador e do juiz, Riccardo Guastini vai fazer a pertinente ponderação: “À primeira vista, temos então – no direito – dois tipos de raciocínio, com estruturas formais distintas. O raciocínio dos juizes é de tipo “deontológico”: o seu ponto de partida é uma norma. O raciocínio do legislador (racional) e dos funcionários da administração pública é de tipo “teleológico”: o seu ponto de partida é um fim. A

que se dá a já conhecida presunção de legalidade dos atos administrativos.<sup>359</sup> Registre-se que a deferência não fulmina a competência para o controle judicial, nos casos em que é exigida, mas somente impõe aos juízes um robusto ônus de justificação não só sobre a decisão que controla o ato em si, como sobre a própria competência para o controle.<sup>360</sup> Ao que consta, não basta que as normas em questão admitam a análise das consequências, inclusive por parte dos controladores, sendo preciso, antes mesmo do próprio controle, que se exteriorize as razões que o admitem, sob pena de se violar o espaço técnico de decisão, reservado constitucionalmente aos gestores públicos.

#### 4.2.3. Norma que Disciplina o Procedimento

Como norma de estrutura que disciplina a prática do ato como veículo introdutor, disciplina ainda como deve se dar o procedimento, como sucessão de atos e fatos dirigidos ao fim de compor o fato jurídico criador de ato administrativo. Mas assim o é, tendo em mente

---

diferença entre o raciocínio judicial e aquele dos funcionários públicos se atenua, porém, levando-se em consideração o fato de que também os funcionários públicos (não assim os legisladores) partem de uma norma pré-constituída: a norma que determina o fim a ser alcançado”. (GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Trad. Adrian Sgarbi, Frederico Menezes Breyner e Fernando Daniel de Moura Fonseca. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2022, p. 211). Embora não partamos de uma diferença entre as estruturas dos raciocínios do juiz e do administrador, já que ambos estão a aplicar normas jurídicas, criando outras normas de decisão para o caso concreto, pensamos que as peculiaridades que um e outro guardam, notadamente a amplitude cognitiva proporcionada pelo processo que lhes é inerente, não deve ser desprezada.

<sup>359</sup> Vanice Regina Lírio do Valle lista as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal onde se pode observar o exercício de um controle judicial deferente, mediante análise dos potenciais efeitos sistêmicos – e porque não dizer, consequências – que a concessão dos pedidos poderia causar: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 657.718. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Redator(a) do acórdão: Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 22/05/2019. Publicação: 09/11/2020. Tese de Repercussão Geral: ““1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 15/11/2007. Publicação: 07/12/2007. Acórdão ainda não publicado. Repercussão Geral, Tema 006: “Título: Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo” (VALLE, Vanice Regina Lírio. Escolhas administrativas processualmente adequadas e deferência judicial. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (coord.). **Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 61-62).

<sup>360</sup> Sobre o “ônus da competência”, assim se pronuncia Carlos Ari Sundfeld: “(...) para justificar a intervenção judicial não basta a invocação de princípios jurídicos – mesmo daqueles que asseguram direitos fundamentais – e o reconhecimento de sua pertinência ao caso em julgamento. É preciso que o juiz reflita e decida expressamente sobre o problema preliminar de sua legitimação, examinando, inclusive, as possíveis consequências negativas e positivas de sua intervenção na matéria, em lugar do legislador e do administrador”. (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 220).

uma perspectiva universalizante que a decisão positivada deve assumir, tanto a que edita o ato, quanto a que o controla, o procedimento ganha então uma dimensão objetiva, a permitir a participação de terceiros interessados na sua formulação, garantindo não só legitimidade democrática, como que se possa produzir elementos nos autos capazes de infirmar ou confirmar, em alguma medida, a procedência os juízos consequenciais em discussão.

#### 4.2.3.1. Os Juízos Causais e a Legitimidade pela Participação

Como partimos da concepção de que as consequências a considerar são aquelas eminentemente lógicas e jurídicas e não meramente fácticas ou probabilísticas da decisão,<sup>361</sup> pode-se passar a impressão de que a simples menção das teses rivais em discussão quando da prática ou mesmo do controle de determinado ato, seria o suficiente para atender o comando em questão. Nesse sentido, a decisão bastaria por si só. Contudo, se a intenção é conferir segurança jurídica, nunca perdendo de vista a ideia de justiça formal, a garantir universalidade de tratamento entre os potenciais destinatários do ato, cumpre que seja dada oportunidade de participação a eventuais terceiros interessados, não só para produzir elementos de convicção – lembre-se que o processo de tomada de decisão não prescinde da constituição da linguagem dos fatos – como para afirmar ou infirmar os juízos consequenciais da autoridade decisória.

Considerando que todo e qualquer procedimento deve observar o princípio do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, por imposição constitucional inclusive<sup>362</sup>, deve o administrador, assim como eventual juiz controlador, promover e “conciliar o interesse público com o direito dos administrados”,<sup>363</sup> garantindo-lhe legitimidade, o que se dá com a ampliação da esfera de debate. Em que pese de operacionalização difícil, devemos reconhecer, entendemos que o dispositivo em tela, numa perspectiva democrática, deve ser lido conjuntamente com outros dispositivos procedimentais, seja da própria Lei de Introdução<sup>364</sup>, seja das Leis de

---

<sup>361</sup> Considerando a decisão judicial como “evento” a promover determinado “estado de coisas” previsto pela norma aplicada, através de um vínculo causal consequencialista probabilístico, ver: ARGUELHES, Diego Werneck. **Deuses pragmáticos, mortais formalistas**: A justificação consequencialista das decisões judiciais. 2006. 220f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006, p. 120.

<sup>362</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 5º, LIV e LV.

<sup>363</sup> TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 220.

<sup>364</sup> BRASIL. Decreto-lei nº. 4.657, de 04.09.1942. Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro: “Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. § 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver”.

Processo Administrativo<sup>365</sup>, que disciplinam instrumentos de participação não só do destinatário direto e imediato do ato, mas de possíveis terceiros interessados.

Imagine-se, por exemplo, demandas sobre direito à saúde e fornecimento de medicamentos de alto custo não previstos nas listas do sistema único de saúde, caso típico onde o argumento consequencialista é invocado, as quais podem envolver interesse de milhares e talvez milhões de interessados espalhados por todo o território de abrangência da autoridade emissora do ato.<sup>366</sup> Nessas hipóteses, entendemos que o juízo administrativo que decide ou não pela prática do ato, assim como eventual juízo judicial controlador, deve vir precedido da mais ampla participação, ideia esta que inclusive já há algum tempo vem sendo trabalhada em processos judiciais de cunho eminentemente objetivo, como é o caso do controle de constitucionalidade, nos quais se propugna que órgão judicial se utilize de procedimento aberto e ferramentas legitimadoras como audiências públicas, oitivas de peritos e *amicus curiae*, na avaliação de prognoses legislativas postas em discussão constitucional.<sup>367</sup>

#### 4.2.4. Norma que Disciplina o Conteúdo e Objeto do Ato como Veículo Introdutor

O conteúdo ou relação jurídica do ato enquanto veículo introdutor prescreve de um lado o direito – nos casos dos atos vinculados, o dever – do sujeito emissor do ato editá-lo e do outro

<sup>365</sup> BRASIL. **Lei nº. 9.784**, de 29.01.1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal: “Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada. § 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas. § 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais”.

<sup>366</sup> “(...) Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (micro-justiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo (AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Renovar: Rio de Janeiro, 2001). Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial(...)”. (grifo nosso). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 245 / RS - RIO GRANDE DO SUL - SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA**. Relator(a): Min. PRESIDENTE Presidente: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 22/10/2008. Publicação: 29/10/2008) (grifo nosso).

<sup>367</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial*. In: *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, vol. 1, n. 8, janeiro 2000. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1063>>. Acesso em: 01 set. 2022.



impõe o dever de todos observarem a norma editada, o seu objeto, ou basicamente o que vimos chamando de ato propriamente dito.

Considerando que a norma sobre produção jurídica dispõe sobre a competência de determinado sujeito para a criação normativa, mediante determinado procedimento, a fim de disciplinar determinada matéria, esta, a matéria, ou mais precisamente a norma jurídica que se quis concretizar através do ato propriamente dito, encontra-se no conteúdo da relação do ato enquanto veículo introdutor, constituindo seu objeto.

### 4.3. Consequencialismo como Norma que Disciplina o Ato propriamente dito

Embora a regra em estudo diga respeito a uma regra de estrutura que regula essencialmente o ato enquanto veículo introdutor, termina por regular também o ato propriamente dito, a norma individual e concreta, que se quis ver introduzida no sistema. Até porque a higidez da norma criada, no caso, do ato propriamente dito, vai depender, evidentemente, da higidez da norma criadora, no caso, do ato administrativo como veículo introdutor.

#### 4.3.1. Norma que Disciplina a Motivação

E a regulação dessa norma implica a disciplina desse, que talvez seja o elemento componente do ato administrativo mais impactado com a referida alteração legislativa<sup>368</sup>, qual seja a sua motivação<sup>369</sup>, enquanto descrição linguística que enlaça o motivo ao conteúdo do ato.<sup>370</sup> Levando em conta que é aqui, na motivação, que o silogismo jurídico criador do ato se

<sup>368</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”.

<sup>369</sup> BRASIL. Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

<sup>370</sup> “As projeções sobre os efeitos práticos da decisão devem ser incorporadas na motivação da decisão. A validade do ato depende da indicação não apenas dos dispositivos constitucionais, legais ou regulamentares invocados como fundamento da decisão. Também é indispensável, sempre que existir referência a um valor abstrato, indicar os efeitos práticos estimados e tornar evidente o processo de concretização dos valores”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Art. 20 da LINDB** - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], p. 13–41, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77648. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>>. Acesso em: 28 set. 2022).

materializa em linguagem competente na forma de justificação, é esse o elemento chave para entender o consequencialismo enquanto dever de considerar as consequências da decisão, inclusive.

Pertinente a divisão proposta por Vladimir da Rocha França, para quem a motivação do ato administrativo compreende a fundamentação, possuindo duas dimensões, a saber: (i) a dimensão formal, “exposição, mediante enunciados, das razões de fato e direito que ensejaram a expedição do ato administrativo, concedendo transparência à decisão administrativa”, e a (ii) dimensão substancial, “meio que permite a recondução do conteúdo do ato a um parâmetro jurídico que o torne compatível com as demais normas do sistema de direito positivo”, ou seja, “confere ao ato um laço de validade com o ordenamento jurídico”.<sup>371</sup>

Embora não se olvide da importância da referida dimensão formal da motivação, o que para nós representa a fundamentação, o que aqui nos interessa de perto é justamente esta segunda acepção substancial, vale dizer, a “motivação como produto da enunciação”<sup>372</sup>, no nosso léxico a justificação.<sup>373</sup> Sendo que neste caso a conduta de motivar o ato é flagrantemente obrigatória, funcionando como elemento legitimador, que possibilita o controle da sua racionalidade e porque não dizer da sua juridicidade.<sup>374</sup>

Valendo destacar que, ainda que as consequências a considerar se deem, evidentemente, no tempo futuro, a consideração deve ser feita no presente, de modo que a motivação deve ser anterior ou no mínimo contemporânea à prática do ato, sob pena de invalidação por vício, para nós, inconvalidável de motivação.<sup>375</sup> A ideia aqui é não se admitir que, diante da contestação

<sup>371</sup> FRANÇA, Vladimir Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 91-92.

<sup>372</sup> FRANÇA, Vladimir Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 92.

<sup>373</sup> Sobre a distinção entre fundamentação e justificação nas decisões jurídicas, ver Capítulo 3, item 3.2.

<sup>374</sup> “A autoridade necessita referir não apenas a base legal em que se quer estribada, mas também os fatos e circunstâncias sobre os quais se apoia e, quando houver descrição, a relação de pertinência lógica entre seu supedâneo fático e a medida tomada, de maneira a se poder compreender a idoneidade para lograr a finalidade legal. A motivação é, pois, a *justificativa* do ato.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2006 p. 99).

<sup>375</sup> Em sentido diverso, seguindo a doutrina tradicional, tomando motivação como elemento meramente formal do ato, a permitir a posterior retificação, Irene Patrícia Nohara, que assim se manifesta: “Motivação, por sua vez, é o discurso destinado a justificar o ato, e que, portanto, explicita as razões de sua edição. Ressalte-se que enquanto o vício de motivo é tão grave que não admite convalidação, ausência de motivação é considerado vício de forma, sendo possível a convalidação desde que os elementos do ato sejam válidos. Assim, se existiu motivo e ele é adequado com o ordenamento jurídico, se o ato foi editado por autoridade competente, o objeto é lícito, está dentro da moralidade e o fim é alcançar o interesse público, de acordo com os fins permitidos na lei, uma eventual ausência de motivação pode ser suprida *a posteriori*, com efeitos retroativos, sem que haja necessidade de invalidação do ato. Já o vício de ausência de motivo para a prática do ato é considerado um caso de nulidade, que, como regra geral, não admite convalidação”. (NOHARA, Irene Patrícia. *Motivação do ato administrativo na disciplina de direito público da LINDB*. In: PRIESS, Thiago Valiati; HUNGARO, Luis Alberto; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 7).

na via judicial ou administrativa, o gestor construa posteriormente a sua prática uma motivação para validar o ato administrativo, na linha do que a jurisprudência já vem exigindo.<sup>376</sup> Além do que, entendimento contrário, a permitir a retificação da motivação, terminaria por comprometer a participação de eventuais terceiros interessados, tal como visto, quando se tratou do procedimento, pondo ainda em xeque a legitimidade e o caráter democrático da decisão. Se há algum tempo já se observou que o mais adequado seria se referir à teoria não dos “motivos”, mas da “motivação” determinante,<sup>377</sup> com muito mais razão agora, que a motivação, por conta do dever de considerar as consequências da edição do ato, se mostra, mais que nunca, como elemento essencial à validade do ato.

#### 4.3.1.1. O Diálogo com o Novo Código de Processo Civil

Partindo de tudo o quanto foi dito, e este parece ser o ponto crítico da discussão, há que se ressaltar que entre uma norma superior e uma inferior existe um ato humano. Vale dizer, a criação de enunciados prescritivos se perfaz por meio de um ato criador, pois “normas não derivam de normas. O processo de criação do direito não é um processo inferencial-dedutivo”.<sup>378</sup> Desse modo, aplicar direito e criar direito são duas facetas do mesmo processo.

Voltando-se ao texto da Lei de Introdução, e em retrospectiva às classificações normativas até aqui expostas, tem-se que o dever de considerar as consequências práticas da decisão caracteriza típica norma de estrutura, vale dizer, típica norma que disciplina como a produção de outras normas deve se dar. Outras normas estas, tanto as que põem o ato administrativo no sistema, quando as que as controlam, promovendo sua expulsão, caso se encontre viciado. Mas, da leitura atenta do dispositivo citado, não são todos os atos. E sim

---

<sup>376</sup> “(...) 4. O motivo do ato administrativo é pressuposto de fato e de direito, servindo-lhe de fundamento objetivo. Não se confunde, contudo, com a motivação, que é o dever de exposição dos motivos, a demonstração de que os pressupostos de fato e de direito realmente existiram no caso concreto. A motivação, nos atos administrativos, é obrigatória e irrecusável, não existindo, neste ponto, discricionariedade alguma por parte da Administração. 5. A referida motivação deve ser apresentada anteriormente ou concomitante à prática do ato administrativo, pois, caso se permita a motivação posterior, dar-se-ia ensejo para que se fabriquem, se forjem ou se criem motivações para burlar eventual impugnação ao ato. Não se deve admitir como legítima, portanto, a prática imotivada de um ato que, ao ser contestado na via judicial ou administrativa, faça com que o gestor construa algum motivo que dê ensejo à validade do ato administrativo. 6. Não se harmoniza com o princípio republicano e democrático que rege o ordenamento jurídico brasileiro atribuir à Administração o livre alvedrio para agir ao seu exclusivo talante, sem levar em conta as necessárias correlações subjetivas com os indivíduos e os cidadãos; o controle de legalidade, no Estado Democrático de Direito, não se exaure na simples e linear observância de formas e formulários, devendo focar a sua energia sobre os motivos e sobre a motivação dos atos administrativos. (...)”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AgInt no AREsp n. 1.108.757/PI, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 30/11/2020, DJe de 3/12/2020).

<sup>377</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 95.

<sup>378</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 117.

apenas os que sejam editados e controlados com base em “valores jurídicos abstratos”, ou, de forma mais tecnicamente apropriada, com base em princípios enquanto normas jurídicas e termos jurídicos indeterminados, cuja construção do conteúdo de significação implique uma variância acentuada de possibilidades, notadamente diante de contextos semântica e pragmaticamente problemáticos, tal como visto no capítulo anterior.

Na verdade, o que acontece é que, ainda que localizada em posição inferior à Constituição, a Lei de Introdução é tomada como um índice, a fim de disciplinar como a produção administrativa ou judicial de enunciados prescritivos deve se dar. Aliás, não é incomum que isto aconteça, bastando passear pelas disposições das Leis de Processo Administrativo<sup>379</sup> no âmbito decisório do Estado-administração, ou mesmo as disposições do Código de Processo Civil<sup>380</sup> no âmbito decisório do Estado-jurisdição, no que diz respeito às disposições dirigidas à justificação das decisões judiciais.

Considerando que a pretensão é densificar a fundamentação das decisões públicas, a melhor leitura do dispositivo parece ser realmente a de que deve ser promovido um diálogo entre as referidas leis,<sup>381</sup> o que legalmente já era inclusive permitido, ainda que supletiva ou

---

<sup>379</sup> BRASIL. Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal: “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito”. (grifo nosso).

<sup>380</sup> BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil: “Art. 489. (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”. (grifo nosso).

<sup>381</sup> No mesmo sentido: NOHARA, Irene Patrícia. Motivação do ato administrativo na disciplina de direito público da LINDB. In: PRIESS, Thiago Valiati; HUNGARO, Luis Alberto; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 15.

subsidiariamente<sup>382</sup>, nas hipóteses em que o dever de considerar as consequências da decisão for aplicável, as quais pensamos vem a formar verdadeiro estatuto decisório público, ideia já bastante difundida na doutrina.<sup>383</sup>

#### 4.3.1.2. O Dever de Considerar as “Consequências Práticas” da Decisão

Mas, diante da literalidade do texto, cabe indagar se, ao se referirem às consequências “práticas” da decisão, teriam os dispositivos da Lei de Introdução aberto a possibilidade de manejo de quaisquer consequências para fins de construção normativa. E mais, se teriam aberto a possibilidade de valoração dessas mesmas consequências com base em valor externo ao direito. Tendo em vista as premissas teóricas até aqui desenvolvidas, já é possível antecipar que as respostas para ambas as perguntas são categoricamente negativas. Mas se faz necessário aprofundar um pouco mais a discussão.

##### 4.3.1.2.1. Precisando o Sentido da Expressão: “Práticas” ou “Pragmáticas”

Tendo em vista que o legislador se utilizou do vocábulo “práticas”, parte da literatura especializada procurar enquadrar a interpretação do dispositivo em comento como “pragmáticas”, asseverando inclusive que se trataria da consolidação do pragmatismo enquanto linha de pensamento no âmbito do Direito Administrativo brasileiro,<sup>384</sup> cuja releitura, à propósito desta vertente teórica, na visão de alguns, já vinha inclusive se concretizando.<sup>385</sup>

<sup>382</sup> BRASIL. **Lei nº. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil: “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

<sup>383</sup> “O art. 20 da LINDB vem somar-se a um conjunto de normas jurídicas expressas no Código de Processo Civil, que disciplinam a interpretação das fontes e aplicação das normas no Direito brasileiro”. (DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019. DOI: 10.21056/aec.v20i75.1068. Acesso em 12.09.2022). “A hermenêutica integrativa cumpre essencialmente o papel de reunir e interpretar da maneira, constitucionalmente mais adequada, os elementos dispersos pelo ordenamento jurídico brasileiro que permitam uma melhor calibragem da atuação decisória, partindo de um bloco de legalidade que consideramos essencial, composto pelo CPC 489 §1º e pela LINDB 20/30”. (ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 390).

<sup>384</sup> É a visão dos próprios autores da lei: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 30. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº. 13.655/2018: Lei da Segurança para a Inovação Pública**. Belo Horizonte: 2019, p. 45.

<sup>385</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação e regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 53. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende de. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 256, p. 129–163, 2011. DOI: 10.12660/rda.v256.2011.8496. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496>. Acesso em: 12 set. 2022. JORDÃO, E. Art. 22

É preciso ter uma postura crítica em relação à referida posição. Mesmo que os próprios idealizadores da lei a reivindiquem, é preciso ter em mente que nem mesmo aqueles que defendem a pesquisa histórica em países onde tradicionalmente se faz uso do argumento intencionalista endossam sem ressalvas tal expediente. E isso se dá basicamente pela dificuldade em atribuir autoria à vontade do legislador. Além do que, quaisquer que fossem tais autores, descobrir quais eram suas intenções efetivas é em boa parte uma questão de conjectura, tão controvertida quanto qualquer outra forma menos histórica de interpretação.<sup>386</sup>

O termo consequencialismo foi introduzido no campo da filosofia moral por Elizabeth Anscombe.<sup>387</sup> De um modo geral, “o consequencialismo, como seu nome sugere, é simplesmente a visão de que as propriedades normativas dependem apenas das consequências”.<sup>388</sup> Em regra, as teorias consequencialistas são colocadas em oposição às chamadas teorias deontológicas, as quais defendem “o cumprimento rígido de princípios e regras que refletem os valores morais”.<sup>389</sup> A teoria filosófica paradigmática do consequencialismo é o utilitarismo, cujos proponentes clássicos foram Jeremy Bentham, John Stuart Mill e Henry Sidgwick, os quais defendiam o consequencialismo do ato hedonístico, ou seja, “um ato é moralmente correto se e somente se esse ato maximiza o bem, isto é, se e somente se a quantidade total de bens para todos menos a quantidade total de males para todos for maior do que este valor líquido para qualquer ato incompatível disponível para o agente naquela ocasião”.<sup>390</sup>

Do ponto de vista conceitual o consequencialismo num sentido amplo se aproxima do utilitarismo porque ambos se preocupam com as consequências de uma ação ou decisão, contudo o primeiro, grosso modo, não definiria quais consequências estas deveriam ser, enquanto o segundo definiria previamente o conteúdo dessas consequências com base no critério último de “maximização do bem-estar”. As teorias ditas utilitaristas encontram forte

---

da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 63–92, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77650. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>>. Acesso em: 29 set. 2022.

<sup>386</sup> WALDRON, Jeremy. As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional. In MARMOR, Andrei. **Direito e Interpretação: ensaios de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 500.

<sup>387</sup> ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret. Modern Moral Philosophy. **The Journal of the Royal Institute of Philosophy**. vol. 33. Cambridge: University Press, no. 124, pp. 1–19. Disponível em: <<https://doi.org/10.1017/S0031819100037943>>. Acesso em: 08 set. 2020.

<sup>388</sup> SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. Consequentialism. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Summer 2019 Edition. Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/consequentialism/>>. Acesso em: 08 set. 2020.

<sup>389</sup> CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 84.

<sup>390</sup> SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. Consequentialism. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Summer 2019 Edition. Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/consequentialism/>>. Acesso em: 08 set. 2020.

resistência na medida em que, levadas ao extremo, na tentativa de alcançar a todo custo a finalidade do chamado “bem-estar social”, conceito este, juntamente com o de “utilidade”, problemático e de difícil definição,<sup>391</sup> realmente podem acabar desconsiderando regras contrárias ao vetor interpretativo dominante ou mesmo falhar em reconhecer, tal como anteriormente apontado, o valor intrínseco da pessoa humana ou dos direitos fundamentais em detrimento de uma argumentação racional puramente instrumental.<sup>392</sup>

Partindo deste panorama, embora possuam traços em comum, a rigor, não se deve confundir o consequencialismo em sentido amplo, nas suas variadas nuances teóricas, com o pragmatismo<sup>393</sup> ou mesmo com a chamada análise econômica do direito.<sup>394</sup>

O pragmatismo é uma influente vertente filosófica, cuja origem remonta a Oliver Wendell Holmes Jr., o qual, antes de se tornar juiz da Suprema Corte norte-americana, foi um dos criadores, ao lado de Charles Sanders Pierce e de William James, dentre outros, do ironicamente intitulado *Clube Metafísico (Metaphysical Club)*, um grupo de jovens intelectuais fundado nos primeiros anos da década de 1870, cujo objetivo comum era combater a metafísica tradicional. Tal grupo, ao qual se juntaria mais tarde John Dewey, fundou as bases desta escola de pensamento.<sup>395</sup> Na contemporaneidade, Richard Rorty, também associado ao pós-modernismo, é considerado o mais importante representante do pragmatismo, cuja essência, pode-se dizer, rejeita abstrações desvinculadas da realidade concreta, trazendo como traços marcantes o fato de ser experimentalista e voltado para o futuro.<sup>396</sup>

Em que pese suas diferentes vertentes, assim como os desacordos entre seus próprios representantes, há relativo consenso de que a matriz teórica do pragmatismo filosófico se assenta sobre três pilares, sendo eles: o (i) antifundacionalismo, enquanto “rejeição de quaisquer espécies de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios

<sup>391</sup> A propósito, ver: ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como (Meta) Teoria Normativa da Decisão Judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 189, nota 59.

<sup>392</sup> Sobre interessante valoração da biodiversidade e da cultura enquanto critério de justiça em uma perspectiva consequencialista, ver: GRUBER, Malte-Christian. What Is It Like to Be Unborn? Our Common Fate with Future Generations In: MATHIS, Klaus. (ed.) **Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations**. Law and Philosophy Library. Volume 98: Springer, 2012, p. 118.

<sup>393</sup> O termo aqui está sendo empregado como corrente filosófica de pensamento e não como a instância semiótica pragmática, tal como trabalhada no capítulo anterior.

<sup>394</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como (Meta) Teoria Normativa da Decisão Judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 188 e ss.

<sup>395</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação e regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 53

<sup>396</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional**: Teoria, história e métodos de trabalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2006, p. 231.

perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais, dogmas, entre outros tipos de fundações possíveis ao pensamento”<sup>397</sup>; o (ii) consequencialismo ou instrumentalismo, o qual implica que “significado de uma proposição, bem como a sua verdade, apenas podem ser conhecidos se forem verificados a partir do teste de suas consequências”;<sup>398</sup> e o (iii) contextualismo, por meio do qual “trata-se de reivindicar consideração às crenças políticas, religiosas, científicas, enfim, à cultura da sociedade e às relações que mantém com as instituições e práticas sociais”, sendo que “a este corpo de crenças, o pragmatismo chama de experiência”.<sup>399</sup>

No âmbito do direito, uma das mais conhecidas referências sobre o pragmatismo é Richard Posner, o qual trata de estabelecer a diferenciação básica entre o que caracteriza como sendo o pragmatismo, no caso, o pragmatismo judicial, legal ou cotidiano e o consequencialismo nos seguintes termos:

Se um consequencialista é alguém que acredita que um ato, como uma decisão judicial, deve ser julgado pelo fato de produzir as melhores consequências gerais, o julgamento pragmático não é consequencialista, pelo menos não de forma consistente. É por isso que prefiro "razoabilidade" às "melhores consequências" como o padrão para avaliar as decisões judiciais de forma pragmática.<sup>400</sup>

Como se vê, o autor enfatiza o descompromisso teórico do pragmatismo com a busca das melhores consequências da decisão, embora eventualmente com elas possa se preocupar. Do ponto de vista pragmático, diante da ausência de fundamento último a pautar a postura do julgador, as decisões judiciais seriam avaliadas por critério de “razoabilidade” ao invés de utilizar as “melhores consequências” como padrão avaliativo de correção, portanto. Como observam Arguelhes e Leal, para Posner a diferença básica entre o pragmatismo jurídico e o utilitarismo residiria no fato de que “enquanto este se compromete com a maximização de bem-estar, o pragmatismo apenas se importa com esse fator”<sup>401</sup>. Nas palavras do próprio jurista anglo-saxão:

O ramo dominante do consequencialismo é o utilitarismo, que compartilha algumas características com o pragmatismo, mas é certamente distinto dele. Uma coisa é se preocupar com as consequências, inclusive consequências para a utilidade (bem-estar) e outra é se comprometer com uma estratégia que, como a literatura crítica ampla sobre o utilitarismo atesta, pode levar ao tipo de absurdo dogmático que os pragmatistas estão decididos a evitar.<sup>402</sup>

<sup>397</sup> POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 26.

<sup>398</sup> POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 38.

<sup>399</sup> POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 49.

<sup>400</sup> POSNER, Richard. A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 50-51.

<sup>401</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como (Meta) Teoria Normativa da Decisão Judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 189.

<sup>402</sup> POSNER, Richard. A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 51.



A partir do que Posner enumerou como princípios da adjudicação pragmática (“*principles of pragmatic adjudication*”), tem-se que o pragmatismo se destaca não por ser meramente um termo refinado a servir de pretexto para o juiz julgar de maneira *ad hoc*, já que envolveria considerações de ordem sistêmica (“*systemic consequences*”) e não só dos casos específicos (“*case-specific consequence*”). Em que pese a ênfase nas consequências, o pragmatismo não seria uma forma de consequencialismo, entendido este como uma variante do utilitarismo, havendo fortes razões para que em um sistema pragmático de adjudicação existam bolsões de formalismo (“*formalism pockets*”), a fim de garantir o mínimo de segurança jurídica em áreas sensíveis do Direito, através de julgamentos por regras (*decision by rules*) em vez de padrões (*decision by standards*). O pragmatismo seria prospectivo (*forward-looking*), guardando aderência ao passado por necessidade prática, muito mais do que um dever ético. Por fim, o pragmatismo não seria avesso a todo tipo de teoria, apenas à ideia de usar teorias políticas ou morais abstratas como guia para atividade decisória, sendo, por outro lado, receptivo a teorias que promovam análise empíricas. Numa palavra, o pragmatismo seria empírico (“*empiricist*”).<sup>403</sup>

A grande questão que se coloca para o pragmatismo, enquanto programa decisório que considera as fontes formais como material muito mais informativo do que de observância obrigatória, é que uma maior liberdade do decisor pode pôr em risco o compromisso com o direito vigente, vez que “há que se preservar o respeito às normas e ao sistema constitucional positivados, que não podem ser concebidos apenas como mais um elemento a ser considerado pelos decisores públicos, sob pena de comprometimento da força normativa da Constituição”.<sup>404</sup>

Sarmiento e Pereira de Souza arguem ainda a possível falta de legitimidade democrática do decisor pragmático e a presunção otimista de sua capacidade institucional para realizar a avaliação das consequências esperadas. Retorcendo o argumento pragmático contra ele mesmo, o que não raras vezes é estrategicamente invocado pelos próprios autores de linhagem pragmática, aduzem que, no computo global, o formalismo, no sentido de apego a um modelo de regras e subsunção, poderia ser até preferível ao pragmatismo e produzir soluções mais “eficientes”.<sup>405</sup>

<sup>403</sup> POSNER, Richard. A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 47-48.

<sup>404</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2006, p. 232.

<sup>405</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2006, p. 232.

Por certo, sendo uma proposta que autoproclamadamente não se fundamenta em nenhuma premissa teórica mais firmemente delimitada, o pragmatismo, ao mesmo tempo em que mostra predisposição para solução prática de conflitos, o que é de todo louvável notadamente na seara jurídica em que há um reclamo por operatividade decisória, mostra extrema dificuldade na sua própria definição, o que lhe confere certa imunidade tática inclusive contra possíveis críticas, na medida em que se torna difícil, para não dizer impossível, criticar algo que não se apoia em algum anteparo teórico mais definido de comparação.

A celeuma, talvez, resida não propriamente no consequencialismo ao estilo pragmático, enquanto predisposição para resolução prática de conflitos, o que já seria problemático diante de um possível “consequencialismo do caso” em detrimento de um “consequencialismo sistemático”, ou mesmo no contextualismo, enquanto análise das circunstâncias do caso em si, já que, a rigor, não se concebe aplicação de normas jurídicas que não leve em conta as circunstâncias do caso concreto, mas sim no seu antifundacionalismo como a possibilidade de rejeição da normatividade do direito, enquanto pauta de valores sob os quais as consequências decisórias devem ser avaliadas. A respeito do que chama de argumento pragmático ou por consequência, José Luiz Fiorin, de há muito, já adverte:

O argumento *ad consequentiam* deve ser utilizado com cuidado, porque, quando é levado ao extremo, sem que seja balizado por valores, a especulação sobre as consequências, pode-se justificar tudo, mesmo as ações mais repulsivas: por exemplo, “O turismo sexual deve ser incentivado, porque cria postos de trabalho”, “Deveríamos matar os velhos, porque isso resolveria o problema do déficit da Previdência Social.”<sup>406</sup>

Não à toa a nebulosidade do programa proposto torna visivelmente complexa a tarefa de caracterizar até mesmo determinado autor ou determinada decisão como sendo seguramente pragmática. Basta ver, a título exemplificativo, a tentativa de Posner de enquadrar a teoria jurídica de Kelsen como sendo uma análise positiva e não normativa.<sup>407</sup> Apesar da tentativa, tem-se que o fato de uma norma apanhar fundamento de validade em outra norma, mas sem

<sup>406</sup> FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto, 2018, p. 166.

<sup>407</sup> A seguinte passagem é emblemática: “O ‘pura’ da teoria pura do direito de Kelsen não tem relação com o idealismo ou com hostilidade às ciências sociais. Tem a ver com seu objetivo de oferecer um a definição universal de direito. O paralelo é com a teoria da gravitação universal de Newton. Newton perguntou (ou pode-se imaginar que tenha perguntado) o que uma bola de canhão, a superfície do oceano, uma pena, um planeta e todos os outros objetos físicos tem em comum e respondeu que todos eles se comportam de acordo com a mesma lei (isto é, regularidade) da gravitação. A investigação de Newton era, é claro, positiva em vez de normativa. Ele estava tentando descobrir, e não mudar as “leis” universais da natureza. Mas Kelsen também estava engajado numa análise positiva, e não normativa. Ele estava tentando descobrir o que toda lei tem em comum. Apesar de estar buscando uma teoria positiva de um fenômeno social em vez de natural e o fenômeno particular em que estava interessado ser normativo, seu interesse era positivo. Nesse sentido, sua investigação é, como disse ele, científica e não apenas sistemática. Podemos chamá-la de sociológica ou até mesmo de linguística, no sentido dos filósofos da linguagem comum de Oxford; ele estava desencavando o significado da palavra “direito”, da forma como usamos”. (POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 196).

uma determinabilidade absoluta de conteúdo, assim como o fato de que o que os juízes fazem com seus poderes delegados ser norma em virtude da delegação, não parece abrir espaço amplo, irrestrito, ou muito menos indefinido para fontes extrajurídicas advindas de outras ciências sociais como é o caso da Economia e da Sociologia no processo de adjudicação.<sup>408</sup>

Por certo, a significação das ações só pode ser alcançada no e pelo direito, até porque este aqui é entendido do ponto de vista dinâmico como um sistema que regula a sua própria criação, e do ponto de vista estático como possuidor de objeto irreduzível que lhe confere diferenciação em relação às demais áreas do convívio humano, a norma jurídica, na sua completa acepção.<sup>409</sup>

Retomando a metáfora do próprio Kelsen, em referência à interpretação e à discricionariedade jurisdicional, não é porque a “moldura” interpretativa é ampla que deixa de ser uma “moldura”, ou melhor dizendo não é porque a “moldura” interpretativa é ampla que deixa de ter limites, ainda que seu conteúdo em algum momento não seja precisamente determinado, sendo possível, a rigor, distinguir o jurídico do não jurídico, sendo possível, a rigor, distinguir a racionalidade jurídica da racionalidade meramente instrumental, para ficar só nesta.<sup>410</sup>

#### 4.3.1.2.2. Precisando o Sentido da Expressão: “Práticas” ou “Econômicas”

<sup>408</sup> “Porém, o que é significativo na teoria de Kelsen referente ao direito e à economia e às ciências sociais e a outras fontes de conhecimento extrajurídicas (num sentido estreito de “jurídicas”) em geral, é o espaço que cria para extrair dessas fontes o auxílio na formulação de doutrinas legais. (...) A lei é uma atribuição de competências. A simpatia de um pragmatista a uma abordagem desse tipo, uma característica evidente da prática judicial de Holmes, deve ser notória. Acreditar “que não há ponto de vista que possa reclamar precedência com base em sua suposta objetividade dá ensejo à questão de qual ponto de vista deve prevalecer”. Esta é uma questão de jurisdição: quem decide”. (POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 207).

<sup>409</sup> Conforme adverte o próprio Kelsen, a Teoria Pura do Direito é Ciência e não Política do Direito: “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como ele deve ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental”. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1).

<sup>410</sup> Sobre a discussão entorno do ceticismo interpretativo kelseniano, ver Capítulo 3, item 3.3.

Por outro lado, igualmente não se desconhece que outra parte dos teóricos reivindica leitura própria do dispositivo, interpretando o vocábulo “práticas” como “econômicas”, atraindo, por conta disto, o racional típico da chamada análise econômica do direito.<sup>411</sup>

Voltando ao processo de tomada de decisão pragmática, embora reconheçam a dificuldade na empreitada ante a vaguidade expositiva da sua versão cotidiana e alertando para impropriedade da simples transposição da matriz do pragmatismo filosófico para o pragmatismo jurídico, o que aliás em uma advertência constante na obra de Posner<sup>412</sup>, Arguelhes e Leal afirmam que seria possível estabelecer um método bifurcado, sendo a primeira etapa destinada a “individualização de pares de decisões possíveis e estado de coisas associado a cada uma delas” e a segunda a “ordenação desses pares com base em algum critério pelo qual se estabeleçam relações de preferência entre os estados de coisas possíveis”.<sup>413</sup>

Acontece que, em que pese o esforço para construir o pragmatismo não propriamente como uma teoria normativa, mas sim como meta-teoria normativa da decisão jurídica, esse método de tomada de decisão não seria privativo do pragmatismo, muito corriqueiramente associado a outro campo de estudos que se convencionou chamar de análise econômica do direito ou teoria econômica do direito, campo este amplamente ambientado ao Direito Concorrencial e Regulatório, e no qual, não por acaso, Posner também é referência.<sup>414</sup> O próprio Posner descreve o que seria o “aspecto *teórico* mais ambicioso da abordagem econômica do Direito” como sendo

(...) a proposta de uma teoria econômica unificada do Direito, no âmbito da qual se considera que a função deste é a de facilitar a operação do livre-mercado e, nas áreas em que os custos das transações mercadológicas são proibitivos, a de “mimetizar o

<sup>411</sup> Assumindo, declaradamente, uma interpretação do dispositivo fulcrada na análise econômica do direito, ver: BASTOS, José Umberto. **Decisão tributária, consequencialismo e análise econômica do direito**: aplicação e limites do art. 20 da LINDB. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 41. Promovendo uma leitura do dispositivo através do chamou de “teoria da árvore frutífera”, que considera os “valores segurança jurídica, eficiência e proteção do sistema para um *melhor e maior* desenvolvimento intersubjetivo”, ver: FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo, consequencialismo e compliance**: gestão de riscos, proteção de dados e soluções para o controle judicial na era da IA. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 134-137.

<sup>412</sup> “A chave para a realização da promessa do verdadeiro profissionalismo esboçado no capítulo anterior é o pragmatismo, entendido, porém, em sentido nitidamente moderado – o que, especificamente, não é o sentido em que esse termo é usado para denominar uma posição filosófica. Os pragmatistas filosóficos e seus adversários atacam-se com unhas e dentes para determinar se a linguagem reflete ou não a realidade, se o livre arbítrio é ou não compatível com uma concepção científica de mundo, até, se essas questões têm ou não algum significado. Não estou interessado em nada disso. Interesse-me pelo pragmatismo entendido como a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações”. (POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 317-318).

<sup>413</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como (Meta) Teoria Normativa da Decisão Judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 190.

<sup>414</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 19.

mercado” por meio da determinação, mediante decisão judicial, do desfecho que seria mais provável caso as transações de mercado fossem viáveis. Portanto, tem, ao mesmo tempo, aspectos descritivos (ou explicativos) e normativos (ou reformistas).<sup>415</sup>

Sobre os referidos aspectos, vale dizer sobre a metodologia própria da análise econômica do direito, Gico Jr. esclarece que o primeiro, também denominado de análise positiva, auxilia “a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra”, enquanto o segundo normativo auxilia “a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido”.<sup>416</sup>

Se tomarmos a proximidade estritamente metodológica como critério de comparação, talvez a análise econômica esteja mais próxima do consequencialismo – ou pelo menos do que consideramos como seu método essencial – do que o pragmatismo propriamente dito, no que diz respeito ao estabelecimento de pares de decisão e a avaliação de possíveis consequências da decisão, sob um critério normativo.<sup>417</sup>

Mas, assim como nenhuma outra teoria, a análise econômica do direito não está imune a críticas, e, diante do referencial escolhido para enfrentamento do tema, são várias. Não bastasse o perigo entorno dos complexos juízos meramente estatísticos ou probabilísticos, os quais podem vir a não se concretizar, há ainda a questão da indefinição do objetivo normativo perseguido. Embora, é bom que se diga, já se reconheceu não haver justificativas éticas para confundi-lo com a “maximização da riqueza”.<sup>418</sup>

Muito embora diversos protocolos decisórios venham sendo propostos, com a finalidade de conferir uma maior racionalidade às decisões, veja-se ainda que a análise econômica coloca enorme pressão na justificação, especialmente dos juízes, que não gozam do instrumental

<sup>415</sup> POSNER, Richard. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. XIII-XIV.

<sup>416</sup> GICO JR., Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economics Analysis of Law Review**. V. 1, nº. 1º, Jan-Jun, p. 18. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2794>>. Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>417</sup> “*In recent times, the law has appropriated consequentialism from two principal standpoints: that of economics, via economic analysis of law, and that of ecology, via environmental impact assessment and technology impact assessment*”. (MATHIS, Klaus. Consequentialism in law. MATHIS, Klaus. (ed.) **Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations**. Law and Philosophy Library. Volume 98: Springer, 2012, p. 3). Em tradução livre: “*Nos últimos tempos, o direito se apropriou do consequencialismo a partir de dois pontos de vista principais: o da economia, via análise econômica do direito, e o da ecologia, via avaliação de impacto ambiental e avaliação de impacto de tecnologia*”.

<sup>418</sup> GICO JR., Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economics Analysis of Law Review**. V. 1, nº. 1º, Jan-Jun, p. 20. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2794>. Acesso em: 11.09.2020.

próprio dos formuladores e executores de políticas públicas, constitucionalmente mais habilitados para promover juízos sobre fatos e prognoses.

Luiz Fernando Schuartz, um dos pioneiros a tratar do consequencialismo em terras brasileiras, vai afirmar que decisões judiciais orientadas nas próprias consequências são tipicamente decisões tomadas sob condições de incerteza subjetiva, ainda que por vezes decisores e seus críticos possam transparecer impropriamente o contrário, havendo fortes razões para se aproximar como ressalvas de tal estratégia argumentativa, vez que, ainda que bem incorpore teorias e conceitos da análise econômica sobre fatos e prognoses, as informações necessárias a aferição das condições de adequação da decisão dificilmente estão disponíveis ao decisor ou eventual observador no momento da tomada da decisão. Aliás, o autor alerta que aferir a racionalidade científica da decisão a partir dos critérios nos quais se baseou, ou seja, verificar *ex post* a adequação da decisão com base em critérios tomados, como parâmetro *ex ante* se mostra inclusive questionável, já que, com a evolução científica, tais critérios estariam indisponíveis para o decisor quando tomou a decisão.<sup>419</sup>

Assim, o que se deve notar é que, a pretexto de conferir maior rigor à decisão jurídica, juízos consequencialistas baseados em métricas científicas ou probabilísticas podem proporcionar decisionismos e voluntarismos, tanto quanto juízos baseados em termos jurídicos abstratos.<sup>420</sup> Em todo o caso, embora se reconheça que o direito reserve espaços apropriados para juízos consequencialistas baseados em estudos de impactos,<sup>421</sup> o que se dá notadamente

<sup>419</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem, in MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. Cortada. **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 389.

<sup>420</sup> Conforme Emerson Gabardo e Pablo Ademir de Souza: “Os argumentos consequencialistas, porém, mesmo que lastreados em estudos técnicos realizados com o maior rigor metodológico possível, isto é, dotados de cientificidade, não passarão de mera probabilidade quanto à ocorrência (ou não) dos fenômenos indicados”. E prosseguem os autores: “Em resumo, tem-se que, além das dificuldades operacionais em lastrear todas as predileções em estudos técnicos e científicos, mesmo que a fundamentação consequencialista assim o faça, ainda estará limitada aos juízos de probabilidade – e a probabilidade é um labirinto no qual o sujeito está completamente vulnerável à tentação subjetivista”. (GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul./set. 2020. DOI: <10.21056/aec.v20i81.1452>. Acesso em: 27 set 2022).

<sup>421</sup> BRASIL. Lei nº. 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica: “Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada”.

no campo regulatório,<sup>422</sup> pensa-se que tal metodologia decisória, como visto, questionável em suas próprias bases,<sup>423</sup> não pode, de modo algum, ser generalizada ou se afastar da pauta de valores jurídicos os quais a decisão deve se basear.

#### 4.3.1.2.3. Precisando o Sentido da Expressão: “Práticas”, “Administrativas” ou “Jurídicas”

Partindo do texto da própria Lei de Introdução, há quem diferencie ainda as consequências “práticas”, das “administrativas”, e das “jurídicas” como se consubstanciassem três espécies distintas de consequências que a decisão jurídica poderia provocar.<sup>424</sup>

Diante de tudo o que foi até dito, não imaginamos outra interpretação possível, que não a visível impropriedade redacional do legislador, além da falta de rigor na referida distinção. Não há outro tipo de consequências que possam ser consideradas, que não as estritamente jurídicas, ainda que seus conteúdos de significação sejam de difícil delimitação diante do caso concreto. Conforme vimos desenvolvendo ao longo de toda a exposição, o direito e a realidade social enquanto dois corpos de linguagem, em que pese operem por meio de referências mútuas, notadamente no aspecto semântico e pragmático, um com o outro não se confundem. O direito

<sup>422</sup> BRASIL. Lei nº. 13.848, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras: “Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. § 1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada. § 2º O regimento interno de cada agência disporá sobre a operacionalização da AIR em seu âmbito. § 3º O conselho diretor ou a diretoria colegiada manifestar-se-á, em relação ao relatório de AIR, sobre a adequação da proposta de ato normativo aos objetivos pretendidos, indicando se os impactos estimados recomendam sua adoção, e, quando for o caso, quais os complementos necessários. § 4º A manifestação de que trata o § 3º integrará, juntamente com o relatório de AIR, a documentação a ser disponibilizada aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública, caso o conselho diretor ou a diretoria colegiada decida pela continuidade do procedimento administrativo. § 5º Nos casos em que não for realizada a AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão”.

<sup>423</sup> Tratando sobre o passado, presente e futuro da motivação administrativa brasileira, Ana Luíza Calil se refere à motivação baseada em análise de impacto regulatório “utópica”, considerando todos os requisitos exigidos pela legislação para tanto, se comparados com a realidade da administração: “Em uma visão crítica ao instituto, considerando a realidade da administração pública brasileira, a motivação almejada pelo cumprimento de todas as etapas do ciclo parece ser quase utópica. A administração pública tem que lidar rotineiramente com restrições orçamentárias, de pessoal capacitado, e de tempo para a tomada de decisão. Esses fatores podem levar (i) à demora excessiva na conclusão de uma AIR; (ii) ao risco de desatualização das informações e dados levantados em virtude da demora; (iii) à ineficiência ou fuga ao modelo”. (CALIL, Ana Luíza. *Motivação administrativa: passado, presente e futuro no direito administrativo brasileiro*. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (coord.). **Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 185).

<sup>424</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro: “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas”. (grifo nosso).

cria sua própria realidade, elegendo os fatos que reputa relevantes, subsumindo-os à hipótese de incidência da norma, para então interferir de modo coativo no seio social disciplinando a conduta entre os sujeitos.

Dessa forma, embora influencie e seja influenciado pelos demais sistemas, a saber, pela política, pela economia, ou quem sabe até pela administração enquanto atividade de gestão, o sistema de direito positivo com eles não se confunde, de modo que, um determinado fato social nunca adentra nos lindes do direito no seu estado “bruto”, mas sim depois que passa pela filtragem que o próprio direito lhe confere a partir de seu peculiar código de referência.<sup>425</sup> Em outras palavras, o direito ao regular seu próprio funcionamento, ou seja, por constituir um sistema autopoietico, não admite uma interpretação prática, pragmática, meramente gerencial, econômica ou política, mas sim jurídica, a partir de suas próprias “estruturas, categorias, processos e formas”.<sup>426</sup>

Com isto, se há algum tempo parcela da doutrina já não admitia a consideração das consequências externas ao direito, com muito mais razão agora que o próprio direito delimita o campo de alcance desse controverso instituto não se deve considerar. A partir do texto positivado, o melhor entendimento parece ser aquele que relega a justificacão consequencialista aos casos em que a lógica do silogismo e do dedutivismo se mostram evidentemente “insuficientes”, tal como visto no capítulo anterior. “Esgotado” o raciocínio dedutivo e os requisitos formais de interpretação jurídica, a questão que surge é como decidir em casos nos quais o direito não fornece uma resposta clara, ou, mais notadamente nos casos em que surgem problemas semânticos de interpretação em que mais de um sentido é admitido como possível, ou mesmo problemas de pertinência em que o problema não consiste simplesmente em interpretar o texto, mas sim em saber se uma determinada norma seria sequer aplicável ao caso, ou inclusive em problemas envolvendo a classificação ou qualificação de fatos previstos em hipóteses normativas. Em suma, a questão que surge é o que fazer quando “esgotadas as normas sem que esgotemos a necessidade de decisões jurídicas”.<sup>427</sup>

---

<sup>425</sup> “Ainda que elementos sociais, históricos, políticos, econômicos, antropológicos informem a criação/produção e a interpretação/aplicação destas normas, são objetos de outras Ciências específicas, que não a Jurídica”. (CARVALHO, Aurora Tomazini de. O construtivismo lógico-semântico como método de trabalho na elaboração jurídica. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.) **Construtivismo Lógico-Semântico**. Vol. I. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 21).

<sup>426</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 122.

<sup>427</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 127.



Aliás, tais casos seriam resolvidos não só pelos testes justificativos de (i) justiça formal, enquanto dever de universalização da decisão para demais casos semelhantes; (ii) consistência, enquanto não violação direta das regras do conjunto, e (iii) coerência, enquanto recondução aos valores últimos materializados nas mais altas normas do sistema e nos seus diversos sub-ramos, mas, principalmente, pelo teste (iv) consequencialista, onde possíveis construções rivais, igualmente admitidas, seriam comparadas e avaliadas pelo órgão competente para edição normativa e o seu controle a partir do exame das suas consequências, na linha do consequencialismo propriamente jurídico ou normativo, tal como visto no capítulo anterior.

E nesse curso de ideias, o parâmetro avaliativo das consequências logicamente implicadas por determinada norma, como não poderia deixar de ser, devem ser aqueles que o próprio direito considera relevantes.<sup>428</sup> Ora, se a linguagem não só fala do objeto, como participa da sua constituição, e se por ser objeto de cultura carrega consigo valores, nada mais natural, para não dizer lógico, que a adequada avaliação das consequências normativas seja aquela que se volta à própria linguagem do direito, num movimento teleológico e sistemático, para dela construir os sentidos possíveis e admitidos.<sup>429</sup>

#### 4.3.2. Norma que Disciplina a Relação Jurídica do Ato Propriamente Dito

O consequencialismo enquanto norma de estrutura disciplina o conteúdo do ato propriamente dito, ainda que de forma mediata, já que se volta, na verdade, ao fato jurídico produtor de ato administrativo, que constitui, como visto, o antecedente do ato como veículo introdutor, a partir do qual dimanará eficácia jurídica, vindo a constituir a relação jurídica entre o sujeito emissor e o destinatário final do ato. Em que pese a disciplina mediata, entende-se que não se deve perder de vista, por ocasião do consequente imediato do ato, ou seja, do seu conteúdo e objeto, o dever de justiça formal e universalidade da decisão.

#### 4.4. Consequencialismo como Norma que Disciplina o Ato como Documento Normativo

O consequencialismo enquanto norma que estrutura a prática do ato disciplina não só o ato administrativo como norma, introduzida e introdutora, como também o ato enquanto documento normativo, por meio do qual vai se materializar no mundo fenomênico, mais

<sup>428</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 152.

<sup>429</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3ª. ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 180.

precisamente a sua forma, assim como a maneira como se tornará perceptível aos sentidos, ou seja, a maneira como se dará a sua publicidade.

#### 4.4.1. Norma que Disciplina a Forma

Embora o ato administrativo possa assumir as mais variadas formas, pensamos que é a escrita que melhor se coaduna com o dever de considerar as consequências da decisão. Se a ideia é fazer com que a motivação do ato seja controlável, mais adequado obrigar que se dê de forma escrita, a partir da qual se possa construir as normas, essas sim objeto de controle administrativo e judicial.

Ademais, a fim de realmente garantir segurança jurídica, tal poderá ser proporcionado por uma objetivação de base empírica da linguagem produtora de ato administrativo, por meio da qual essa linguagem possa efetivamente ganhar intersubjetividade. O que não quer dizer, dada a inesgotabilidade inerente à interpretação, que da própria leitura dos enunciados não venham a surgir controvérsias sobre qual o sentido se deve seguir. A ideia aqui não é eliminar a indeterminação, o que é algo contingente, mas sim diminuí-la, controlá-la, cada vez mais, ao ponto de se poder dizer garantido o mínimo ideal de segurança jurídica.

#### 4.4.2. Norma que Disciplina a Publicidade

E ainda que a comunicação oficial dos atos administrativos possam se dar por envio direto ao seu destinatário, o que é o comum nas notificações judiciais, ou nos processos administrativos em que o particular discute pretensão resistida em face do Estado, em reforço à ideia de legitimação e controle do ato, mas sobretudo à ideia de que, ao considerar as consequências, as razões desta decisão possam vir a se tornar precedente para futuras decisões, o que expande o seu interesse para outros destinatários que não só os imediatos, pensamos que a motivação deve sempre ser tornada pública, exceto quando de modo excepcionalíssimo a própria lei restrinja tal obrigação aos sujeitos dispostos na relação jurídica que consubstancia o conteúdo do ato, devendo inclusive consubstanciar, após o devido procedimento onde se garanta a participação de eventuais interessados, entendimento acessível ao público em geral por meio de repositório próprio, na linha do que preconiza a própria Lei de Introdução.<sup>430</sup>

---

<sup>430</sup>BRASIL. Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro: “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os

#### 4.5. Consequencialismo como Norma que Disciplina a Justificação da Decisão Jurisdicional

Como deixamos assentado acima, o dever de considerar as consequências da decisão se aplica não só às esferas administrativa, mas também à controladora e judicial. O consequencialismo, portanto, é norma de estrutura, só que agora dirigida aos órgãos incumbidos de competência jurisdicional, prescrevendo como deve se dar a fundamentação – leia-se justificação – da respectiva decisão controladora. Enquanto norma destinada basicamente ao controle processual do ato, norma secundária, que conjuntamente com a primária compõe o consequencialismo enquanto norma jurídica de produção completa.

É claro, como decorrência da submissão à lei e ao direito, que a própria administração pode controlar seus próprios atos, inclusive *ex officio*, o que consubstancia o chamado autocontrole ou autotutela. Como decorrência da submissão à ordem jurídica, pode ocorrer também que o ato seja submetido ainda ao controle legislativo, a quem incumbe o controle político, de legalidade e conveniência ao interesse coletivo. Mas, de fato, o que controle que nos interessa de perto, diante da redação do dispositivo ora em análise, é o jurisdicional, por meio do qual o ato administrativo é submetido ao crivo de órgão com função de dizer o direito no caso concreto, o que pode se dar, com antes visto, entre os próprios órgãos da administração, no exercício de função jurisdicional atípica, ou em relação ao judiciário, no exercício de função jurisdicional típica, mediante o manejo das ações tradicionalmente propostas para tanto.<sup>431</sup> Nesses últimos casos, o que se pode ter, repita-se, é o consequencialismo enquanto norma primária a disciplinar a decisão com base em valores jurídicos abstratos, princípios e conceitos ou termos jurídicos indeterminados, e a consequente invalidação, em caso de desrespeito à primeira norma de decisão.

##### 4.5.1. Norma que Disciplina a Justificação da Decisão no Controle Jurisdicional Atípico

Dentre as discussões levantadas no que diz respeito ao controle jurisdicional atípico ou controle externo da administração, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Veras de

---

instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão”.

<sup>431</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 319 e ss. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 94 e ss. FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 197.

Freitas apontam que os julgamentos ditos principiológicos tem permeado as decisões do Tribunal de Contas da União, máxime no que diz respeito ao controle de cláusulas envolvendo concessões e projetos de infraestrutura. Em meio aos critérios abertos que servem de fundamento para o criticado controle estariam o permissivo constitucional para realização de “auditoria operacional”<sup>432</sup>, “atuação finalística” das agências reguladoras, que sempre repercutiria no erário, a garantir o controle externo, e o “poder geral de cautela”, decorrente da teoria dos poderes implícitos, tal como desenhada pela jurisprudência, além de recomendações internacionais que fomentam tal intervenção.<sup>433</sup>

Arguem ainda os referidos autores, que a censura dos referidos órgãos seria questionável, basicamente porque a autorização constitucional para o controle de contas se daria somente em face dos atos administrativos,<sup>434</sup> categoria que se diferenciaria dos contratos administrativos.<sup>435</sup> E concluem afirmando que a norma que ora estamos estudando poderia interditar a judicialização das referidas contratações em face de abstrações, como ameaça ao “princípio da precaução”, ou por se tratar de “atos lesivos ao patrimônio público”.<sup>436</sup>

Em que pese as considerações, pensamos que a problemática não gira em torno da competência em si para o controle, até porque o nosso conceito de ato administrativo abarca tanto os atos negociais, quanto os normativos, mas sim a densificação das decisões, as quais estas sim devem ser devidamente justificadas, guardadas as peculiaridades da área em que esse controle é exercido. Conforme bem apontam Edgar Guimarães e Paulo Vinicius Liebl Fernandes, o atual regime constitucional do direito administrativo é marcado por fenômenos que contribuíram para instalação do ambiente de insegurança jurídica na aplicação das normas voltadas ao poder público, a saber: “(i) alargamento do campo de atuação do Estado; (ii) expansão, fragmentação e alto grau de indeterminação da legislação administrativa; (iii)

---

<sup>432</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

<sup>433</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº. 13.655/2018: Lei da Segurança para a Inovação Pública**. Belo Horizonte: 2019, p. 27.

<sup>434</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; (...) X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

<sup>435</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº. 13.655/2018: Lei da Segurança para a Inovação Pública**. Belo Horizonte: 2019, p. 30.

<sup>436</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº. 13.655/2018: Lei da Segurança para a Inovação Pública**. Belo Horizonte: 2019, p. 37.

ampliação das formas de controle exercidos sobre as atividades administrativas; e (iv) alargamento da atuação das instituições de controle”.<sup>437</sup>

Diante desses fenômenos, pensamos que o que se tem não é a possibilidade de interdição do controle, ou mesmo a impossibilidade de invocação de textos indeterminados, até porque a legislação administrativista, sabidamente esparsa para atender os mais diversos segmentos da vida social se encontra completamente permeada por eles, mas sim a exigência de que o consequencialismo, enquanto norma de decisão, seja efetivamente cumprida pelos órgãos aos quais é dirigida. Desse modo, “a autoridade decisória, além de afastar o risco de decisões construídas de modo voluntarista, ainda enunciará de forma clara e precisa a regra jurídica obtida a partir da aplicação do valor jurídico abstrato, conferindo às demais autoridades balizas consistentes para orientá-las na resolução de casos semelhantes”.<sup>438</sup>

O dispositivo que positivou o consequencialismo ainda é relativamente recente, não se vislumbrando uma linha decisória que possa refletir quais os parâmetros a referida Corte de Contas vêm se utilizando para interpretá-lo.<sup>439</sup>

Outra discussão que envolve o consequencialismo e a esfera jurisdicional administrativa diz respeito a sua aplicação na seara tributária. Em que pese haja quem entenda possível uma justificação consequencialista no procedimento de consulta fiscal, partindo inclusive do mesmo referencial aqui adotado,<sup>440</sup> a aplicabilidade da própria Lei de Introdução ao procedimento administrativo fiscal está longe de se pacificar, tendo o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais editado Súmula afastando a aplicabilidade do artigo 24 da referida Lei,<sup>441</sup> vazada nos seguintes termos:

<sup>437</sup> GUIMARÃES, Edgar; FERNANDES, Paulo Vinicius Liebl. Repercussões da Lei nº. 13.655/2018 sobre a atividade decisória dos Tribunais de Contas. In: PRIESS, Thiago Valiati; HUNGARO, Luis Alberto; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 309.

<sup>438</sup> GUIMARÃES, Edgar; FERNANDES, Paulo Vinicius Liebl. Repercussões da Lei nº. 13.655/2018 sobre a atividade decisória dos Tribunais de Contas. In: PRIESS, Thiago Valiati; HUNGARO, Luis Alberto; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 312.

<sup>439</sup> Sobre uma pesquisa das decisões do Tribunal de Contas da União após a aprovação do dispositivo em comento, concluindo que “a referida Corte de Contas ainda está distante de incorporar argumentos de cunho consequencialista na sua racionalidade decisória”, ver: BARBOSA, Bernardo Souza. **O consequencialismo e a mitigação das perdas no controle de contratos administrativos pelo Tribunal de Contas da União**. 2020. 108f. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/29450>. Acesso em: 01 out 2022.

<sup>440</sup> SANTOS, Paula Gonçalves Ferreira dos. **Uma argumentação consequencialista na solução de consulta tributária**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 134.

<sup>441</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro: “Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as

Súmula CARF nº 169

O art. 24 do decreto-lei nº 4.657, de 1942 (LINDB), incluído pela lei nº 13.655, de 2018, não se aplica ao processo administrativo fiscal.<sup>442</sup>

Mesmo havendo posicionamento pela aplicação da Lei de Introdução como um todo a esta seara, inclusive da norma que disciplina especificamente o consequencialismo,<sup>443</sup> não nos parece que isso seja possível. Embora não constitua nosso objeto formal de estudo, dentre os argumentos que estão sendo utilizados para afastar o referido artigo 24 é a exigência constitucional de lei complementar para dispor sobre normas gerais em matéria tributária,<sup>444</sup> sendo que, a prevalecer tal objeção, o que nos parece bastante razoável, cairia por terra a aplicação do próprio artigo 20.<sup>445</sup>

E não bastasse, como bem se sabe, a atividade da administração tributária, diferentemente da atividade administrativa em sentido mais amplo, é plenamente vinculada, devendo obediência não só ao princípio da legalidade estrita, o que afastaria a invocação de princípios para exigir ou deixar de exigir administrativamente tributos, como também ao seu corolário, à tipicidade, no sentido de que a regra-matriz de incidência tributária deve trazer consigo os “elementos descritores do fato jurídico e prescritores da relação obrigacional”,<sup>446</sup> o que pensamos afastaria a invocação de conceitos indeterminados para o mesmo desiderato.

E não fosse isso suficiente, como bem apontou Antônio Carlos de Souza Júnior, a incidência da norma que disciplina o consequencialismo no processo administrativo tributário acabaria por afastar atos concretos com base em princípios, ou seja, promoveria verdadeiro controle de constitucionalidade em âmbito administrativo, o que seria inclusive vedado.<sup>447</sup>

---

orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”.

<sup>442</sup> BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. Súmula 169. Aprovada pelo Pleno em sessão de 06/08/2021 – vigência em 16/08/2021.

<sup>443</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **LINDB: Direito Tributário está sujeito à Lei de Introdução reformada**. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lindb-direito-tributario-esta-sujeito-a-lei-de-introducao-reformada-10082018>. Acesso em: 04.10.2022.

<sup>444</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988: “Art. 146. Cabe à lei complementar: (...) III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:”.

<sup>445</sup> Sobre um apanhado dos argumentos contrários a aplicação do artigo 24 da Lei de Introdução, ver: SOUZA JÚNIOR, Antônio Carlos de. *A conservação do ato irregular no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2022, p. 364-368.

<sup>446</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 174.

<sup>447</sup> SOUZA JÚNIOR, Antônio Carlos de. **A conservação do ato irregular no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2022, p. 353.

#### 4.5.2. Norma que Disciplina a Justificação da Decisão no Controle Jurisdicional Típico

Por fim, mas não menos importante, o consequencialismo é norma, só que agora voltada a disciplinar a decisão no controle jurisdicional típico, que, diante do modelo brasileiro de jurisdição, é o único capaz de dizer o direito em definitivo aplicável ao caso concreto. Em um certo sentido, o ordenamento jurídico brasileiro já preconizava o dever do juiz de avaliar as consequências das suas decisões, o que pode ser verificado pela própria Lei de Introdução, que de há muito prescreve que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.<sup>448</sup> E isso sem falar nos já mencionados artigos que tratam da modulação de efeitos nas decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade e da modulação de efeitos no caso de mudança de jurisprudência.

Aliás, mesmo antes das alterações promovidas pela Lei nº. 13.655, de 2018, já havia quem defendesse que o próprio manejo de princípios, padrões normativos cuja natureza exige a atenção ao fim ou ao estado de coisas a alcançar, promoveria juízos consequencialistas, motivo pelo qual tal tipo de argumento, amplamente rechaçado porque afrontoso ao Estado de Direito, poderia inclusive ser reconduzido ao ordenamento jurídico.<sup>449</sup>

Assim como no caso anterior, diante dos poucos e esparsos casos encontrados na jurisprudência, não se vislumbra um entendimento consolidado entorno da interpretação do dispositivo, estando esta francamente em aberto. Diversas questões sobre o controle judicial já foram abordadas ao longo do capítulo, mas pensamos reste uma que ainda precise ser enfrentada, qual seja se a decisão que controla o ato administrativo pode se valer de juízos consequencialistas de proporcionalidade para decidir pela sua manutenção no sistema.

##### 4.5.2.1. A Proporcionalidade na Decisão que Decide pela Invalidação do Ato

Outra questão, esta sim, que vem gerando intensos debates diz respeito ao consequencialismo aplicado a decisão, notadamente a decisão judicial, que decide pela invalidação do ato administrativo. O que se diz é que as orientações inseridas na nova Lei de Introdução teriam promovido verdadeira revolução na teoria das invalidades do ato administrativo, na medida em que o juízo que decide pela anulação do ato deveria vir

---

<sup>448</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Art. 5º.

<sup>449</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. **Deuses pragmáticos, mortais formalistas**: A justificação consequencialista das decisões judiciais. 2006. 220f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006, p. 45.

acompanhado de um juízo de proporcionalidade, tendo sido superada a ideia de nulidade absoluta em detrimento da ideia de avaliação consequencialista da manutenção dos efeitos práticos do ato inválido.<sup>450</sup>

Isto é perceptível na redação do parágrafo único do comentado artigo 20, quando se refere a “necessidade” e “adequação” da medida que decide pela invalidação do ato, mais é visto de forma ainda mais acentuada na redação que se deu ao artigo 21 e seu parágrafo único, vazados nos seguintes termos:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Conforme dito ao longo da exposição, o sistema jurídico de direito positivo convive com normas que são invalidamente produzidas. Aliás, esta é justamente uma das suas características, e o que o difere do sistema científico que o estuda. Como já tivemos oportunidade de dizer, a ordem jurídica se restaura não só pela decretação da invalidade dos atos administrativos viciados, o que encontra amparo no basilar princípio da legalidade, como também pela manutenção daqueles que possam ser convalidados, forte, por sua vez, no princípio da segurança jurídica, bem como no seu corolário, a proteção da confiança legítima.<sup>451</sup>

Em que pese respeitáveis vozes em contrário, a melhor leitura das disposições acima parece ser a de que, para que se possa preservar os efeitos de ato viciado, deve-se observar, antes de tudo, as prescrições legais que disciplinam a convalidação dos atos administrativos, às quais o dispositivo parece remeter.<sup>452</sup> E aqui o que se deve observar é que talvez não há falar

<sup>450</sup> De acordo com Floriano Azevedo Marques e Rafael Veras, “(...) o dispositivo em comento confere novos quadrantes consequencialistas à Teoria da Nulidades dos Atos Administrativos”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº. 13.655/2018: Lei da Segurança para a Inovação Pública**. Belo Horizonte: 2019, p. 21). No mesmo sentido é a opinião de Marçal Justen Filho, para quem: “Uma das inovações marcantes produzidas pela alteração da LINDB consiste na renovação quanto ao tratamento da invalidade do ato administrativo. Esses novos enfoques encontram-se consagrados no parágrafo único do art. 20, mas também em outros dispositivos do diploma – em especial, o art. 21 e seu parágrafo único”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas**. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], p. 13–41, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77648. Disponível em: < <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648> >. Acesso em: 1 set. 2022).

<sup>451</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (Lei nº. 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 237, Jul. a Set. 2004.

<sup>452</sup> BRASIL. **Lei nº. 9.784**, de 29.01.1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Art. 53, 54 e 55.



em sopesamento de princípios,<sup>453</sup> legalidade versus proteção da confiança por exemplo, pois, ao que parece, não se trata de dois princípios que colidem diante do caso concreto em que o intérprete tem que ponderar as consequências da invalidação do ato, para avaliar se são mais maléficas ou benéficas a bem do interesse público, mas sim de incidência de regra que pré-exclui a incidência de regra de invalidação, cuja hipótese prevê, então, a edição de ato de convalidação.

Vale dizer, a análise da expulsão do ato viciado do sistema, admitindo ou não a modulação dos efeitos da invalidação, não pode ficar à mercê dos juízos casuísticos consequencialistas do decisor, de modo que deve ser operada em consonância com as demais disposições voltadas especificamente à calibração do sistema, sob pena de a discricionariedade do legislador ser transferida, perigosamente, para a discricionariedade do intérprete. E sendo assim, estamos com aqueles para quem as disposições em tela não dispõem diretamente sobre a convalidação e demais formas de conservação de atos inválidos, mas sim remetem para normas específicas aplicáveis,<sup>454</sup> interpretação esta, como bem aponta Antônio Carlos de Souza Júnior, que inclusive é confirmada pela norma regulamentadora da nova Lei de Introdução.<sup>455</sup> E diante de tudo o que foi dito, não poderíamos deixar de encerrar o presente estudo com uma frase de Georges Abboud, que talvez bem resuma o que se espera das referidas inovações legislativas: “Consequências não podem invalidar a lei e a Constituição”.<sup>456</sup>

---

<sup>453</sup> Tratando da proteção da confiança legítima como limite à anulação dos atos administrativos, sob uma perspectiva constitucionalizada do Direito Administrativo, a implicar ponderação diante das circunstâncias do caso concreto, ver: LACERDA, Danilo Moura. **O princípio da proteção à confiança legítima como limite à anulação dos atos administrativos**. 2018. 138f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2018, p. 119 e ss.

ARGUELHES, Diego Werneck. **Deuses pragmáticos, mortais formalistas: A justificação consequencialista das decisões judiciais**. 2006. 220f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006, p. 120.

<sup>454</sup> SOUZA JÚNIOR, Antônio Carlos de. **A conservação do ato irregular no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2022, p. 353.

<sup>455</sup> BRASIL. Decreto nº. 9.830, de 10 de junho de 2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Art. 4º.

<sup>456</sup> ABBOD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 381.

## CONCLUSÃO

O presente estudo procurou desenvolver uma exploração acerca da disciplina do consequencialismo, tal como positivado pelo artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, na produção e no controle dos atos administrativos.

Embora muito ainda há de ser escrito, pensa-se que estudar o ato administrativo, seu processo de produção e controle, assim como a relação entre este processo e o dever de considerar as consequências da decisão, seja da que edita o ato, seja da que o controla, pressupõe o estudo do processo de produção e controle do direito de uma maneira geral, com enfoque para as complexas operações de fundamentação e justificação das decisões jurídicas.

A ausência de premissas teóricas mais seguras, desde o que diz respeito à natureza do ato administrativo em si mesmo considerado, seus pressupostos e elementos, até as dificuldades sobre em que consiste as operações de edição e controle dos atos administrativos, notadamente em contextos de casos semântica e pragmaticamente problemáticos, são talvez uma das principais causas de intermináveis discussões teóricas que põem em xeque a capacidade do novo texto de alcançar o desiderato para o qual foi editado, qual seja, densificar a justificação das decisões jurídicas, proporcionando, então, segurança jurídica. Diante de tudo o que foi escrito, tem-se as seguintes conclusões.

A partir do referencial teórico lógico-construtivista, tal como desenvolvido por Lourival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho, viu-se que o direito se constitui em linguagem, e isso se dá tanto em relação ao objeto, ou seja, as normas jurídicas num determinando tempo e espaço, quanto em relação à ciência que o estuda, cuja função primordial é explicar esse objeto. São dois corpos de linguagem, dois sistemas distintos, obedientes a lógicas distintas, que não se confundem, embora intimamente se relacionem.

Se é certo que o direito se expressa por meio de linguagem, se é igualmente certo que esta, a linguagem, pode ser estudada sob os planos (i) sintático, enquanto relação dos signos entre si, (ii) semântico, enquanto relação dos signos, seus objetos e sua significação, e (iii) pragmático, enquanto relação dos signos e o seu uso, então tenha-se que a descrição do fenômeno jurídico-linguístico tende a ganhar alcance se enveredada sob tais enfoques.

Texto e norma não se confundem, sendo que esta é construída a partir deste. Aquele que se depara com o documento normativo, suporte material, percorre quatro subsistemas ou planos distintos na tarefa de construção da norma jurídica. São eles: (i) o conjunto de enunciados,

tomados no plano da expressão; (ii) o conjunto de conteúdos de significação dos enunciados prescritivos; (iii) o domínio articulado das significações normativas; e (iv) a forma superior do sistema normativo. Voltando-se o olhar ao terceiro plano, ou melhor, à atividade de construção da unidade lógico-sintática da norma jurídica, tem-se que, ao fato que reputa relevante e que foi descrito na sua hipótese, a norma imputa um consequente.

A norma jurídica enquanto estrutura completa apresenta-se sob a forma dúplice ou bimembre. Na sua inteireza a norma jurídica é composta por uma norma primária, a qual viemos referindo até agora e de uma norma secundária, ou seja, aquela que prescreve uma sanção para o caso de não observância do estatuído na norma primária.

Quanto ao seu antecedente, as normas jurídicas podem ser abstratas ou concretas, e quanto ao seu consequente, individuais ou gerais. Muito embora não se descure que as normas de conduta têm como missão regular as condutas intersubjetivas sob todos os seus aspectos, há determinadas normas que agem dessa forma, só que de maneira mediata. São as normas de estrutura.

As normas jurídicas, como partes pertencentes a um sistema jurídico, possuem essa qualidade não por um suposto conteúdo cuja força de obrigatoriedade seja auto evidente, tal como acontece com um sistema estático de normas, mas por terem sido produzidas segundo os parâmetros traçados pelo próprio sistema. O direito como objeto de estudo da ciência jurídica que o descreve, manifesta-se sob a forma de sistema. As normas jurídicas existem e são válidas, não por uma qualidade intrínseca, mas por pertencerem a um dado ordenamento jurídico, que de forma organizada prescreve as estruturas de coordenação e subordinação entre seus elementos.

O direito, enquanto instrumento coativo de ordenação social, reveste-se de linguagem. É um dado inarredável. E se assim o é, no seu discurso encontramos duas instâncias: a da enunciação, o ato criador, e a do enunciado, aquilo que se cria. Tomando por base a proposta acerca do processo de positivação do direito, podemos concluir que a atividade criadora do direito é eminentemente criadora de enunciados prescritivos. É o que se denomina enunciação. É essa atividade que dá ensejo ao aparecimento de novos enunciados prescritivos. O processo de produção do direito, portanto, tem origem na aplicação de normas de estrutura, fruto da interpretação de enunciados prescritivos de um documento normativo antecedente, no caso, da Constituição, das leis que lhe servem de índice, e, ao final de um processo e por meio de um instrumento introdutor de normas específicas, termina num outro documento normativo tomado

como produto, no caso, o ato administrativo, e eventual sentença controladora, na hipótese de o produto se encontrar de algum modo viciado.

O ato administrativo é um exemplo claro de como a Administração Pública produz normas jurídicas que são fruto da interpretação de outras normas abstratas e gerais de escalão superior, faz a materialização de sua interpretação através dos enunciados prescritivos correspondentes dotando-os de concretude e individualidade. Aquele, ou seja, o ato, é que vai compor o conteúdo do documento normativo que também, por vezes, recebe o nome de ato administrativo. É a partir do ato editado enquanto conteúdo que o intérprete, no caso seja o particular destinatário do ato, seja o Estado-administração, seja o Estado-juiz controlador, vai construir a norma jurídica que se quis ver introduzida no sistema, e isso tudo, repita-se, através de um procedimento normativamente regulado.

A enunciação é um evento psicofísico do qual a norma sobre produção jurídica toma tão-somente os elementos suficientes para a criação do direito, ou melhor, suficientes para configuração do fato jurídico criador de veículos introdutórios de normas. Esses elementos são aqueles que dispõem sobre o desenvolvimento de uma dada competência para criar normas mediante um dado procedimento. São eles que compõem a descrição do fato jurídico descrito no antecedente da norma sobre produção jurídica. No conseqüente está uma relação jurídica que dispõe o dever de todos observarem as regras por ventura introduzidas no sistema.

Só podemos reconstruir a norma sobre produção jurídica se seguirmos o que dá enunciação foi registrada no produto, ou seja, a enunciação enunciada. O que sobra do enunciado sem os registros da enunciação é o que se chama de enunciado- enunciado. Esse sim é o verdadeiro conteúdo do documento normativo que se criou, ou seja, o suporte físico, que por meio da interpretação, servirá de base para a construção das normas jurídicas que se pretendia introduzir no ordenamento.

Aquilo que chamamos de “ato administrativo” é norma jurídica, em acepção ampla, podendo, a depender do caso, revestir-se dos seguintes sentidos: (i) ato administrativo enquanto norma instrumento ou veículo introdutor, de natureza concreta e geral; (ii) ato administrativo enquanto documento normativo pertencente a um determinado instrumento ou veículo introdutor; (iii) ato administrativo enquanto norma introduzida ou ato administrativo propriamente dito, de natureza concreta e individual.

Os pressupostos do fato jurídico criador de norma, situado no antecedente normativo do ato administrativo tomado como norma ou veículo introdutor, seriam o (i) motivo para a prática

do ato, a (ii) competência, o (iii) procedimento. No consequente estaria uma (iv) relação modalizada, que contém uma obrigação, para os atos vinculados, e uma permissão, para os atos discricionários de o agente editar o ato administrativo, e a obrigação de todos observarem o ato porventura editado. Por sua vez, os elementos do ato administrativo propriamente dito seriam no antecedente, a (v) motivação, enquanto conversão em linguagem competente do fato jurídico administrativo criador de norma, e, no consequente, o (vi) conteúdo, enquanto relação jurídica modalizada, em que dois sujeitos de direito, sendo um deles exercente de função administrativa, se enlaçam em direitos e deveres, e objeto, constitutivo da conduta efetivamente prescrita. Por último, como elementos do ato administrativo enquadrado com documento normativo, materializador do ato administrativo enquanto norma ou veículo introdutor, estariam a (vii) forma e a (viii) publicidade.

Numa abordagem preliminar, o “consequencialismo” não é pressuposto, nem elemento do ato, embora com todos eles intimamente se relacione. Assim como a finalidade, “consequencialismo” é “concatenação semântica”, mas não propriamente entre o consequente da norma individual e concreta, o consequente da norma geral e abstrata – até porque se assim o fosse com a finalidade se confundiria – mas sim entre o antecedente da norma individual e concreta e a hipótese da norma geral e abstrata, com o propósito de promover sua racional justificação.

Se o ato administrativo pode ser visto como norma, a partir dos seus elementos compositivos, aspecto estático, para bem entender o consequencialismo, o enfoque deve estar no ato enquanto decisão, aspecto dinâmico. Sabendo-se que é decisão tanto a que edita o ato quanto a que o controla, seja na esfera administrativa, seja na judicial, nos casos em que se apresente em desconformidade com o sistema no qual está inserido.

A decisão, tanto a que cria o ato, quanto a que o controla, caracteriza-se por ser um “ato de fala”, por meio da qual, a partir de texto vigente, gera-se texto novo, elemento essencial à dinâmica de criação do direito. Sendo ato de fala, a decisão, ou melhor, o ato de incidência e aplicação das normas jurídicas, atrai o estudo semiótico da linguagem, podendo-se decompor este intrigante fenômeno, portanto, a partir dos planos sintático, semântico e pragmático.

Do ponto de vista lógico-sintático, o sujeito emissor do ato administrativo propriamente dito, que pode ser agente estatal ou particular encarregado de cumprir função administrativa, ao reconhecer que um dado acontecimento devidamente ocorrido, com determinação de espaço e tempo, tal como descrito na hipótese de incidência da norma geral e abstrata, subsume o

respectivo fato jurídico a esta hipótese, imputando-lhe relação jurídica, tal como descrita no consequente desta mesma norma geral e abstrata. A incidência, evidentemente, se dá tanto no que diz respeito à edição do ato, quanto no seu controle, em caso de violação à regra de estrutura ou de produção jurídica, que dita como o ato administrativo deve ser criado.

Do ponto de vista semântico, a incidência caracteriza-se como sendo operação, mas agora para determinar, denotativamente, os conteúdos de significação dos enunciados previstos, conotativamente, nas normas gerais e abstratas.

Já do ponto de vista pragmático, a incidência, assim como no plano sintático, se perfaz em duas operações. Mas, nesse outro caso, numa primeira operação de interpretação, seja dos enunciados que remontam aos eventos, seja dos que servem de ponto de partida para a construção da norma geral e abstrata a aplicar, e numa outra operação de produção da norma individual e concreta propriamente dita, constituída através da linguagem competente do fato, agora fato jurídico, que remete, então, à correspondente relação jurídica travada entre dois sujeitos de direito.

Não se deve confundir o aspecto decisório ou propriamente volitivo da decisão, *noesis*, com o que foi efetivamente decidido, a valoração objetivada, *noema*, constituída em linguagem, esta sim que ingressa no ordenamento, integrando-o como novo elemento. Embora a valoração esteja ligada aos horizontes culturais do intérprete, sua ideologia, suas pré-compreensões, que não se dá de modo solto, desregrado, puramente subjetivo, havendo de ser guiada por critérios racionais, mas, sobretudo, jurídicos.

Em toda decisão jurídica, portanto, enquanto ato de aplicação e criação do direito, tem-se essas duas operações, que, embora distintas, compõe a decisão, a saber a fundamentação e a justificação, matéria esta afeta não só aos aspectos lógico-sintáticos e semânticos, mas, sobretudo, pragmáticos da linguagem normativa. Sendo que são essas duas operações que possibilitam tanto a produção normativa, quanto, de modo até mais importante, o seu controle.

Em que pese o construtivismo, ter uma muito bem assentada teoria da interpretação, a informar como deve se dar a fundamentação, seu olhar, por conta das influências do positivismo normativista kelseniano, se volta muito mais ao aspecto sintático e semântico de validade da norma, de modo que remanesce em aberto o estabelecimento de um critério explícito de validade pragmática. No ponto, a ausência do referido critério é sentida, notadamente nos chamados “casos difíceis”, os quais, a pretexto de se garantir a efetividade das normas constitucionais, podem descambar para subjetivismos, decisionismos, ou quem sabe até

arbitrariedades. Para suprir esta lacuna, lançou-se mão de uma teoria propriamente consequencialista da decisão jurídica, ainda que se reserve à justificação da decisão, sem caráter volitivo, em que toda decisão deve respeitar os testes de i) universalidade, ii) consistência, iii) coerência e iv) consequencialismo, enquanto técnica de justificação de segunda ordem, onde as consequências a considerar são eminentemente normativas ou jurídicas, porque reconduzidas lógica e hipoteticamente ao sistema.

No direito brasileiro, sendo norma, podemos enunciar o consequencialismo enquanto norma primária que disciplina a produção do ato administrativo, da seguinte forma: *dado o fato do sujeito competente, mediante determinado procedimento, produzir o ato administrativo tendo por motivo a concretização de valores jurídicos abstratos, deve ser a obrigação de considerar as consequências práticas da decisão*. Enquanto norma destinada basicamente ao controle processual do ato, norma secundária, que conjuntamente com a primária compõe a norma jurídica de produção completa, pode, por sua vez, ser enunciada da seguinte forma: *se o consequencialismo enquanto norma primária que disciplina a produção do ato administrativo for desrespeitada, o ato viciado deve ser invalidado*. Enquanto norma de estrutura, porque dirigida não só à esfera administrativa, mas também à controladora e à judicial, é norma primária, só que desta vez dirigida à justificação das decisões tomadas nessas esferas. E se assim o é, pode ser assim enunciada: *dado o fato de o órgão jurisdicional controlar o ato administrativo com base em valores jurídicos abstratos, deve ser a obrigação de considerar as consequências práticas da decisão*. E como norma secundária, que compõe então a norma completa destinada às esferas controladora e judicial: *se o consequencialismo enquanto norma primária que disciplina a decisão jurisdicional for desrespeitada, a decisão deve ser invalidada*.

No que diz respeito ao motivo para a prática do ato, a expressão “valores jurídicos abstratos” pode ser lida como pressuposto de “fato”, como “valor” que inspira a interpretação do pressuposto de fato e de direito, e como “norma”, pressuposto de direito para a prática do ato, consistindo basicamente em princípios e conceitos ou mais apropriadamente em termos jurídicos indeterminados.

No que diz respeito à competência, muito embora se reconheça que tanto a competência para a produção do ato administrativo, quanto para o seu controle judicial autorizem a considerar as consequências jurídicas das suas decisões, neste último caso, a depender da complexidade técnica do caso concreto, deve fazê-lo com o mínimo de deferência, dadas as limitações cognitivas e procedimentais que lhes são inerentes.

No que diz respeito ao procedimento, tendo em mente uma perspectiva universalizante que a decisão positivada deve assumir, tanto a que edita o ato, quanto a que o controla, este ganha então uma dimensão objetiva, a permitir a participação de terceiros interessados na sua formulação, garantindo não só legitimidade democrática, como que se possa produzir elementos nos autos capazes de informar ou confirmar, em alguma medida, a procedência dos juízos consequenciais em discussão.

O elemento do ato administrativo mais impactado com a disciplina do consequencialismo é a motivação, enquanto descrição linguística que enlaça o motivo ao conteúdo do ato, devendo vir com a fundamentação, mas sobretudo com a justificativa consequencialista juridicamente válida para a sua prática, sob pena de invalidação.

No que diz respeito à forma do ato, pensamos que é a escrita que melhor se coaduna com o dever de considerar as consequências da decisão. E no que diz respeito à publicidade, a motivação deve sempre ser tornada pública, exceto quando de modo excepcionalíssimo, a própria lei restrinja tal obrigação aos sujeitos dispostos na relação jurídica que consubstancia o conteúdo do ato, devendo inclusive consubstanciar, após o devido procedimento onde se garanta a participação de eventuais interessados, entendimento acessível ao público em geral por meio de repositório próprio, na linha do que preconiza a própria Lei de Introdução.

Não nos parece possível a invocação da disciplina do consequencialismo no âmbito tributário, tendo em vista a norma constitucional que exige lei complementar para tratar de leis gerais em matéria tributária, além do que a atividade administrativa tributária é regida pelos princípios da legalidade e seu corolário a tipicidade, que impõe a instituição e cobrança de tributos com base em lei, que traga de modo discriminado os elementos da hipótese de incidência e prescritores da exação. Além do que, sua invocação no controle jurisdicional atípico fiscal, acabaria por provocar verdadeiro controle de constitucionalidade, o que seria vedado.

Não nos parece que a disciplina do consequencialismo, seja da norma que se constrói a partir do artigo 20, seja do artigo 21 da Lei de Introdução tenha ocasionado ressignificação da teoria das nulidades em matéria de ato administrativo. A melhor leitura das disposições acima parece ser a de que, para que se possa preservar os efeitos de ato viciado, deve-se observar, antes de tudo, as prescrições legais que disciplinam a convalidação dos atos administrativos, às quais o dispositivo parece remeter.



Considerando o sistema de referência adotado, não se admite consequências externas ao direito, nem mesmo critérios de avaliação que não sejam construídos a partir do próprio sistema de direito positivo. Ao invés de indicarem abertura, as novas disposições da Lei de Introdução, normas de estrutura por excelência, constituem mecanismos justificativos de fechamento sistêmico, visando garantir, primordialmente, segurança jurídica e operabilidade. Em todo o caso, consequências não podem invalidar a lei e a Constituição.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.
- ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico. In: **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Trotta, 2021.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação e consequencialismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret. Modern Moral Philosophy. **The Journal of the Royal Institute of Philosophy**. vol. 33. Cambridge: University Press, no. 124, pp. 1–19. Disponível em: <<https://doi.org/10.1017/S0031819100037943>>. Acesso em: 08 set. 2020.
- ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. **Incidência jurídica: teoria e crítica**. São Paulo: Noeses, 2011.
- ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. **Semiótica do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- ARGUELHES, Diego Werneck. **Deuses pragmáticos, mortais formalistas: A justificação consequencialista das decisões judiciais**. 2006. 220f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo**. Direito, Estado e Sociedade, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/24322>>. Acesso em: 29 set 2022.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como (Meta) Teoria Normativa da Decisão Judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARBOSA, Bernardo Souza. **O consequencialismo e a mitigação das perdas no controle de contratos administrativos pelo Tribunal de Contas da União**. 2020. 108f. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/10438/29450>>. Acesso em: 01 out 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: instrumentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, José Umberto. **Decisão tributária, consequencialismo e análise econômica do direito**: aplicação e limites do art. 20 da LINDB. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Consequencialismo judicial: como entender a modulação das decisões em matéria tributária. In: CARVALHO, Paulo de Barros. **XVIII Congresso Nacional de Estudos Tributários. Meio Século de Tradição**. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2021.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?** São Paulo: Noeses, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação e regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; MAIA, Antônio Cavalcanti. Argumentação como justificação: em busca de uma definição comum para as teorias da argumentação jurídica contemporâneas. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Tomo I. 10ª Ed. Revista e Atualizada pelo Prof. Dr. Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 1984.

CALIL, Ana Luíza. Motivação administrativa: passado, presente e futuro no direito administrativo brasileiro. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (coord.). **Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. O construtivismo lógico-semântico como método de trabalho na elaboração jurídica. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.) **Construtivismo Lógico-Semântico**. Vol. I. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3ª. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. 3ª. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1954.

CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento público e controle de constitucionalidade: argumentação consequencialista nas decisões do STF**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (Lei nº. 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 237, Jul. a Set. 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

DALLARI, Adilson Abreu. Consequencialismo no âmbito do Direito Administrativo. In: MARTINS, Ives Gandra; CHALITA, Gabriel; e NALINI, José Renato. (org.) **Consequencialismo no Poder Judiciário**. São Paulo: Editora Foco, 2019.

DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27ª. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019.

DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do Direito Público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. **Revista Argumentum – RA**, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 19, N. 2, pp. 305-318, Mai.-Ago. 2018.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto, 2018.

FOLLONI, André Parmo. **Teoria do ato administrativo**. Curitiba: Juruá, 2009.

FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo, consequencialismo e *compliance***: gestão de riscos, proteção de dados e soluções para o controle judicial na era da IA. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FRANÇA, Vladimir Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul./set. 2020. Disponível em : <DOI: 10.21056/aec.v20i81.1452>. Acesso em: 27 set. 2022.

GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária**: fundamentos para uma teoria da nulidade. 2ª. ed. São Paulo: Noeses: 2009.

GICO JR., Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economics Analysis of Law Review**. V. 1, nº. 1º, Jan-Jun, p. 18. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2794>>. Acesso em: 11.09.2020.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRUBER, Malte-Christian. What Is It Like to Be Unborn? Our Common Fate with Future Generations In: MATHIS, Klaus. (ed.) **Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations**. Law and Philosophy Library. Volume 98: Springer, 2012.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Ato administrativo inexistente**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1980.

GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Trad. Adrian Sgarbi, Frederico Menezes Breyner e Fernando Daniel de Moura Fonseca. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2022.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GUIMARÃES, Edgar; FERNANDES, Paulo Vinicius Liebl. Repercussões da Lei nº. 13.655/2018 sobre a atividade decisória dos Tribunais de Contas. In: PRIESS, Thiago Valiati; HUNGARO, Luis Alberto; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

IVO, Gabriel. Direito a inevitabilidade do certo da linguagem. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.) **Construtivismo Lógico-Semântico**. Vol. I. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2014.

IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006.

IVO, Gabriel. O direito e a sua linguagem. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.) **O direito tributário e os novos horizontes do processo**. São Paulo: Noeses, 2015.

JORDÃO, E. **Art. 22 da LINDB** - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], p. 63–92, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77650. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>>. Acesso em: 29 set. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Art. 20 da LINDB**: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], p. 13–41, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77648. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>>. Acesso em: 1 set. 2022.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 4ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRELL, Andreas. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, 10(1), jan-jun 2014.

LACERDA, Danilo Moura. **O princípio da proteção à confiança legítima como limite à anulação dos atos administrativos**. 2018. 138f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2018.

LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento das 'Capacidades Institucionais'. In: **Revista de Estudos Institucionais**, v. 2, p. 192–213, 2016. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/40/49>>. Acesso em: 29 set. 2022.

LEITE, Luciano Ferreira. **Discrecionalidade administrativa e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº. 13.655/2018: Lei da Segurança para a Inovação Pública**. Belo Horizonte: 2019.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Consequencialismo jurídico e a Constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra; CHALITA, Gabriel; e NALINI, José Renato. (org.) **Consequencialismo no Poder Judiciário**. São Paulo: Editora Foco, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do Sistema Jurídico. In: **Revista de informação legislativa**, v. 28, n. 112, p. 13-32, out./dez. 1991. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175932>>. Acesso em: 28 set. 2022.

MATHIS, Klaus. Consequentialism in law. MATHIS, Klaus. (ed.) **Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations**. Law and Philosophy Library. Volume 98: Springer, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios de direito administrativo**. Vol. I. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial. In: **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, vol. 1, n. 8, janeiro 2000. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1063>>. Acesso em: 01.09.2022.

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

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MOUSSALEM, Tarek Moisés. Argumentação consequencialista na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In SOUZA, Priscila de. **Sistema Tributário Brasileiro e Crise Atual. VI Congresso Nacional de Estudos Tributários**. São Paulo: Noeses, 2009.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NIEBUHR, Pedro; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de.; MEDEIROS, Isaac Kofi Medeiros. **Controle e deferência judicial à Administração Pública**: em ensaio sobre a doutrina Chevron e o artigo 22 da LINDB. In: PRIESS, Thiago Valiati; HUNGARO, Luis Alberto; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. **Motivação do ato administrativo na disciplina de direito público da LINDB**. In: PRIESS, Thiago Valiati; HUNGARO, Luis Alberto; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. **O motivo no ato administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.

NOTH, Winfried; SANTAELLA, Lucia. **Introdução à semiótica**: passo a passo para compreender os signos e a significação. São Paulo: Paulus, 2017.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro e controle. In: PINTO, Élide Graziane. **Política pública e controle**: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº. 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende de. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 256, p. 129–163, 2011. DOI: 10.12660/rda.v256.2011.8496. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496>>. Acesso em: 12 set. 2022.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Ato administrativo**. 6ª. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014.

PACOBAYHYBA, Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro. **Construtivismo lógico-semântico, entre o passado e o futuro**: movimentos da hermenêutica jurídico-tributária brasileira. São Paulo: 2019.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2012.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. Atualizado por Judith Martins-Costa, Jorge Cesa Ferreira da Silva e Gustavo Haical. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.



POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações**: o progresso do conhecimento científico. Trad. Sérgio Bath. 5ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

POSNER, Richard. A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva: 1968.

ROBLES, Gregório. **As regras do direito e as regras dos jogos**: ensaio sobre a teoria analítica do direito. São Paulo: Noeses, 2011.

ROBLES, Gregorio. **O direito como texto**: quatro estudos de teoria comunicacional do direito. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. **Os tribunais de contas e o controle de políticas públicas**. Maceió: Viva, 2014.

RORTY, Richard. **El giro lingüístico**: dificultades metafísicas de la filosofía lingüística. Barcelona: Ediciones Paidós, 1998.

SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica?** São Paulo: Brasiliense, 2007.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SANTOS, Paula Gonçalves Ferreira dos. **Uma argumentação consequencialista na solução de consulta tributária**. São Paulo: Almedina, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, vedação de retrocesso e diálogo interinstitucional no controle de políticas públicas In: PINTO, Élica Graziane. **Política pública e controle**: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº. 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional**: Teoria, história e métodos de trabalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2006.

SCHUARTZ, L. F. Quando o Bom é o Melhor Amigo do Ótimo: A Autonomia do Direito Perante a Economia e a Política da Concorrência. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 245, p. 96–127, 2007. DOI: 10.12660/rda.v245.2007.42123. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42123>>. Acesso em: 28 set. 2022.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem, in MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. Cortada. **Direito e Interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Beclaute de Oliveira. **Norma jurídica penal**: apontamentos a partir do pensamento de Lourival Vilanova. Revista do Ministério Público de Alagoas. Universidade Federal de Alagoas. Centro de Ciências Jurídicas – CJUR. nº. 19. jul./dez. 2007. Maceió: UFAL/CEJUR, 1999.

SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Juspodivm, 2007.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. Consequentialism. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Summer 2019 Edition. Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/consequentialism/>>. Acesso em: 08 set. 2020.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Carlos de. **A conservação do ato irregular no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2022.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. **LINDB**: Direito Tributário está sujeito à Lei de Introdução reformada. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lindb-direito-tributario-esta-sujeito-a-lei-de-introducao-reformada-10082018>>. Acesso em: 04 out. 2022.

SUNDFLED, Carlos Ari. “Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). **Transformações do Direito Administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017.

SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. In: Michigan Law Review, vol. 101, pp. 885-951, fev. 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2>. Acesso em: 29 set 2022.

TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: 2008.

TOMÉ, Fabiana del Padre; FAVACHO, Fernando Gomes. O que significa pragmático para o construtivismo lógico-semântico: a tríade linguística “sintático, semântico e pragmático” utilizada por Lourival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho na teoria do direito. In: **Revista Quaestio Juris**. vol.10, nº. 01, Rio de Janeiro, 2017.

VALLE, Vanice Regina Lirio. Escolhas administrativas processualmente adequadas e deferência judicial. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (coord.). **Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VITORELLI, Edilson. **A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo**. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 279, n. 2, p. 79–112, 2020. DOI: 10.12660/rda.v279.2020.82006. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82006>>. Acesso em: 10 set. 2022.

WALDRON, Jeremy. As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional. In MARMOR, Andrei. **Direito e Interpretação: ensaios de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.