

# APONTAMENTOS PARA UMA ANÁLISE DE PARADIGMAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO<sup>1</sup>

## NOTES FOR AN ANALYSIS OF PARADIGMS IN ADMINISTRATIVE LAW

Hermano de Oliveira Santos<sup>2</sup>

**Resumo:** este trabalho propõe-se analisar o uso do conceito de paradigma pela doutrina de Direito Administrativo. Para tanto, vale-se de definições da Etimologia Filosófica e da Epistemologia, a fim de verificar as descrições doutrinárias acerca das práticas da Administração Pública e de suas relações jurídicas com os administrados, sob a hipótese de que o positivismo jurídico não é capaz de oferecer respostas satisfatórias a algumas demandas sociais surgidas ou evidenciadas na pós-modernidade. Desse modo, espera-se contribuir para a depuração do uso da terminologia doutrinária, com vistas a embasar um registro mais preciso da trajetória de avanços e retrocessos da atuação do Estado, ora centrada na mera conformidade de seus atos ao Direito positivo, numa postura marcada pelo apego à legalidade, ora às voltas com a reconfiguração da esfera pública, por meio da relegitimação do Direito.

**Palavras-Chave:** paradigma; positivismo; pós-modernidade; legalidade; legitimidade.

*Abstract:* This study aims to analyze the use of the concept of paradigm for the doctrine of Administrative Law. Therefore, it is settings Philosophical Etymology and Epistemology in order to verify the descriptions about the doctrinal practices of public administration and its legal relations with the administration, under the assumption that legal positivism is not able to offer satisfactory answers to some social demands arising or evidenced in postmodernity. Thus, it is expected to contribute to the clearance of the use of doctrinal terminology, aiming to base an accurate recording of the path of progress and setbacks of state action, now centered in mere conformity of their acts to positive law, a posture characterized by attachment to legality, now grappling with the reconfiguration of the public sphere, through relegitimation law.

**Keywords:** paradigm; positivism; postmodernity; legality; legitimacy.

### Introdução

É cediço que o positivismo jurídico já não oferece respostas adequadas para um não desprezível número de situações submetidas à decisão estatal<sup>3</sup>. Obviamente tal fenômeno não infirma essa postura jusfilosófica em sua integralidade, antes a impele a abandonar excessos flagrantes, ensejando algumas propostas de reconfiguração<sup>4</sup>. E assim sucede com o desapego à identificação entre Direito e lei, ou Direito e norma jurídica, ou norma jurídica e texto legal, e a seus correspondentes discursos dogmáticos de justificação *a priori*<sup>5</sup>.

Em seu campo de estudo específico, a doutrina de Direito Administrativo também começa a desvelar o descompasso entre muitas das ferramentas hermenêuticas tradicionais e a conturbada realidade social a sua volta, sobretudo no que tange ao papel do Estado<sup>6</sup>. Com

efeito, sob as hostes de um Estado de Direito calcado no legalismo vicejam, desafortunadamente, a tensão e injustiça sociais<sup>7</sup>. Nesse quadro, vem a lume que a Administração Pública custa a identificar e nem sempre logra desempenhar a contento as suas funções, quando não mantém uma relação problemática com os administrados ou deixa de promover satisfatoriamente a estabilização das relações entre particulares<sup>8</sup>.

Sem embargo tais ressalvas, não é descabido afirmar que a “esfera pública” revela-se o *locus* por excelência para o enfrentamento dos desequilíbrios sociais<sup>9</sup>. Nesse diapasão, as instituições com vocação pública têm fundamental importância, sendo indispensável valorizar tais espaços e institucionalizar os procedimentos decisórios como condição para alcançar o sucesso da empreitada. Auspiciosamente, já não são infrequentes mostras dessa valorização, não obstante o caráter pendular próprio do limiar das experiências históricas, a se refletir numa vacilação ora na positivação de direitos e deveres, ora na interpretação e aplicação do Direito positivado, ora na legitimação dos atingidos ou das próprias instituições e procedimentos decisórios<sup>10</sup>.

Considerando esse cenário, a doutrina de Direito Administrativo tem procurado alhures instrumentos hermenêuticos para melhor descrever as vicissitudes de seu objeto de estudo. Um dos recursos utilizados é a invocação do conceito de paradigma<sup>11</sup>, oriundo da Epistemologia<sup>12</sup>. Ocorre, porém, que o modo como a doutrina de Direito Administrativo invoca esse conceito aparentemente destoa da forma como ele é caracterizado pela área do conhecimento científico em que se originou<sup>13</sup>. Assim sendo, não necessariamente se está diante de uma espécie de heresia, sendo oportuno considerar apenas que o uso desajustado do conceito pode limitar a sua potencialidade descritiva, na medida em que eventualmente reduza a sua eficácia linguística e hermenêutica<sup>14</sup>.

Dito isso, descortina-se como objeto deste trabalho analisar o uso do conceito epistemológico de paradigma pela doutrina de Direito Administrativo. Para esse mister, revela-se útil o enfoque zetético<sup>15</sup>, dado o desafio de testar o uso de um conceito inicialmente estranho ao referido campo doutrinário, o que serve para assegurar a verificabilidade dos resultados porventura obtidos<sup>16</sup>. Nesse sentido, num primeiro momento, questiona-se o uso do conceito pela doutrina de Direito Administrativo, a partir de suas definições pela Etimologia Filosófica e pela Epistemologia. Já num segundo momento, o que a doutrina de Direito Administrativo considera como sendo os paradigmas desse ramo jurídico. E num terceiro momento, como esses paradigmas vêm sendo concretizados na Administração Pública e pela sociedade.

Desse modo, afigura-se como objetivo geral deste trabalho desvelar, ainda que sucinta e provisoriamente, os horizontes hermenêuticos da doutrina de Direito Administrativo,

considerando a prática da Administração Pública e as relações jurídicas que esta mantém, tal como concretizadas historicamente, desde a modernidade até o que se convencionou denominar de pós-modernidade<sup>17</sup>. Assim procedendo, têm-se como objetivos específicos depurar o uso da terminologia doutrinária e assentar bases para um trabalho futuro, por meio do qual se pretende descrever a trajetória da atuação do Estado, desde a sua preocupação excessiva em se conformar ao Direito positivo até o delineamento de sua real capacidade de desempenhar as funções que lhe cabem e salvaguardar os direitos subjetivos, isto é, um panorama do Direito Administrativo sob a égide do positivismo jurídico até o que se usa denominar, ainda que precariamente, de pós-positivismo<sup>18</sup>.

Neste passo, cabem uma ressalva e uma justificativa. A ressalva é no sentido de que não se perdeu de vista a advertência sobre os riscos das chamadas “teses panorâmicas”, quando comparadas às “teses monográficas”; com efeito, ainda que o título e o declarado objeto de estudo sugiram que este trabalho seria panorâmico, a ele se atribui caráter monográfico; assim sendo, tem-se que este é um trabalho sobre um tema específico, não obstante sua análise demandar a apresentação de um “pano de fundo”, indispensável à adequada compreensão do problema<sup>19</sup>. Já a justificativa serve para registrar a orientação político-metodológica seguida neste trabalho, o qual está comprometido com a ideia de que cabe à ciência “proporcionar a democratização do conhecimento produzido e a melhoria das condições sociais da humanidade” e está atento à “disjunção entre uma concepção tradicional de pesquisa e uma nova concepção que se institui por seu conteúdo problematizador”, “pela melhoria da produção do conhecimento científico e por sua adequação à complexidade da sociedade atual”<sup>20</sup>.

Ademais, não se pode prescindir de uma reflexão acerca da viabilidade e utilidade do conceito de paradigma para o Direito Administrativo. Uma conclusão possível é que esse conceito, por oferecer um quadro epistemológico bastante ilustrativo e metodologicamente seguro, presta-se a historicizar o pensamento científico tanto dos fenômenos naturais quanto dos sociais, de tal modo que se torna imprescindível a toda abordagem científica, não sendo diferente com a atividade científica que tenha por objeto o Direito Administrativo<sup>21</sup>. Nesse sentido, é nos limites dessa moldura interpretativa do mundo que se vislumbra a possibilidade de superar algumas inconsistências teóricas que se tornaram evidentes no âmbito do Direito Administrativo, e, nesse desiderato, dotar a esfera pública de procedimentos decisórios inclusivos, isto é, de formas institucionais tendentes a concretizar o sonho democrático<sup>22</sup> e, assim, garantir a cidadania em sua plenitude.

## **1. O Uso do Conceito de Paradigma pela Doutrina de Direito Administrativo**

Como se disse na Introdução, o questionamento inicial deste trabalho recai sobre o uso do conceito de paradigma, nos termos em que este é apropriado pela doutrina de Direito Administrativo. Nesse sentido, importa submeter tal uso a dois testes, um de natureza etimológico-filosófica e outro de natureza epistemológica.

Uma amostra de como é feito esse uso pode ser encontrada na obra de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a qual, de fato, aproxima-se da matriz teórica do conceito em questão<sup>23 24</sup>. Sob o sugestivo título de “A mudança de paradigmas. O Estado Democrático de Direito e a atividade administrativa pública”, Moreira Neto (2008, p. 18-19) assevera o seguinte:

A introdução do conceito de paradigma em [Thomas] Kuhn, enquanto modelo científico vigorante em certo momento histórico, traz implícita a ideia de provisoriedade, sugerindo, portanto, uma visão epistemológica contemporânea, que parte do esgotamento da confiabilidade de suas premissas, razão pela qual passam a ser superadas pela introdução de novas premissas e assim sucessivamente, tudo muito à feição popperiana, a respeito da transitoriedade do conhecimento. Portanto, para se chegar (...) às premissas que caracterizam a pós-modernidade no Direito, faz-se mister iniciar com um rápido exame do que seriam os paradigmas gerais mais influentes nesse novo modelo de Estado.

E prossegue:

Sem outra pretensão que a de oferecer uma simplificação esquemática, é possível reduzir a dois os paradigmas gerais que se destacam como os mais influentes megaprincípios juspolíticos da pós-modernidade e fundamentos essenciais do Estado Democrático de Direito: 1. os direitos do homem, e 2. a democracia substantiva (MOREIRA NETO, 2008, p. 19).

Sucedee, porém, que, mais adiante em sua exposição, passa a considerar não apenas dois, mas sim quatro, distintos dos anteriormente apresentados, aquilo que considera os paradigmas do Direito Administrativo. Afirma ele:

Até recentemente, a ação administrativa era juridicamente qualificada pelos paradigmas vigentes no Estado Moderno, segundo três fundamentos: por sua existência (realidade), por sua validade (legalidade) e por sua eficácia (aptidão para produção de efeitos jurídicos pretendidos). (...). Em relativamente poucos anos, considerando a elaboração bi-secular [*sic*] do Direito Administrativo, esses paradigmas se mostraram insuficientes para caracterizar a atividade administrativa do Estado pós-moderno, harmonizada com os novos valores introduzidos no Direito Público, notadamente os macro-paradigmas dos direitos fundamentais e da democracia integral (Idem, p. 28-29).

E conclui dizendo que o seu objetivo é

Expor, dentre outras que poderiam ser acrescentadas, apenas quatro novas referências paradigmáticas – a legitimidade, a finalidade, a eficiência e o resultado – que pautam, em acréscimo às três tradicionais já referidas – a existência, a validade e a eficácia – a ação do Estado administrador público (Idem, p. 29).

Como se adiantou, inicialmente cumpre confrontar o uso doutrinário a uma definição etimológico-filosófica<sup>25</sup>, por se tratar da mais próxima possível do conceito em

questão. Em seguida, convém conduzir a doutrina de Direito Administrativo através do caminho percorrido pela Epistemologia para descrever o conceito de paradigma. E para seguir por esse caminho, tem-se em vista tanto a proposta epistemológica de Thomas Kuhn<sup>26</sup> quanto a sua reformulação, no campo das Ciências Sociais, feita por Boaventura de Souza Santos<sup>27</sup>.

Submetendo o uso do conceito pela doutrina, tal como exposta por Moreira Neto, a esses dois testes, etimológico-filosófico e epistemológico, é possível entrever três incongruências, a saber: 1. uma confusa e inadequada contagem do número de paradigmas que se contrapõem; 2. uma indevida caracterização dos paradigmas ora como princípios políticos, ora como princípios jurídicos; e 3. um injustificável escalonamento valorativo dos paradigmas.

Como visto, Moreira Neto contabiliza o que considera três “paradigmas vigentes no Estado Moderno” (existência, validade e eficácia); depois, dois “paradigmas gerais que se destacam como os mais influentes mega-princípios juspolíticos da pós-modernidade e fundamentos essenciais do Estado Democrático de Direito” (direitos do homem e democracia substantiva); e, por último, fala em quatro “referências paradigmáticas” (legitimidade, finalidade, eficiência e resultado), “em acréscimo às três tradicionais”. Assim sendo, em sua contagem, ter-se-iam cinco, sete ou nove paradigmas do Direito Administrativo, sendo três vigentes no Estado Moderno e dois, quatro ou seis, no Estado Pós-Moderno. Desse modo, no entanto, desconsidera a noção segundo a qual a definição dos paradigmas necessariamente subentende uma mudança, no sentido de revolução do pensamento científico, a destacar a obsolescência de um “paradigma dominante” e a eclosão de um “paradigma emergente”. Daí ser mais adequado se falar em apenas dois possíveis paradigmas conflitantes: um “paradigma da modernidade” e outro “paradigma da pós-modernidade”, cujos epítetos podem ser vários, porém o seu significado deve refletir, necessariamente, de um lado, a insuficiência e desgaste do primeiro, e de outro lado, a urgência e potencialidade do segundo.

Ademais, o que Moreira Neto considera como sendo paradigmas, em verdade não o são, ao menos não em sua totalidade, e aparentemente não da forma como os define<sup>28</sup>. Com efeito, o que chama de paradigmas do Estado Moderno (existência, validade e eficácia), foram suficientemente analisados e definidos pela Teoria Geral do Direito como requisitos das normas em face do ordenamento jurídico<sup>29</sup>. Por outro lado, o que chama de princípios juspolíticos da pós-modernidade (direitos do homem e democracia substantiva) são considerados pela doutrina de Direito Constitucional como direitos e princípio fundamentais, respectivamente<sup>30</sup>. Por fim, as quatro chamadas “referências paradigmáticas” (legitimidade, finalidade, eficiência e resultado), quando vistas de perto, podem ser reduzidas a duas

(legitimidade e eficiência, a qual englobaria finalidade e resultado) e ser caracterizadas como princípios constitucionais, ou seja, como normas jurídicas<sup>31</sup>.

Um outro ponto que apresenta inconsistência diz respeito a termos e expressões equívocos, com os quais Moreira Neto sinaliza inadvertidamente para uma valoração relativa dos paradigmas. Assim, ao se falar em “paradigmas gerais mais influentes”, “mega-princípios” ou “macro-paradigmas”, tem-se a impressão que uns valeriam mais que outros, isto é, que uns seriam mais importantes que outros. Porém, ao se utilizar o conceito de paradigma, de matriz epistemológica, como se viu, não é o seu valor que está em jogo, mas sim a sua capacidade de oferecer respostas satisfatórias aos problemas que se procura solucionar sob sua égide, em dado momento ou período histórico. Com efeito, a aludida mudança de paradigmas não tem lugar por o um valer mais que o outro, mas apenas porque o outro logra solucionar mais problemas que o um, o qual, por essa razão, perde espaço, que passará a ser ocupado pelo outro<sup>32 33</sup>.

A fim de sanear essas e outras possíveis incongruências, entende-se que é chegada a hora de formular uma “hipótese de pesquisa”<sup>34</sup>, por meio da qual o uso do conceito de paradigma pela doutrina de Direito Administrativo venha a se mostrar o mais próximo possível das definições da Epistemologia e, em consequência, sirva para descrever o objeto e, assim, atingir os objetivos almejados por este e por um futuro trabalho. Em outras palavras, uma hipótese que ofereça uma resposta aceitável aos problemas relativos à utilidade do conceito de paradigma ao evoluir histórico do Direito Administrativo e, em sendo possível, qual seria o seu conteúdo e como contribuiria para conformação da realidade que pretendesse descrever. Desse modo, formula-se como hipótese de pesquisa, a ser submetida a testes de falseamento, nos quais se verifique, confirmando-os ou refutando-os, os seguintes enunciados:

1. No Direito Administrativo, tanto em sua positivação quanto na interpretação e aplicação do Direito positivado, ainda é dominante o paradigma positivista, fundado no dogma da legalidade, contudo, é emergente um paradigma pós-positivista, a se refletir na hipótese da legitimidade;

2. O uso do artigo definido “o” antes da expressão “paradigma positivista” pretende destacar que se trata de um objeto cujo conteúdo é deveras conhecido e reconhecível, donde talvez decorra a sua pretensão mais audaciosa, qual seja, a de proporcionar certeza e segurança jurídicas, o que explicaria a fidelidade de sua utilização teórica e prática, restando saber se tais certeza e segurança prestar-se-iam a uma real estabilização das relações jurídicas e apaziguamento social ou, quando muito, a uma vaga e conformista sensação de realização, por vezes compartilhada por um universo limitado de sujeitos, como soi acometer a

comunidade de juristas. Já o uso do artigo indefinido “um” antes da expressão paradigma pós-positivista almeja demonstrar que se trata de um objeto cujo conteúdo é amplo e plurissignificativo, e em relação ao qual existem cerradas discussões conceituais, de modo que, para um uso consequente de sua potencialidade descritiva, é recomendável tomar certas cautelas, sob pena de nele se aperceberem quimeras, utopias irrealizáveis ou impraticáveis, distanciadas das necessidades e interesses de todos e de cada um; e

3. O binômio legalidade/legitimidade está destinado a caminhar lado a lado, reinterpretando-se e reconfigurando-se mutuamente<sup>35</sup>. Com efeito, vislumbra-se que a chamada “crise do positivismo”, e, conseqüentemente, o desapego à legalidade estrita, para além de ser um sinal de fracasso daquele e ensejar a sua superação pelo que curiosamente se convencionou denominar ora de neopositivismo, ora de pós-positivismo, ou mesmo de vergar ante a ideia de legitimidade, seria, a rigor, o momento de repensar por que o positivismo, e a legalidade, por si só, não são mais autossuficientes, e como esse novo positivismo, ou positivismo reinterpretado e reconfigurado, pode ser uma afirmação do Estado de Direito, no qual tenha lugar a legitimação dos atingidos pelas instituições públicas, permitindo-se a sua participação efetiva nos procedimentos decisórios. Para tanto, a conduta, mais que conforme a normas jurídicas, há de revelar a sua função social<sup>36</sup>, de modo racional e razoável<sup>37</sup>; os discursos jurídicos, mais que retóricos, hão de ser éticos<sup>38</sup>; e a democracia, mais que uma transferência de responsabilidade política pela mera agregação de votos, há de ser a assunção de papéis políticos e a participação nas tomadas de decisão, de modo a conferir uma perenidade virtuosa ao ciclo de vida do Direito, no qual as normas jurídicas deixem de ser estabelecidas adrede e passem a ser deliberadas de modo consensual<sup>39</sup>.

## **2. Trajetória dos Paradigmas do Direito Administrativo**

Para se testar a hipótese de pesquisa formulada ao final do item 1, parte-se de uma premissa empírica, segundo a qual está em curso uma mudança de enfoque no Direito Administrativo<sup>40 41</sup>. Neste passo, prefere-se adotar uma postura um tanto conservadora, e então afirmar que as “mutações”<sup>42</sup> ou “transformações”<sup>43</sup> por que passa esse ramo jurídico são incipientes e apenas timidamente acenam para uma superação do positivismo, na condição de modelo teórico-hermenêutico que acusa desgaste. Por essa razão, entende-se que o mais adequado, a título provisório, é fazer referência a sua trajetória, a refletir mesmo as vacilações do Estado e da Administração Pública face à erupção da pós-modernidade.

Assim, passa-se a questionar o que a doutrina de Direito Administrativo considera como sendo os paradigmas desse ramo jurídico. E para trilhar por essa vereda, também a

título provisório, reúnem-se sob os títulos de legalidade e legitimidade o conjunto de teorias e institutos jurídicos que, consoante o entendimento aqui esposado, correspondam, de um lado, ao paradigma dominante, e de outro lado, ao paradigma emergente. Registre-se, desde já, que se acredita que tais títulos não se confundem aos princípios jurídicos de mesmo nome, sendo mais abrangentes que eles, chegando mesmo a contê-los em sua definição.

## 2.1. O dogma da legalidade como paradigma dominante

Por “dogma da legalidade”, entenda-se o modelo teórico-hermenêutico, portanto, também, prático, que radicaliza o positivismo jurídico, mais no sentido de sua amplitude do que de sua intensidade. Com essa observação ao final da frase anterior, pretende-se advertir para o fato de que a legalidade que prospera não é, ou nem sempre é, ou poucas vezes é, o legalismo extremo, aquele que identifica o Direito à lei, essa forma jurídica que esgota a sua função histórico-política ao servir de instrumento eficaz contra o arbítrio, porém que, ao longo do tempo, padece do mal dos objetos datados, os quais ou definham, ou atravancam o universo a sua volta, e cujo discurso correspondente oscila entre a “vontade do legislador” e a “vontade da lei”, numa discussão destituída de sentido prospectivo, que serve apenas para revigorar o dogma em si<sup>44</sup>. Distintamente, a legalidade que persevera é aquela que, sim, rende loas ao Direito positivo, em detrimento do Direito Natural, chegando mesmo a identificar o Direito à norma jurídica posta, mas que, também, assegura meios pré-estabelecidos para sua permanente atualização histórico-social, de tal modo que se pode falar numa “estática” e numa “dinâmica jurídica”, ocupadas, respectivamente, com a estrutura da norma e com a sua integração ao ordenamento jurídico, servindo ao propósito algo didático de descrever o *iter* da produção normativa e categorizar o Direito positivo como um sistema, o que se reflete tanto nas classificações e descrições realizadas pela Ciência do Direito como no embasamento da interpretação e aplicação do Direito positivo, isto é, na Hermenêutica Jurídica<sup>45</sup>.

Para se tornar mais claro e concreto o que se afirmou no parágrafo anterior, basta lembrar que o conjunto de teorias e institutos que dão sustentação ao Direito segue uma orientação dogmática<sup>46</sup>. Nesse sentido, o dogma da legalidade cinge qualquer debate jurídico a um arcabouço bem urdido, de relativamente fácil assimilação, pois que baseado em dicotomias não raro maniqueístas. Desse modo, os usuários, ou defensores desse dogma têm à disposição arquétipos que moldam a sua forma de pensar de tal modo que, quando se mostram insuficientes para conformar a realidade, logo se lhes acodem as formulações mais óbvias, isto é, o *tertium genus*, ou terceiro gênero, e o *sui generis*, ou gênero próprio, numa tentativa de manter a sensação de certeza e proporcionar segurança às decisões estatais<sup>47</sup>. São

exemplos, facilmente reconhecíveis, as dicotomias Direito público e privado, Direito objetivo e direitos subjetivos, direitos e deveres etc. A lista é longa<sup>48</sup>.

Voltando o olhar especificamente ao Direito Administrativo, tem-se que uma abordagem afeita ao dogma da legalidade, nos domínios desse ramo jurídico, tal como reproduzida pelos Tratados, Cursos e Manuais da disciplina, ainda que não se mostre exaustiva, provavelmente não deixa de considerar as seguintes categorias descritivas: Administração direta ou indireta, poderes-deveres ou deveres-poderes, excesso ou desvio de poder, procedimento ou processo administrativo, vinculação ou discricionariedade, supremacia do interesse público sobre o privado etc. Outra lista longa<sup>49</sup>.

Para efeito de síntese do dogma da legalidade, conquanto não se reconheça uma identificação completa, senão apenas o seu núcleo, vale a pena delinear o que seria o conteúdo do princípio da legalidade no Direito Administrativo<sup>50</sup>.

Consoante a exposição de Prosper Weil (1977, p. 109), o “sentido do princípio da legalidade” reside em que “A atividade administrativa não é livre: está limitada pela obrigação de respeitar certas regras de direito”<sup>51</sup>. Weil (idem) lembra ainda que, “Para abarcar todo o seu significado é necessário procurar quais as actividades que estão assim limitadas, que regras as limitam e qual o grau dessa limitação”. Assim, Weil (idem, p. 109-123) enumera: 1. um “elemento limitado: o campo de aplicação do princípio”, no sentido de que “O princípio da legalidade da administração rege o conjunto da actividade administrativa”<sup>52</sup>; 2. um “elemento limitativo: as fontes da legalidade”, desde a concepção originária da subordinação do Poder Executivo ao Legislativo (ou, em outras palavras, do ato administrativo à lei), até um “significado mais lato”, segundo o qual a legalidade seria “sinónimo de regularidade jurídica, de juridicidade”, de “conjunto de regras jurídicas que limitam a actividade administrativa”<sup>53</sup>; e 3. uma “relação entre a norma jurídica e a actividade administrativa”, relação esta que “oscila entre uma noção mínima: uma relação de compatibilidade e uma noção máxima: uma relação de conformidade”, de modo que, se “a norma jurídica deixa uma margem de liberdade à administração, fala-se de poder discricionário”, ao passo que, se “enuncia a conduta a seguir, fala-se de competência vinculada”<sup>54</sup>.

Delineado, assim, o conteúdo do princípio da legalidade no Direito Administrativo, é hora de avançar na análise do dogma da legalidade.

Como se advertiu, uma tal enumeração de institutos jurídicos, ainda que não exaustiva, demonstra a extensão do dogma da legalidade, em geral, e no Direito Administrativo, em particular, no sentido de apreender e amoldar a realidade, *a priori* e de uma vez por todas. Assim, enquanto não seja confrontada, ou enquanto o substrato social

permaneça inalterado, ou, ainda, enquanto eventuais mudanças sociais não se consolidem, esse dogma alimenta-se do seu próprio sucesso, por assim dizer.

Neste passo, faz-se necessário, por razões metodológicas, questionar a identificação do dogma da legalidade com o conceito de paradigma dominante. Para uma definição desse conceito, opta-se por enumerar as suas características principais, uma vez mais com Santos (2008).

Um primeiro ponto de identificação parece ser o caráter “global” e “totalitário” do dogma, ou “modelo”.

Segundo Santos (2008, p. 21), o que ele chama de “paradigma da ciência moderna” consolida-se como “modelo global de racionalidade científica” após romper com o “senso comum” e com as “humanidades ou estudos humanísticos (em que se incluíram, entre outros, os estudos históricos, filológicos, jurídicos, literários, filosóficos e teológicos)”. Santos (idem) afirma ainda que, como tal,

a nova racionalidade científica é também um modelo totalitário, na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas.

Pois bem, não obstante, na lista apresentada por Santos, os “estudos jurídicos” constem como “humanidades”, as quais teriam sido suplantadas, juntamente com o senso comum, pelo “paradigma da ciência moderna”, é possível dizer que a Ciência do Direito, nos termos do positivismo jurídico, não se incluiria nem na primeira categoria (o senso comum), nem na segunda (as humanidades). Com efeito, também a Ciência do Direito, conduzida pelo positivismo jurídico, passou por uma dupla ruptura: primeiro, pelo embate com o Direito Natural, consoante a proposta positivista de dissociação entre Direito e Moral; depois, pela identificação extremada do Direito à lei<sup>55</sup>. E com essas rupturas, sustenta a sua pretensa primazia, difundindo a ideia de que se mostra a forma mais adequada de ordenar a vida em sociedade, com a certeza e segurança de que esta precisa para se desenvolver<sup>56</sup>.

Um segundo ponto de identificação pode ser o que Santos (idem, p. 27-28) denomina de segunda consequência do “lugar central da matemática na ciência moderna”.

De acordo com Santos (idem, p. 26-27), “A matemática fornece à ciência moderna (...) a lógica da investigação”<sup>57</sup>. Essa segunda consequência reside em que “o método científico assenta na redução da complexidade. (...) Conhecer significa dividir e classificar para depois poder determinar relações sistemáticas entre o que se separou” (p. 28).

Ora, como se demonstrou, é precisamente esse o procedimento da Ciência do Direito: identificar o seu objeto de estudo à lei, dela extrair o que se conhece como “institutos jurídicos”, classificá-los e sistematizá-los e com eles orientar a interpretação e aplicação da própria lei.

Um terceiro ponto de identificação pode ser extraído da forma e finalidade do conhecimento científico, o qual, segundo Santos (idem, p. 29), é “um conhecimento causal que aspira à formulação de leis, à luz de regularidades observadas, com vistas a prever o comportamento futuro dos fenômenos”. Santos (idem, p. 30) lembra que “Um conhecimento baseado na formulação de lei tem como pressuposto metateórico a ideia de ordem e de estabilidade do mundo, a ideia de que o passado se repete no futuro”. Santos (idem, p. 31) destaca também que essa forma de conhecimento pretende-se “utilitário e funcional, reconhecido menos pela capacidade de compreender profundamente o real do que pela capacidade de o dominar e transformar”.

Aqui também é possível reconhecer o *modus operandi* da Ciência do Direito, tal como concebida pelo positivismo jurídico<sup>58</sup>. Convém lembrar que a causalidade chega a receber um outro nome (imputabilidade), entretanto as demais características também são perceptíveis, e podem ser resumidas na pretensão do legislador de prever todos os possíveis comportamentos humanos em hipóteses normativas, às quais se imputam as correspondentes consequências jurídicas, com especial destaque para as sanções<sup>59</sup>.

Um quarto ponto de identificação seria a concepção de Ciência que “parte do pressuposto [de] que as ciências naturais são uma aplicação ou concretização de modelo de conhecimento universalmente válido e, de resto, o único válido”, de tal modo que, “por maiores que sejam as diferenças entre os fenômenos naturais e os fenômenos sociais [,] é sempre possível estudar os últimos como se fossem os primeiros” (SANTOS, 2008, p. 34). Ocorre, todavia, que essa identificação não seria possível sem as considerações a seguir.

Como adverte Santos (idem, p. 37), não se pode olvidar que, para Kuhn, as Ciências Sociais são pré-paradigmáticas, o que explicaria o seu atraso e, por extensão, o “atraso” da Ciência do Direito, quando comparadas às Ciências Naturais. Assim sendo,

Enquanto, nas ciências naturais, o desenvolvimento do conhecimento tornou possível a formulação de um conjunto de princípios e de teorias sobre a estrutura da matéria que são aceites sem discussão por toda a comunidade científica, conjunto esse que designa de paradigma, nas ciências sociais não há consenso paradigmático, pelo que o debate tende a atravessar verticalmente toda a espessura do conhecimento adquirido (SANTOS, 2008, p. 34).

Em que pese a opinião de Kuhn, uma arqueologia do positivismo jurídico, como a feita por Bobbio (2006, *passim*), parece sinalizar em sentido contrário, isto é, no sentido de que esse modelo teórico-hemenêutico, de uma Ciência Social Aplicada em particular, enxerga o seu objeto de estudo de modo deveras similar ao da Lógica, por exemplo.

Ademais, *a contrario sensu*, a concepção que “reinvidica para as ciências sociais um estatuto metodológico próprio” também parece sinalizar pela identificação. Vejamos a reflexão empreendida por Santos (idem, p. 38-39):

O comportamento humano, ao contrário dos fenômenos naturais, não pode ser descrito e muito menos explicado com base nas suas características exteriores e objectiváveis, uma vez que o mesmo acto externo pode corresponder a sentidos de acção muito diferentes. A ciência social será sempre uma ciência subjectiva e não objectiva como as ciências naturais; tem de compreender os fenômenos sociais a partir das atitudes mentais e do sentido que os agentes conferem às suas acções, para o que é necessário utilizar métodos de investigação e mesmo critérios epistemológicos diferentes dos correntes nas ciências naturais, métodos qualitativos em vez de quantitativos, com vista à obtenção de um conhecimento intersubjectivo, descritivo e compreensivo, em vez de um conhecimento objectivo, explicativo e nomotético. Esta concepção de ciência social reconhece-se numa postura antipositivista e assenta na tradição filosófica da fenomenologia.

Um último comentário de Santos esclarece essa quarta possibilidade de identificação proposta.

Pode, pois, concluir-se que ambas as concepções de ciência social (...) pertencem ao paradigma da ciência moderna, ainda que a concepção mencionada em segundo lugar represente, dentro deste paradigma, um sinal de crise e contenha alguns componentes da transição para um outro paradigma científico (SANTOS, 2008, p. 40).

## 2.2. Da crise à mudança de paradigma

Outra questão a considerar é o fato de que o período histórico definido como pós-modernidade, relativamente recente e ainda não suficientemente compreendido, por mais opaco que possa parecer, apresenta ao menos uma característica evidente, qual seja, a dificuldade de compreensão, por parte das Ciências, seja dos fenômenos naturais, seja dos fenômenos sociais<sup>60</sup>.

Nesse diapasão, tem lugar a chamada “crise do paradigma da modernidade”<sup>61</sup>, a qual, no âmbito da Ciência do Direito, pode ser traduzida como “crise do positivismo jurídico”<sup>62</sup>, o que passa necessariamente pelo questionamento da capacidade hermenêutica do dogma da legalidade.

Não obstante, a crise do positivismo jurídico parece evidenciar menos escombros do que rachaduras. Assim sendo, os esforços da Ciência do Direito viriam representar menos uma ruptura com o dogma da legalidade do que a sua reconfiguração. No âmbito do Direito Administrativo, sairia de cena a exigência de “vinculação positiva”, segundo a qual a Administração Pública só deve agir conforme prescrito em uma dada lei; porém não seria o caso de advogar por uma “vinculação negativa”, própria do Direito Privado; o que viria à tona seria a “vinculação ao Direito”, no sentido de que todo e qualquer ato administrativo, mais do que se conformar a uma lei de *per se*, deve ser compatível com o ordenamento jurídico e, em especial, com a Constituição<sup>63</sup>. Daí a ideia de um “Direito Administrativo Constitucional”, ou, em outros termos, de “constitucionalização do Direito Administrativo”, fundado na releitura ou “concepção atual e alargada” do princípio da legalidade, como diz Rafael Carvalho

Rezende Oliveira (2010, p. 77), para quem, de acordo com o que chama de “princípio da juridicidade”<sup>64</sup>,

a atuação da Administração Pública, notadamente a discricionária, passa a ser controlada, em relação à compatibilidade formal, não só com a legislação infraconstitucional, mas também, especialmente, com a Constituição. A amplitude dos princípios constitucionais, por vincular a Administração, autoriza um controle jurisdicional mais intenso e eficaz dos atos administrativos classificados como discricionários.

Dito isso, entende-se possível asseverar que um efeito inegável da emergência do neo ou pós-positivismo no Direito Administrativo é a reconfiguração do dogma da legalidade, o que pode ser percebido pela reinterpretação das teorias e institutos jurídicos que esse dogma fundamenta. Apenas a título exemplificativo, cabe mencionar os seguintes casos:

1. A teoria da organização do poder político em Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), que se reflete na visão algo estanque da teoria da distinção de funções (legislativa, executiva e judicial), passa a ter de considerar uma teoria da atribuição das atividades do Estado (normativa, administrativa e jurisdicional), o que necessariamente implica a possibilidade do exercício atípico de funções, ou, em outras palavras, o desempenho de atividades atípicas, como ocorre, por exemplo, quando o Poder Executivo exerce a função legislativa, desempenhando atribuição de atividade normativa, ao editar normas jurídicas com eficácia *erga omnes*, isto é, com força de lei<sup>65</sup>;

2. A função e os limites dos poderes administrativos, com destaque para o poder de polícia administrativa, são constantemente postos em questão por ocasião de manifestações populares, sejam as greves de servidores públicos por atualização monetária de sua remuneração, sejam os protestos de estudantes pela gratuidade do transporte público, manifestações estas cujo sucesso, do ponto de vista político, muito depende da forma como são garantidos os direitos dos manifestantes<sup>66</sup>;

3. A Administração Pública, que, em sucessivas reformas, passou de patrimonial a burocrática, e desta a gerencial, deve perseguir os resultados institucionais a que se pretende, valendo-se de métodos e instrumentos que permitam a sua consecução, a exemplo da assimilação de noções como gestão estratégica, gestão por projetos e gestão por processos; profissionalização do pessoal e sua escolha baseada no mérito, por meio de concurso público e da gestão por competência; preocupação permanente com os gastos, coibindo-se a corrupção e evitando-se o desperdício; e prestação de contas (*accountability*) à sociedade, por intermédio dos órgãos de auditoria, controle e fiscalização, estatais ou não<sup>67</sup>;

4. A ação administrativa, antes quase sempre pautada nos interesses e projetos, quando havia, dos governantes do momento, agora obedece aos ciclos do orçamento e das políticas públicas, segundo os quais as necessidades da sociedade são selecionadas, entram

em pauta, são estudadas, é proposta e tenta-se implementar uma solução, e assim sucessivamente, de forma cíclica<sup>68</sup>;

5. Os atos administrativos (antes protagonistas absolutos do Direito Administrativo, sendo o centro das preocupações da doutrina, permanentemente às voltas com os seus elementos e classificações, quase sempre apenas no que se refere a sua conformidade à lei) passam a compor o quadro mais amplo do processo administrativo (no qual todos os atos devem ser motivados, sem falar que cada ato de *per se* e o processo, como um todo, devem observar, inafastavelmente, os princípios da ampla defesa e do contraditório)<sup>69</sup>; e

6. As contratações públicas, antes aferradas às regras do procedimento licitatório adequado (modalidade) e do menor preço (critério de escolha das propostas mais vantajosas para a Administração Pública), assim como aos princípios setoriais da licitação (a exemplo do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório), passam a ter de observar ao princípio da eficiência administrativa (no qual ressalta a preocupação com a economicidade, expressa pela fórmula do máximo benefício com o mínimo custo possível), de preocupar-se com a sustentabilidade (seja das matérias-primas utilizadas para a produção dos bens adquiridos, seja dos insumos utilizados para a execução dos serviços contratados), chegando ao ponto de ser corresponsável pela indução do mercado (tanto por meio de benefícios concedidos às micro e pequenas empresas, quanto por meio da preferência aos bens e serviços fabricados ou prestados com o uso de tecnologia nacional)<sup>70</sup>.

Como se antevê, nem todos esses pontos podem ser considerados indícios autênticos de uma mudança de paradigma, ao menos não num sentido rigoroso, do ponto de vista da Epistemologia. Em verdade, como já se ousou afirmar em outras palavras, trata-se de desenvolvimentos teóricos, e aplicações práticas, do paradigma dominante, ou seja, do dogma da legalidade. Tomemos como exemplo os pontos 1 e 3. Se, por um lado, o exercício atípico de funções pode ser considerado indício da crise, pois o paradigma da legalidade presume separação rígida das funções e a lei como instrumento de limitação de um Poder por outro, o que resta confuso com o desempenho de atividades atípicas, a exemplo da edição de normas com força de lei pelo Poder Executivo; por outro lado, as ideias de eficiência, meritocracia e transparência não necessariamente conduzem à mesma conclusão, antes apontam a lei como condição necessária para a ação administrativa. Assim, a rigor, não havendo alteração da lógica do paradigma vigente, não seria adequado falar em mudança de paradigma nos termos propostos por Kuhn<sup>71</sup>.

Tendo em vista os limites deste trabalho, não é oportuno aprofundar a análise da crise do dogma da legalidade como paradigma dominante do Direito Administrativo. Sem embargo, mesmo no nível de análise empreendido até aqui, já é possível perceber efeitos

dessa crise na proposta de transição que é o Direito Administrativo Constitucional. Nada obstante, ao menos a título de hipótese de pesquisa, entende-se possível afirmar que tal proposta seria menos uma ruptura com o dogma da legalidade do que o seu desdobramento e aprofundamento, haja vista que as respostas oferecidas pelo chamado princípio da juridicidade não diferem totalmente das do dogma da legalidade, senão em termos de grau (de legal para constitucional).

O que parece se insinuar no horizonte não é somente essa necessidade de reeleitura ou reconfiguração da legalidade pela juridicidade; é, mais além, a necessidade de relegitimação do Estado como fonte soberana de produção do Direito, e, nesse sentido, da Administração Pública como agente vocacionado a salvaguardar os direitos subjetivos<sup>72</sup>. Aqui cabe indagar o porquê dessa necessidade de relegitimação, ao que se poderia responder que a convivência harmoniosa com a diversidade social demanda constantemente a realização de consensos, inclusive no que diz respeito a temas que antes eram resguardados da discussão, ou ao menos de uma discussão mais ampla, pelo dogma da legalidade, segundo o qual os pontos de partida estão preestabelecidos, não sendo passíveis de deliberação<sup>73</sup>.

Sim, a ideia de legitimidade também está presente no dogma da legalidade. Ocorre, porém, que, durante um longo período, a legitimidade desse dogma esteve fora de questionamento. Somente ao ser posto em questão é que ficou evidente a sua crise enquanto paradigma dominante. E é assim que emerge a legitimidade como foco central do Direito: em muitos casos, não se trata mais apenas de a Administração Pública fazer conforme o Direito, por intermédio da autoridade competente, mas de responder satisfatoriamente à resposta sempre presente se é isso ou aquilo de que a sociedade precisa e se é isso ou aquilo que a sociedade quer (pavimentação asfáltica ou rede de esgoto, uma praça ou uma escola etc.).

Sem dúvida, ainda na maioria dos casos, as decisões estatais podem se basear satisfatoriamente na legalidade ou na juridicidade. O ponto de inflexão é quando ocorre uma dissociação, e quando essa dissociação não é necessariamente uma revolução de natureza política. Em casos que tais, sobreleva a necessidade de restabelecer o consenso. Nesse sentido, é possível que estejamos diante de um redimensionamento da ideia de contrato social. Aceitando essa premissa teórica, poderíamos indagar quanto tempo dura um contrato social e como renegociá-lo, ao que poderíamos responder, em conjectura, que um contrato social na pós-modernidade provavelmente dure menos tempo do que o seu similar iluminista e que a sua renegociação não necessariamente passe por uma revolução política. Em consequência, do ponto de vista epistemológico, podemos estar assistindo a uma convivência de paradigmas. Por ora, são apenas conjecturas<sup>74</sup>.

Em todo caso, ainda que não seja possível definir claramente o “estágio” de uma mudança de paradigma (na Ciência do Direito, em geral, e na doutrina de Direito Administrativo, em particular), não é demais afirmar que está consideravelmente avançado o reconhecimento, pela comunidade jurídica, de que o dogma da legalidade como paradigma dominante está em crise e é insuficiente para resolver diversos problemas jurídicos e sociais atuais. Por outro lado, impende reconhecer que bem mais atrasado está o desenvolvimento do paradigma emergente, o convencimento de que esse paradigma emergente é mais abrangente do que o paradigma dominante e a adoção das proposições do paradigma emergente na prática jurídica.

De qualquer sorte, considerando que se assinalou a crise do dogma da legalidade como paradigma dominante e que se aventou a possibilidade de uma mudança de paradigma, convém apresentar, ainda que em suas linhas mais gerais, o que se vislumbra como sendo o paradigma emergente. Nesse sentido, partindo da premissa de que o cerne da crise, e da necessidade de mudança, remonta a um déficit de legitimidade do dogma da legalidade, e à necessidade de relegitimação do Estado como produtor do Direito e, consequentemente, da Administração Pública como seu agente, então se passa a considerar, provisoriamente, a hipótese da legitimidade como paradigma emergente do Direito Administrativo.

### **2.3. A hipótese da legitimidade como paradigma emergente**

Para perquirir acerca da identificação da hipótese da legitimidade como paradigma emergente, propõe-se, em primeiro lugar, fazer um inventário provisório das teorias e institutos principais afetos a essa hipótese, com vistas à definição do seu conteúdo; e, em segundo lugar, questionar a sua identificação, no sentido que lhe atribui a doutrina do Direito Administrativo, com o conceito de paradigma emergente, como definido pela Epistemologia<sup>75</sup>.

Acrescente-se, apenas, lembrando o que se falou ao final do item 1, que este trabalho propõe harmonizar as teorias funcionalista e argumentativa do Direito com a teoria do agir comunicativo. Essas teorias, que configuram uma proposta neopositivista (a primeira e a segunda) e pós-positivista (a terceira), em maior ou menor grau, contribuem para a definição do que se chamou de “hipótese da legitimidade”, cuja configuração atual remonta à comentada crise do positivismo jurídico e, consequentemente, ao enfraquecimento hermenêutico do dogma da legalidade<sup>76</sup>.

Como se pode perceber, tendo em vista a necessidade de relegitimação do Estado e da Administração Pública, a doutrina de Direito Administrativo recorre, por um lado, à

Teoria Geral do Direito e ao Direito Constitucional, no que concerne a uma fundamentação a partir dos princípios jurídicos constitucionais; e por outro lado, à Filosofia do Direito e da Política, no que tange a uma comunicação política tendente ao consenso, por meio de procedimentos institucionalizados de participação popular. Assim, vislumbra-se acertada a opção do marco teórico em Alexy, com a sua teoria baseada no uso racional da argumentação jurídica, de modo a conduzi-la a decisões razoáveis e proporcionais<sup>77</sup>; e em Habermas, com a sua teoria do agir comunicativo, fundada no que chama de ética do discurso e em sua concepção de democracia deliberativa<sup>78</sup>.

Apenas a título ilustrativo, convém fazer referência a alguns institutos que informariam a chamada hipótese da legitimidade e, também, a alguns exemplos de sua realização.

Como sabe principalmente o jurista prático, desde há algum tempo, destacadamente no âmbito das Cortes Constitucionais, mas não apenas, a interpretação e aplicação do Direito vem sendo embasada em princípios jurídicos constitucionais, especialmente na invocação de direitos fundamentais e das regras hermenêuticas de razoabilidade e proporcionalidade, em grande parte das vezes de forma errônea, diga-se de passagem, o que não parece desaconselhar, senão estimular o comportamento comum nesse sentido, de modo que se pode afirmar que essa passou a ser a tônica da prática jurídica, principalmente a judicial<sup>79</sup>.

Outro aspecto a destacar, quanto à hipótese da legitimidade, diz respeito a institutos atinentes a procedimentos institucionalizados de participação popular, no sentido de formas de inclusão dos atingidos em decisões estatais. Com efeito, evidenciam a abertura de canais de comunicação na esfera pública, no âmbito do Poder Legislativo, a iniciativa popular de lei; no âmbito do Poder Executivo, as audiências e consultas públicas, em especial as conduzidas pelas agências reguladoras; e no âmbito do Poder Judiciário, a convocação de *amici curiae*.

Assim, percebe-se que o próprio Direito positivo em vigor apresenta sinais inequívocos no sentido de admitir o modelo no qual as decisões estatais são não apenas juízos de conformidade a normas jurídicas preestabelecidas, senão também juízos baseados numa argumentação racional marcada pela razoabilidade e proporcionalidade, tendente a compatibilizar, a um só tempo, o atendimento aos interesses públicos e a garantia dos direitos fundamentais. Entretanto, passa a ser desafio desse modelo que tais decisões possam também seguir normas deliberadas junto aos potencialmente atingidos, isto é, junto à comunidade politizada e participante da esfera pública, sob pena de esse mesmo modelo ser de tal forma

assimilado pelo Direito positivo, que venha a padecer do reducionismo hermenêutico que acomete a legalidade estrita, ou mesmo o legalismo extremo.

Mais uma vez, voltando o olhar especificamente ao Direito Administrativo, oportuno demonstrar o que Moreira Neto (2008) entende pelo que ele mesmo denomina de “paradigma da legitimidade”. Depreende-se de sua exposição que a legitimidade seria uma de duas formas de consenso político [“primária (fundada na aceitação substancial, passiva e espontânea, característica da convenção)” ou “derivada (fundada na aceitação formal, ativa e induzida, característica do pacto)”] ou uma terceira, simbiótica, surgida “ante as recentes mutações da sociedade e das diversas organizações por ela criadas (...), em que se combina o modo de aceitação passiva com o modo de aceitação ativa” (MOREIRA NETO, 2008, p. 39-41).

Tornando mais clara a sua ideia, ele assevera o seguinte:

Assim é que, sob essa mais recente compreensão, ganha nitidez uma nova clivagem: de um lado, o campo dos valores próprios da pessoa humana – em que prevalece a legitimidade consensual substancial, nela assentando, por isso, os valores fundamentais – e, de outro, os valores próprios da organização política – em que prevalece uma legitimidade contratual formal, que não é outra senão a velha legalidade revisitada. (...) (Idem, p. 41).

Para em seguida concluir:

Tem-se, desse modo, uma interessante visão pós-moderna da ordem jurídica, de certo modo axiologicamente aberta, integrada e equilibrada, pois que duplamente submetida – à legalidade e à legitimidade – e não mais aprioristicamente definida como um sistema fechado, absolutamente reverente a uma legalidade pura, fundada em míticas razões de Estado e na perigosa supremacia do interesse público, ou, ainda, em uma exacerbada valorização do formalismo procedimental. Eis porque o Direito pós-positivista e pós-moderno, que se vai estruturar a partir de meados do século XX, ao sobrepor o fundo à forma e a legitimidade à legalidade, recupera os valores em todas as fases de realização do Direito – tanto na sua criação, seja parlamentar ou não, como na sua aplicação, seja privada, administrativa ou judicial, desenvolvendo-se, em função dessa reversão, uma nova ideia do próprio Direito e, deinde, uma nova ideia aplicativa, como uma nova hermenêutica (Idem, p. 41-42).

Delineada desse modo a hipótese da legitimidade, é chegada a hora de questionar a pertinência de sua identificação ao conceito de paradigma emergente, tal como exposto por Santos (2008), para quem “A configuração do paradigma que se anuncia no horizonte só pode obter-se por via especulativa. Uma especulação fundada nos sinais que a crise do paradigma actual emite mas nunca por eles determinada” (SANTOS, 2008, p. 59). Em seguida, ele afirma que “a natureza da revolução científica que atravessamos é estruturalmente diferente da que ocorreu no século XVI” (Idem, p. 60). Diante desse fato, ele propõe a seguinte reflexão:

Sendo uma revolução científica que ocorre numa sociedade ela própria revolucionada pela ciência, o paradigma a emergir dela não pode ser apenas um paradigma científico (o paradigma de um conhecimento prudente), tem de ser também um paradigma social (o paradigma de uma vida decente) (idem, ibidem).

E para apresentar o paradigma emergente, ele procede à justificação de quatro teses, quais sejam:

1. Todo o conhecimento científico-natural é científico-social (“A distinção entre ciências naturais e ciências sociais deixou de ter sentido e utilidade”; “o mundo, que hoje é natural ou social e amanhã será ambos, [será] visto como um jogo, como um palco ou ainda como uma autobiografia”);

2. Todo o conhecimento é local e total (“Na ciência moderna o conhecimento avança pela especialização”; “Sendo um conhecimento disciplinar, tende a ser um conhecimento disciplinado”; “O conhecimento pós-moderno, sendo total, não é determinístico, sendo local, não é descritivista”);

3. Todo o conhecimento é autoconhecimento (“A ciência moderna consagrou o homem enquanto sujeito epistémico mas expulsou-o (...) enquanto sujeito empírico”; “No paradigma emergente, o carácter auto-biográfico e auto-referenciável da ciência é plenamente assumido”; “Assim ressubjectivado, o conhecimento científico ensina a viver e traduz-se num saber prático”); e

4. Todo o conhecimento científico visa constituir-se em senso comum (“A ciência moderna produz conhecimentos e desconhecimentos. Se faz do cientista um ignorante especializado faz do cidadão um ignorante generalizado”; “A ciência pós-moderna, ao sensocomunizar-se, não despreza o conhecimento que produz tecnologia, mas entende que, tal como o conhecimento se deve traduzir em autoconhecimento, o desenvolvimento tecnológico deve traduzir-se em sabedoria de vida”) (SANTOS, 2008, p. 61-92).

Seria possível submeter essas quatro teses a testes no âmbito do Direito Administrativo, porém essa empreitada não revelaria mais do que já o foi. Assim sendo, bastaria afirmar apenas que a hipótese da legitimidade, senão perfeitamente, certamente em suas linhas gerais, pode ser considerada um exemplo bem acabado, no âmbito das Ciências Sociais Aplicadas, das quatro teses epistemológicas que fundamentam o paradigma emergente, nos termos em que descritas acima. Com efeito, não seria despropositado asseverar que tal afirmação pode ser demonstrada pela atuação da Administração Pública na quadra histórica em curso.

### **3. A Administração Pública entre a Legalidade e a Legitimidade**

Diante de tudo quanto exposto, parece restar demonstrado que, das dicotomias próprias do positivismo jurídico, passa-se à integração dos institutos, abrindo-se uma vereda

por onde trilhar sob os auspícios do neo e do pós-positivismo. Nesse caminho, não há cadeiras cativas, pois as soluções de hoje podem ser os problemas de amanhã.

Assim, tomando por sucinta definição que o Direito Administrativo seria a disciplina jurídica do aparato do Estado (a Administração Pública) e de suas interfaces e interseções com a sociedade, em sentido amplo, e com os administrados (cidadãos) e colaboradores (agentes públicos e empresas contratadas), em sentidos estritos, vislumbra-se a possibilidade de afirmar que essa disciplina, do ponto de vista teórico como do prático, consoante descrito acima, pode confirmar a identificação da hipótese da legitimidade como um paradigma emergente.

De fato, a Administração Pública consiste em objeto de estudo, por um lado, e em sujeito de mudanças, por outro lado. Desse modo, é em seus limites que há de ter lugar a ampliação da esfera pública como espaço de decisão que afeta a vida de toda a sociedade. Assim sendo, é possível afirmar, ainda, que o movimento histórico-científico descrito como mudança de paradigma, ao menos no âmbito do Direito Administrativo, longe de ser linear e constante, é, em verdade, pendular e, por vezes, caótico. Eis a oportunidade de assentar que, nesses tempos pós-modernos, a Administração Pública vive sob tensão, pois é constantemente questionada quanto a sua natureza, funções, poderes e, mais recentemente, no que tange à legitimidade de suas ações.

Essa tensão, decerto, reflete-se numa maior ou menor capacidade do Estado em assimilar certas demandas da sociedade, sobretudo aquelas veiculadas com um mínimo de organização política. Nesses termos, é necessário trazer a lume em quais circunstâncias a Administração Pública seria capaz de absorver ou refratar certas exigências sociais.

Os exemplos foram extraídos da realidade e experiência da Administração Pública no Brasil.

### **3.1. Reforços ao paradigma da legalidade**

Sob esse título, seria possível reunir algumas novas formas de vinculação da atividade administrativa, em face de problemas como estes:

1. O que deve ser considerado como fronteira da moralidade (vide as polêmicas envolvendo as Resoluções dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público contra o nepotismo);
2. O que a sociedade necessita seja tratado com publicidade e transparência (vide a polêmica da Lei de Acesso à Informação, que pôs em questão o interesse público em pôr a claro a remuneração dos servidores);

3. Soluções efetivas, jurídica e moralmente concretas, para casos de corrupção, desperdício e ineficiência na gestão pública (vide o caso das obras de transposição das águas do Rio São Francisco).

Em todos esses casos, é possível perceber que a positivação, ainda que inspirada pela ideia de relegitimação do Direito, numa aplicação prática do princípio da juridicidade, não deixa de representar reforços ao paradigma da legalidade.

### **3.2. Limitações ao paradigma da legitimidade**

Por outro lado, também é possível perceber que alguns reclamos sociais nem sempre são tratados adequadamente pela Administração Pública, ainda que algumas formas de manifestação da vontade popular estejam positivadas. Daí se falar em limitações ao paradigma da legitimidade.

Nesse sentido, cabe fazer referência a algumas dessas limitações, deixando subentendidos os problemas que se lhes revelam inerentes:

1. Na prática administrativa, as Unidades de Controle, tanto interno quanto externo, no mais das vezes, priorizam a mera conformação dos atos e processos administrativos à lei, e não a sua compatibilização ao princípio da juridicidade<sup>80</sup>;

2. Do mesmo modo, o discurso oficial do Poder Executivo ao oferecer soluções à insatisfação de agentes públicos de outros Poderes, como ocorreu em meados de 2012, ocasião na qual ocorreu uma afronta aos princípios da independência e harmonia dos Poderes, na medida em que o Executivo menosprezou a proposta orçamentária do Judiciário, sobretudo no que concerne à atualização monetária dos subsídios dos magistrados e das remunerações dos servidores;

3. Igualmente, as reações do Governo Federal à onda de manifestações que tomou as ruas do país em junho de 2013, pugnando pela contestação da legitimidade de algumas decisões político-administrativas de Governos estaduais e municipais, sobretudo a reação da Presidenta da República ao propor a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte exclusiva, e, posteriormente, a realização de consulta popular para deliberar, dentre outros assuntos, sobre a pauta da chamada Reforma Política.

Esses são exemplos claros de como a prática do Direito Administrativo, por vezes, ainda está apegada ao dogma da legalidade. Trata-se de situações nas quais a Administração Pública está aquém do princípio da juridicidade e em que se mostra despreparada para lidar com discussões sobre a legitimação de decisões estatais contestadas pela sociedade organizada.

Em casos que tais, cabe questionar, de antemão, qual o nível de maturidade das instituições e de preparo do gestor público para lidar com situações dessa natureza.

## **Conclusão**

Considerando, por um lado, a amplitude do tema e, por outro lado, as limitações deste trabalho, ainda não é possível afirmar, num grau aceitável de segurança metodológica, se o uso do conceito de paradigma pela doutrina de Direito Administrativo é ou não adequado, viável e útil. Por essas razões, será necessário empreender esforços no sentido de pormenorizar os elementos apontados acima e, assim se espera, verificar as seguintes conclusões provisórias:

1. A apropriação do conceito de paradigma pela doutrina de Direito Administrativo ainda não se mostra adequada, pois carece de precisão epistemológica;

2. A associação das diferentes práticas da Administração Pública à noção de paradigma parece ser viável, visto que se assemelha ao modo como os fenômenos naturais vêm sendo descritos historicamente e se amolda à proposta de descrição pós-positivista dos fenômenos sociais;

3. Considerar um determinado conjunto de teorias e institutos jurídicos como dominante, e outro como emergente, pode ser útil, a fim de mostrar, senão uma revolução, ou mesmo evolução, ao menos a trajetória histórica dos discursos jurídicos assumidos ou subjacentes às decisões estatais; e

4. Está em curso, na Ciência do Direito, em geral, e na doutrina de Direito Administrativo, em particular, senão precisamente uma mudança de paradigma, nos termos propostos por Kuhn, ao menos a reconfiguração de um paradigma por outro, identificando-se como dominante o dogma da legalidade e como emergente a hipótese da legitimidade.

## **Referências Bibliográficas**

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução de. São Paulo: WMF Martins Fontes (Biblioteca Jurídica WMF), 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito, Razão, Discurso**: estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

ASSIS, Jesus de Paula. “Kuhn e as Ciências Sociais”. In: **Estudos Avançados**, vol. 7, n. 19, Dossiê Filosofia da Ciência. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141993000300004>>. Acesso em: 9 set. 2013.

AUDI, Robert (Org.). **Dicionário de Filosofia de Cambridge**. Tradução de João Paixão Netto, Edwino Aloysius Royer *et. al.* São Paulo: Paulus, 2006 (Coleção Dicionários).

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Ética Pós-Moderna**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus (Coleção Critérios Éticos), 1997.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000 (Pensamento Crítico 63).

\_\_\_\_\_. **O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito**. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006 (Coleção Elementos de Direito).

\_\_\_\_\_. **Da Estrutura à Função: novos estudos de Teoria do Direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri/SP: Manole, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010 (Justiça e Direito).

BRAY, Renato Toller. **O Direito Político em Jürgen Habermas: legitimidade e esfera pública**. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/principal.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm)>. Acesso em: 9 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Ministério da Fazenda. Escola Superior de Administração Fazendária. **10ª Semana de Administração Orçamentária, Financeira e de Compras Públicas. Ementas das Oficinas**. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/capacitacao/orcamentaria/ementa-das-oficinas-2013>. Acesso em: 9 set. 2013.

- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- BRITTO, Roberto Cajubá da Costa. **A Processualização dos Atos Administrativos como Contribuição para a Democracia**. Fortaleza: Primus, 2010.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CANFORA, Luciano. **Crítica da Retórica Democrática**. Tradução de Valéria Silva. São Paulo: Estação Liberdade, 2007.
- CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e Argumentação: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos**. Curitiba: Juruá, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CARVALHO, Francisco José. **Teoria da Função Social do Direito**. Curitiba: Juruá, 2011.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- ECO, Umberto. **Como se Faz uma Tese**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 21. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008 (Estudos 84).
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. 3d. São Paulo: Atlas, 1980
- \_\_\_\_\_. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRAU, Nuria Cunnil. **Repensando o Público Através da Sociedade**. Rio de Janeiro. Revan: Brasília, DF: NAP, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Aclaraciones a la Ética del Discurso*. Madri: Psikolibro, 2000.
- \_\_\_\_\_. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. 2. ed. Tradução: George Sperber *et al.* São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

- \_\_\_\_\_. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012a.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da Ação Comunicativa:** racionalidade da ação e racionalização social, 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012b.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da Ação Comunicativa:** sobre a crítica da razão funcionalista, 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012c.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes (Coleção Justiça e Direito), 2005.
- KUHN, Thomas S. “Second thoughts on paradigms”. In: SUPPE, Frederick (Ed.). **The Structure of Scientific Theories.** Urbana-ILL: University of Illinois Press, 1974, p. 459-477.
- \_\_\_\_\_. **A Estrutura das Revoluções Científicas.** Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011 (Debates 115).
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução.** 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Moderno.** 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- \_\_\_\_\_. **A Processualidade no Direito Administrativo.** 2. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo:** princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 3. ed. atual., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Poder, Direito e Estado:** o Direito Administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos.** 12. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma Administrativa e Burocracia:** impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006 (Coleção Temas de Direito Administrativo 16).
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A Constitucionalização do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Daniel Nicory. **Temas de Metodologia da Pesquisa em Direito**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

PRIGOGINE, Ilya. **O Fim das Certezas**. São Paulo: UNESP, 1996.

REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma Ciência Pós-Moderna**. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

\_\_\_\_\_. **Um Discurso sobre as Ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. “Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites”. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.).

**Contratações Públicas e seu Controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

VALIM, Rafael. **O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010 (Coleção Temas de Direito Administrativo 23).

WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1977.

---

1 Exposição escrita para obtenção dos créditos relativos à disciplina Direito Administrativo, Constitucionalismo e Cidadania, do Curso de Mestrado em Constitucionalização do Direito, da Universidade Federal de Sergipe, ministrada pelo Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso, no período letivo 2013.1.

2 Ex-aluno da Disciplina Direito Administrativo, Constitucionalismo e Cidadania, do Curso de Mestrado em Constitucionalização do Direito, da Universidade Federal de Sergipe (2013.1). Especialista em Direito Público pela Universidade Tiradentes (2011). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2008). Servidor do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe (desde 2005). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8900052310138642>. E-mail: hermanosantos@ig.com.br.

3 Daí se falar, mais ou menos consensualmente, em “crise do positivismo”, como lembra Daniel Nicory do Prado (2011, p. 27-30).

4 Ver, por exemplo, a iniciativa de Norberto Bobbio (2007), batizada de “teoria funcionalista do Direito”.

5 Ver Prado (2011, p. 26-27 e 30-31). Ver, também, num sentido mais amplo, o panorama apresentado por Boaventura de Souza Santos (1989, p. 17-30), no qual esse autor vale-se da expressão auto-explicativa “desdogmatização da ciência” (Idem, p. 23-30). Sobre o equívoco de tais reducionismos, ver Eros Roberto Grau (2005, p. 21-24 e 59-85) Humberto Ávila (2010, p. 20-21).

6 Ver, a título exemplificativo, Odete Medauar (1992, p. 175 e 204-205) e Patrícia Baptista (2003, VII-XII).

7 Nesse sentido o diagnóstico de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 24-31).

8 Mais uma constatação de Moreira Neto (Idem, p. 13-15). Ver, também, Henrique Ribeiro Cardoso (2010, p. 55-125 e 248-259)

9 Ver Nuria Cunill Grau (1998, p. 20-63). A respeito da importância da “esfera pública na construção de um Direito legítimo”, ver Renato Toller Bray (2011, p. 109-169).

10 Ver Grau (Idem), Baptista (2003, p. 2-51 e 120-180) e Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2010, p. 7-33).

11 Esse conceito expressa com destacada clareza as ideias convergentes de “ciência normal”, “anomalias”, “crise”, “emergência”, “mudança”, enfim, da noção de que o pensamento científico progride por meio de “revoluções”, tal como proposto por Thomas Kuhn (2011, p. 125), para quem “revoluções científicas [são] aqueles episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior”. Kuhn (idem, p. 147) demonstra também que “Guiado por um novo paradigma, os cientistas adotam novos instrumentos e orientam seu olhar em novas direções. E o que é ainda mais importante: durante as revoluções os cientistas veem coisas novas e diferentes quando, empregando instrumentos familiares, olham para os mesmos pontos examinados anteriormente. É como

---

se a comunidade profissional tivesse sido subitamente transportada para um novo planeta, onde objetos familiares são vistos sob uma luz diferente”. Ver, também, o ensaio por meio do qual Kuhn (1974) procura rebater algumas críticas e esclarece os termos que utiliza em sua obra-prima, notadamente o conceito de paradigma.

12 Por “Epistemologia” entenda-se toda “reflexão de segundo grau sobre a ciência, uma metaciência que, embora sujeita à contaminação filosófica, se entrega cada vez mais na ciência pela obediência aos critérios da objetividade científica”, sem embargo “as dificuldades em distinguir a epistemologia da filosofia da ciência e da teoria do conhecimento”, como mostra Robert Blanché (*apud* SANTOS, 1989, p. 19). Para uma visão geral sobre as discussões acerca do que seja a Epistemologia, conferir Santos (Idem, p. 19-22).

13 Moreira Neto (2008, p. 17-19) chega mesmo a citar Kuhn, porém, *data venia*, não o faz de modo preciso. Como abordagem desse jaez, conferir Prado (2011, p. 17-37).

14 Aqui se tem em mente a noção de “precisão do conteúdo” demonstrada por Prado (Idem, p. 82-89).

15 Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003, p. 39-43), “o objeto de estudo do jurista é, por assim dizer, um resultado que só existe e se realiza numa prática interpretativa”; “suas definições teóricas superam-se à medida que deixam de ser guia para a ação”; a Ciência do Direito “não apenas informa, mas também conforma o fenômeno que estuda, faz parte dele”; assim, a atividade científica no âmbito do Direito está sempre “às voltas com perguntas e respostas, problemas que pedem soluções, soluções já dadas que se aplicam à elucidação de problemas”; acentuando o aspecto pergunta, tem-se o enfoque zetético, em que “os conceitos básicos, as premissas, os princípios ficam abertos à dúvida”, pois são evidências a ser verificadas, isto é, comprovadas ou refutadas; já acentuando o aspecto resposta, tem-se o enfoque dogmático, em que “determinados elementos são, de antemão, subtraídos à dúvida”, “são postos fora de questionamento, mantidos como soluções não atacáveis, eles são, pelo menos temporariamente, assumidos como insubstituíveis, como postos de modo absoluto”, pois são estabelecidos, arbitrariamente, como dogmas.

16 Como lembra Prado (2011, p. 43), “A teoria científica (...) nunca transita em julgado, e a sua permanente sujeição a aperfeiçoamentos, modificações e derrubadas é o que garante a melhor resposta possível aos problemas do conhecimento”. E como ressalta Prado (Idem, p. 44), segue nesse sentido a proposta metodológica de Karl Popper, “segundo a qual todo o conhecimento científico consiste em conjecturas, continuamente submetidas a teste que, enquanto não forem derrubadas pela crítica, poderão ser aceitas como ‘verdadeiras’, ou, mais precisamente, como melhores aproximações possíveis da verdade”. Prado (Idem, p. 83) lembra ainda que “Popper se propõe a arriscada tarefa de mensurar a maior ou menor aproximação da verdade, entre várias teorias rivais, a partir da correlação entre ‘verdade’ e ‘conteúdo’. Para tanto, estabelece seis critérios: 1) uma teoria deve fazer afirmações mais precisas que a teoria antecedente, e tais afirmações mais precisas devem resistir a testes mais precisos; 2) deve levar em conta, e explicar, mais fatos do que a teoria antecedente; 3) deve descrever, ou explicar, os fatos mais detalhadamente; 4) deve resistir a testes perante os quais a teoria antecedente sucumbiu; 5) deve sugerir novos testes, não considerados antes de sua formulação (e talvez nem sequer aplicáveis à teoria antecedente); 6) deve unificar ou conectar problemas antes não relacionados”. Afinal, conclui que “Uma hipótese precisa é mais relevante porque diz mais sobre a realidade que pretende explicar (...) e, por tudo isso, está sujeita a um número maior e mais complexo de testes, e pode ser discutida de forma mais aprofundada e contundente pela comunidade científica. Isso pode parecer estranho, considerando que a pesquisa científica pretende ter como resultado a resolução de problemas, já que, quanto mais precisa for uma hipótese, maior será a probabilidade de sua refutação. No entanto, para o falibilismo, a conclusão de que ‘a hipótese formulada não é uma solução satisfatória para o problema’ já é um ótimo resultado, pois indica outros caminhos a serem seguidos pelos pesquisadores. Além disso, se uma hipótese precisa sobreviver a todos os testes e a toda a crítica, ela poderá ser aceita com mais segurança do que se faria com uma hipótese mais vaga ou genérica” (Idem, p. 84).

17 Para uma melhor compreensão dos termos “modernidade” e “pós-modernidade”, ver Eduardo Carlos Bianca Bittar (2009, p. 23-25). Para se designar a ideia de “pós-modernidade”, utilizam-se também, todavia com outros contornos, as expressões “segunda modernidade” e “modernidade reflexiva” (CARDOSO, 2010, p. 73-84).

18 O termo “pós-positivismo” é utilizado um tanto quanto acriticamente, apenas por comodidade, para demarcar as críticas voltadas ao positivismo. De antemão, é necessário ressaltar que o termo não é utilizado no sentido que lhe atribui, por exemplo, Paulo Bonavides (*apud* OLIVEIRA, 2010, p. 17-24). Desse modo, não se corrobora *in totum* o argumento de “superação”, por se acreditar, como se apontou, que muitas propostas jusfilosóficas que propalam a aludida superação, em verdade consistem apenas numa reconfiguração.

19 Ver Umberto Eco (2008, p. 7-10).

20 Miracy Barbosa Souza Gustin; Maria Tereza Fonseca Dias (2006, p. 1-4).

21 Registre-se que Jesus de Paula Assis (1993) apresenta várias ressalvas à apropriação da teoria de Kuhn pelas Ciências Sociais, afirmando que “O objetivo primeiro do livro [A Estrutura das Revoluções Científicas] era o de fornecer um quadro convincente de como se desenvolvem as ciências naturais. Porém, o alcance do texto foi muito maior. Poucos anos depois de publicado, seus principais termos – notadamente paradigma e ciência normal – já eram empregados, quase nunca no sentido pretendido pelo autor, em textos sobre artes, psicologia e ciências sociais. A importação de termos, na verdade já mal definidos na própria origem, causou mais confusão

---

que resultados positivos. Kuhn não se atem a uma só acepção para cada um deles e essa multiplicidade de sentidos, somada a outros fatores como a aparente acessibilidade do livro quando comparado a outros textos de filosofia da ciência (especialmente os produzidos na esteira do positivismo lógico) e a uma certa necessidade permanente que as ciências humanas têm de se afirmar como ciências, levou a uma literatura perdida em detalhes técnicos e alheia às principais questões levantadas pelo autor”; indagando “Assim, que sentido tem aplicar o modelo de desenvolvimento científico de Kuhn às ciências sociais? Nenhum, pelo menos se pretende aplicar o modelo de maneira inteiramente fiel. Porque Kuhn não está propondo um modelo que – como um modelo científico – deva ser articulado e expandido para outras áreas. Ele está propondo um modelo para a racionalidade humana e apenas usa exemplos retirados às ciências naturais por conveniência de exposição”; e concluindo que “Essa maneira de interpretar Kuhn – de encaixá-lo dentro de uma tradição mais ampla de crítica à racionalidade tradicional – por um lado realça o papel que as ciências sociais têm para a filosofia e, por outro, deixa claro o porquê de as aplicações de Kuhn (Wolin, Barbour, Friedrichs, entre outros) serem apenas aplicações de um vocabulário pobremente entendido, que só se adapta aos fins que seus autores propõem à custa de distorções que tornam o pensamento de Kuhn irreconhecível”. Em que pese a qualidade da análise, não parece, *data venia*, que a crítica de Assis infirme a aplicabilidade da teoria de Kuhn às Ciências Sociais. Uma das razões que levam a essa conclusão parcial é o fato de Assis, para embasar a negativa, valer-se de uma sua opinião sobre o propósito e *modus faciendi* de Kuhn. Com efeito, a afirmação de que Kuhn propôs “um modelo para a racionalidade humana e apenas usa exemplos retirados às ciências naturais por conveniência de exposição” não necessariamente conduz à ideia de que tal modelo não possa abarcar também os fenômenos sociais. Pelo contrário, o próprio Kuhn (2011, p. 14) reconhece uma tal aplicabilidade, ao afirmar que “a evidência [da ideia, crise e mudança de paradigma] provém tanto da história da biologia como da física. Minha decisão de ocupar-me aqui exclusivamente com a última foi parcialmente baseada na intenção de aumentar a coerência deste ensaio e parcialmente na minha competência atual. A par disso, a concepção de ciência desenvolvida aqui sugere a fecundidade potencial de uma quantidade de novas espécies de pesquisa, tanto históricas como sociológicas”. Ademais, partindo da premissa de que a teoria de Kuhn logra explicar a contento a história do pensamento científico no âmbito das Ciências Naturais, nada mais plausível do que submetê-la ao teste de aplicabilidade às Ciências Sociais. A propósito, parece ser esse o sentido da primeira “tese epistemológica” usada por Santos (2008, p. 59-73) para testar a noção de “paradigma emergente”, qual seja: “todo o conhecimento científico-natural é científico-social”

22 Aqui se utiliza a expressão num sentido etimológico ordinário, qual seja, de aspiração, ou, em outros termos, de projeto. Acredita-se, pois, que a democracia não é um ideal ilusório, ou meramente retórico, senão um projeto inacabado, ainda incipiente, que há pouco vem de premir suas próprias fronteiras. Para uma crítica da retórica democrática, no sentido de discurso político, ver Luciano Canfora (2007). Para uma compreensão historiográfica do conceito de democracia, ver Norberto Bobbio (2000). E para uma perspectiva contemporânea desse conceito, seguida de uma apresentação da proposta de “democracia deliberativa” de Jürgen Habermas, ver Cardoso (2010, p. 102-107 e 259-274).

23 No mesmo sentido, Gustavo Binbenjy (2008, p. 4 e 26-29). Cite-se, ademais, a obra coletiva organizada por Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto (2012), pela representatividade dos coautores, preocupados em delimitar a organização administrativa do Estado e reunidos com o interesse comum de demonstrar como alguns valores caros ao Estado Moderno não foram abandonados totalmente, ao passo que estão por se consolidar alguns outros do incipiente Estado Pós-Moderno, valores estes que chamam de “novos paradigmas”.

24 Em sentido diverso, Maria Tereza Fonseca Dias (2003, p. 133-136), baseando-se em Habermas, afirma que “podem ser delineados, desde a formação do direito na modernidade, três paradigmas do direito: 1. O direito formal burguês (ou modelo liberal); 2. o direito materializado do Estado Social; e 3. O Estado Democrático de direito, denominado pelo autor [Habermas] como o paradigma procedimental do direito”. Com a devida vênia, mesmo uma análise preliminar já sinaliza no sentido de que, além de não aplicar com precisão a teoria de Kuhn ao Direito, essa proposta parece confundir as noções de Direito e Estado e, assim procedendo, cometer o equívoco de descrever a evolução do pensamento científico deste como se fosse daquele. Ademais, a rigor, não existem diferenças significativas, ao menos não do ponto de vista jurídico, entre os dois primeiros paradigmas identificados, de modo que se trataria apenas de um.

25 Nesse sentido, recorre-se ao Dicionário de Filosofia de Cambridge (2006, p. 692), segundo o qual, “conforme usado por Thomas Kuhn (*The Structure of Scientific Revolutions* (1962), [paradigma é] um conjunto de crenças científicas e metafísicas que constituem um quadro de referência teórico dentro do qual podem ser testadas, avaliadas e, se necessário, revistas teorias científicas. A tese principal de Kuhn, na qual a noção de um paradigma exerce um papel central, estrutura-se em torno de um argumento contra a ideia da lógica empirista de mudança de teorias científicas. Os empiristas concebiam a mudança de teoria como um processo contínuo regular e cumulativo, no qual fatos empíricos, descobertos através de observação ou experimentação, impõem revisões em nossas teorias e assim aumentam nosso conhecimento cada vez maior do mundo. Diziam que, em combinação com esse processo de revisão, há um processo de redução interteórico que nos permite entender o macro em termos do micro, e que em última instância visa à unidade da ciência. Kuhn sustenta que essa ideia é incompatível com o que de fato acontece, caso após caso, na história da ciência. A mudança científica ocorre por

---

‘revoluções’, nas quais um paradigma mais antigo é derrubado e substituído por um quadro de referência incompatível ou até incomensurável com tal paradigma. Consequentemente os ‘fatos’ empíricos alegados em apoio da teoria mais antiga tornam-se irrelevantes para a nova. As questões levantadas e respondidas no novo quadro de referência transcendem as do antigo. Efetivamente os vocabulários dos dois quadros de referência constituem linguagens diferentes, que não são fáceis de intertraduzir. Esses episódios de revolução são separados por longos períodos de ‘ciência normal’, durante os quais as teorias de determinado paradigma são polidas, refinadas e elaboradas. Às vezes tais períodos são chamados de ‘solução de quebra-cabeças’, pois as mudanças devem ser entendidas mais como um brincar com os detalhes das teorias para ‘salvar os fenômenos’ que como passos que nos aproximam mais da verdade. Diversos filósofos se queixam de que a concepção do paradigma de Kuhn é demasiado imprecisa para realizar a tarefa para a qual ele a previu. De fato, quinze anos mais tarde, Kuhn admitiu que pelo menos duas ideias distintas foram exploradas pelo termo: (i) os ‘elementos compartilhados [que] explicam o caráter relativamente isento de problemas da comunicação profissional e a relativa unanimidade do juízo profissional’, e (ii) ‘soluções de problemas concretos, aceitas pelo grupo [de cientistas] como, num sentido bastante usual, paradigmáticas’ (Kuhn, ‘Second Thoughts on Paradigms’, 1977 [sic]). Kuhn oferece os termos ‘matriz disciplinar’ e ‘exemplar’, respectivamente, para essas suas ideias”.

26 Numa perspectiva pessoal e sintética, o próprio Kuhn (2011, p. 13) diz: “Considero ‘paradigmas’ as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. Já numa perspectiva mais abrangente, sua proposta, e, por consequência, o conceito de paradigma, que lhe é central, podem ser resumidos assim: “O termo paradigma (...) [significa] um conjunto de afirmações teóricas a respeito das características fundamentais dos fenômenos estudados por um campo do conhecimento. Essa rede de teorias compartilhada pela comunidade científica representa a sua cosmovisão e orienta as investigações naquele campo. Os paradigmas científicos são articulados a partir da explicação de um número determinado de problemas expressivos do conhecimento, e são desenvolvidos para alcançar um número cada vez maior de fenômenos. O tipo de pesquisa que se desenvolve a partir das premissas do paradigma, nesse esforço de generalização e aprofundamento, é denominado “ciência normal” e consiste na maior parte do trabalho dos cientistas durante toda a sua carreira. A fé da comunidade no paradigma, de um lado, deixa em estado de latência as discussões metodológicas e filosóficas mais profundas, mas, de outro, permite um desenvolvimento bastante acelerado do conhecimento a partir do paradigma, o que acaba por revelar, necessariamente, as suas insuficiências. Quando um paradigma, já desenvolvido, enfrenta dificuldades para a explicação de um fenômeno, diz-se que ele está diante de uma anomalia. Em princípio, o cientista crê que o fracasso de seu trabalho é uma falha sua e não uma insuficiência da fundamentação do conhecimento. Quando os esforços se reiteram na mesma direção, sem sucesso, a anomalia fica mais bem definida e se começa a questionar diretamente o próprio paradigma. A multiplicação de anomalias abala a fé no paradigma e a comunidade fica mais receptiva às explicações alternativas do mesmo fenômeno, que, se encontrarem a adesão necessária, substituirão o paradigma em declínio. Aplicando esses conceitos à ciência jurídica, pode-se dizer, em primeiro lugar, que o paradigma científico e o paradigma societal se relacionam intensamente e é quase impossível dissociá-los. O positivismo jurídico se constituiu como paradigma dominante nos dois últimos séculos, com algumas propostas: 1) definir a norma jurídica como seu objeto; 2) diferenciar o Direito da Moral e de outras ordens de regulação do comportamento, apontando a espécie de sanção correspondente ao ilícito como traço distintivo, o que acaba levando a uma correspondência entre Direito e Estado; 3) compreender o Direito como sistema ou ordenamento, ou seja, como conjunto de normas hierarquicamente posicionadas e destinadas ao exercício de diferentes funções, o que leva o todo (sistema) a ser mais do que a mera soma de suas partes; 4) identificar, no sistema jurídico, as características da unidade, da coerência e da completude. A imensa aceitação do paradigma e o seu desenvolvimento intenso logo revelaram suas insuficiências: 1) ter apenas a norma como objeto se mostrou uma simplificação indevida; 2) a dissociação do Direito da Moral e de qualquer outra ordem de regulação com conteúdo transcendente levou à afirmação do direito como pura forma, o que levou seus críticos a responsabilizarem o positivismo pelas barbáries da Alemanha Nazista, revestidas de formas jurídicas compatíveis com o paradigma; 3) a ideia de sistema foi criticada, entre outros, por Theodor Viehweg, com o resgate da tópica aristotélica, entendendo que o pensamento jurídico parte do problema e não do sistema; 4) cada um dos dogmas relacionados ao ordenamento recebeu fortes críticas de explicações rivais, impossíveis de descrever com profundidade nesse item. Um dos principais fatores da crise do positivismo pode ser encontrado na obra do maior expoente da linha de pensamento: Hans Kelsen, no capítulo final da Teoria Pura do Direito, destinado à interpretação, teve que admitir a multiplicidade de sentidos de um mesmo texto jurídico, renunciando ao controle científico desses sentidos, dizendo que os critérios para fazê-lo são objeto da política jurídica. Essa afirmação negou ao positivismo o cumprimento de uma de suas maiores promessas: a garantia de segurança jurídica, proporcionada por um sistema normativo lógico e hierarquizado. As explicações alternativas que surgiram podem ser classificadas em duas grandes famílias: as teorias da argumentação e da compreensão. No entanto, apesar de sua força e de sua crescente aceitação, a transição paradigmática ainda está em curso. Primeiro, porque as explicações alternativas vêm convivendo com teses positivistas, mesclando-se e, segundo, porque o ensino jurídico, responsável pela formação das próximas gerações, ainda é predominantemente positivista. Alguns ramos da dogmática jurídica, estruturados em torno de afirmações fundamentais do positivismo, ainda não encontraram substitutos à altura, e mesmo o ramo em que as

---

transformações começaram a acontecer (o Direito Constitucional) deve ao positivismo a consolidação da tese da supremacia constitucional. Embora as falhas do paradigma positivista já sejam consensualmente reconhecidas pela comunidade e levadas em conta na investigação científica de alto nível, o ensino jurídico ainda é predominantemente positivista assim como o conhecimento que se reproduz nos manuais, até porque ainda não está claro o conteúdo do paradigma que o substituirá. (...). Se, mesmo nos períodos de ciência normal, qualquer proposição jurídica e qualquer pretensão de explicá-la cientificamente têm uma fundamentação filosófica, explícita ou não, o período revolucionário força o pesquisador a esclarecer com cuidado as concepções fundamentais de seu pensamento, visto que deixou de haver um consenso paradigmático na comunidade a que se dirige. Ao contrário do possível efeito paralisante, a discussão metodológica é fecunda, pois permite que se compreendam mutuamente, em nível metateórico, os adeptos de diferentes paradigmas, na construção de um consenso possível, ou no prolongamento esclarecido do dissenso, até que a comunidade acabe se decidindo quanto ao caminho a seguir” (*apud* PRADO, 2011, p. 33-35).

27 “Num sentido mais amplo, Boaventura de Souza Santos fala de paradigma societal, como conjunto de crenças e visões de mundo de toda a comunidade acerca dos problemas da vida coletiva, não se restringindo apenas aos problemas do conhecimento, e menos ainda do conhecimento científico” (PRADO, 2011, p. 33). A proposta de Santos (2008) pode ser sintetizada pelo seu próprio plano de exposição: “defendo uma posição epistemológica antipositivista (...). Ponho em causa a teoria representacional da verdade e a primazia das explicações causais e defendo que todo o conhecimento científico é socialmente construído, que o seu rigor tem limites inultrapassáveis e que a sua objectividade não implica a sua neutralidade. Descrevo a crise do paradigma dominante e identifico os traços principais do que designo como paradigma emergente, em que atribuo às ciências sociais antipositivistas uma nova centralidade, e defendo que a ciência, em geral, depois de ter rompido com o senso comum, deve transformar-se num novo e mais esclarecido senso comum” (SANTOS, 2008, p. 8-9).

28 Sequer se mostra possível admitir que à formulação de Moreira Neto (2008) acode a ressalva feita por Binenbojm (2008, p. 4 e 26-29), a saber: “o termo paradigma (tomado de empréstimo de Thomas Kuhn) é utilizado em um sentido fraco, apenas para designar um conjunto de dogmas que, durante longo período, permaneceram imunes à crítica doutrinária, funcionando qual premissas teóricas do antigo modelo”. Com efeito, embora não se proponha testar a teoria de Kuhn, daí não se propor utilizar o conceito de paradigma em seu sentido forte, Binenbojm demonstra compreender intuitivamente o alcance dessa teoria, ao afirmar que a sua noção de paradigma refere-se a um “conjunto de dogmas”. Como demonstrado, não é essa, mas diametralmente oposta a noção esposada por Moreira Neto, o que se torna patente quando lembramos que à guisa de paradigma ele propõe não uma reunião, mas a distinção de elementos que, por sua natureza, apresentam similaridades entre si.

29 Há divergências quanto à forma de designar tais requisitos. Para Bobbio (2010, p. 37-60), são “critérios de valoração”, “problemas” ou “qualificações” das normas jurídicas, a justiça, a validade e a eficácia, sendo a validade “o problema da existência da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor sobre o fato de ela ser justa ou não” (justiça), tampouco se “é ou não seguida pelas pessoas a quem se destina” (eficácia). Já para Ferraz Jr. (2003, p. 197-203), trata-se de “qualidades” das normas jurídicas, ou de formas de “conceptualização dogmática do ordenamento”, relativas à “pertinência” (validade), “tempo” (vigência), “possibilidade de produção concreta de efeitos” (eficácia) e “força vinculante [de submeter os sujeitos]” (vigor), sendo a validade a qualidade por excelência para distinguir os ordenamentos jurídicos dos morais, na medida em que, nos primeiros, a validade, ou existência, de uma norma diz respeito à integração dessa norma a dado ordenamento, de acordo com o “processo de formação ou produção normativa” preestabelecido nesse ordenamento; já nos segundos, validade e existência confundem-se, pois uma norma moral é considerada válida na medida em que pressupõe a existência dos valores do ordenamento moral.

30 Trata-se de dois institutos jurídicos positivados (arts. 3º, 5º, 6º, 7º, 12, 14 a 17, 193 e 225; e 1º e 3º, da Constituição Federal, respectivamente) e cuja definição já foi exaustivamente debatida pela doutrina (ver, por todos, SILVA, 2002, p. 91-146 e 149-392).

31 Conferir em Moreira Neto (2008, p. 49-143). Com efeito, trata-se dos princípios previstos nos arts. 37 e 70 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), os quais, a um só tempo, conformam a atividade da Administração Pública e fundamentam as garantias dos direitos fundamentais (ver SILVA, *idem*, p. 646-656, e OLIVEIRA, 2011). A respeito da caracterização dos princípios como normas jurídicas, ver, por todos, Humberto Ávila (2010, *passim*).

32 Lembra Ferraz Jr. (2003, p. 181), que “os valores vale (sua forma essencial não é um ser, mas um dever-ser, e sua existência expressa-se por sua validade)”; em outras palavras, que “valores são, em princípio, relacionais: como o dinheiro para os valores econômicos, também os valores em geral são medidos, submetidos a padrões, valem mais ou menos. Daí, a princípio, sua relatividade (o que trouxe para a Filosofia o problema da afirmação de valores absolutos, noção em si contraditória (...)). De algum modo, porém, dessa relatividade segue o caráter relacional da validade: valer é sempre valer-para algo (medidas valem para, padrões valem para, os próprios valem para algum outro (...)). Valendo-se, da conceituação de Ferraz Jr. (*idem*), entende-se que o mesmo não se pode dizer dos paradigmas, entidades que se poderia identificar ontologicamente aos “objetos reais, dos quais se dizem que são (no sentido de forma essencial e existência)”.

---

33 Tanto assim que, como também se viu, durante um período considerável, no qual se pratica a chamada “ciência normal”, sequer há de se falar em conflito entre paradigmas, pois esse momento é caracterizado pela “fê no paradigma” (PRADO, 2011, p. 17-23). Por honestidade e deferência, deve-se reconhecer que, num sentido específico, perceptível apenas *a posteriori*, quando consolidada uma “revolução científica”, um paradigma passa a valer mais que outro, o que ocorre quando o paradigma emergente deixa de sê-lo para se tornar dominante, quadro em que, no entanto, não se mostra relevante mensurar os valores relativos dos paradigmas, haja vista que um supera o outro, de tal modo que o primeiro assume o *status quo* e o segundo é abandonado, embora não esquecido (ver PRADO, *idem*). Ver também Binenbojm (2008, p. 27-29).

34 Por “hipótese de pesquisa” entenda-se “uma resposta provisória proposta pelo investigador para a solução do problema” (PRADO, 2011, p. 45). A expressão remete ao falibilismo e ao método hipotético-dedutivo de Popper, para quem, “a partir de uma hipótese formulada (enunciado universal), deduzem-se, para testá-la, enunciados particulares acerca dos fenômenos para os quais ela foi pensada, e, se tais enunciados forem rejeitados pelas evidências empíricas, levarão, por consequência, à rejeição da própria hipótese de pesquisa” (*Idem, ibidem*). “Depois de formulada a hipótese (...), deve-se partir (...) para o momento decisivo: o teste” (*Idem, p. 46*). “Testar a hipótese consiste em colher dados empíricos para verificar o poder explicativo daquela conjectura acerca do fenômeno estudado, bem como em compará-lo ao maior número possível de modelos explicativos concorrentes, para se certificar de que aquela é a que dá uma resposta mais satisfatória” (*Idem, p. 46-47*). “O objetivo da testagem da hipótese não deve ser primordialmente a sua confirmação, com a colheita de dados empíricos convenientes; ao contrário, deve ser a confrontação mais rigorosa possível com dados e com teorias rivais que poderiam desautorizá-la ou desmenti-la. Só então, quando o pesquisador, esgotando todas as possibilidades a seu alcance, verificar que não conseguiu refutar a conjectura proposta, ou, ainda que ela tenha sido abalada parcialmente, não há nenhum outro modelo teórico mais satisfatório, poderá apresentá-la à comunidade científica” (*Idem, p. 47*). “Faz-se apenas uma ressalva: embora o sucesso da ciência não dependa, em absoluto, da imparcialidade e do rigor deste ou daquele cientista, o sucesso pessoal do investigador dependerá de sua precisão na testagem das hipóteses, visto que, se não a fizer, a crítica da comunidade científica será fácil, abundante e contundente, o que pode ser evitado, em grande medida, se o pesquisador descartar as afirmações cuja fragilidade ele mesmo consiga perceber” (*Idem, ibidem*).

35 Além das ideias de reinterpretção e reconfiguração, fala-se também em reconstrução, do Direito Público, em geral, e do Direito Administrativo, em particular, a perpassar algumas das obras que adotam, assumidamente, um enfoque pós-positivista. Para a visualização de um painel abrangente e variado, ver a obra coletiva organizada por Luís Roberto Barroso (2007).

36 Sobre a “teoria funcionalista do Direito”, como descrita por Norberto Bobbio, ver o próprio Bobbio (2007), e, também, Francisco José Carvalho (2011).

37 Sobre a “teoria da argumentação jurídica”, como proposta por Robert Alexy, ver Cardoso (2009; e 2010, p. 127-200).

38 Sobre a “teoria do agir comunicativo”, informada pela ideias da “ética do discurso” e da “democracia deliberativa”, como concebida por Jürgen Habermas, ver Cardoso (2009; e 2010, p. 201-274).

39 Eis o “marco teórico” deste trabalho. Para uma definição do conceito de “marco teórico”, ver Gustin; Dias (2006, p. 36-41), o qual é por elas entendido como o “referencial teórico” que dirige “o olhar do pesquisador, ou seja, o objeto da pesquisa será analisado e interpretado segundo esse marco previamente definido”.

40 Vale lembrar a ressalva feita na Introdução, no sentido de que, em outras palavras, este trabalho consiste num projeto de pesquisa futura, no qual será levada a cabo uma testagem exaustiva da hipótese de pesquisa formulada.

41 Como propõe Binenbojm (2008, 29-45), tal mudança de enfoque, ou, em suas palavras, “mudança de paradigmas”, é evidenciada pela crise de “quatro grandes premissas teóricas” (supremacia do interesse público, legalidade como vinculação positiva à lei, dicotomia ato vinculado *versus* ato discricionário e Executivo unitário) e a assunção de outras novas que as desafiam (dever de proporcionalidade, princípio da juridicidade administrativa, teoria dos graus de vinculação à juridicidade e Administração Pública policêntrica), respectivamente. A propósito, essa tal mudança de enfoque é perceptível até mesmo no âmbito operacional da Administração Pública brasileira, a exemplo da mais abrangente ação de capacitação a congregar todas as esferas de governo (federal, estadual, distrital e municipal). Nesse sentido, cite-se a 10ª Semana de Administração Orçamentária, Financeira e de Compras Públicas, promovida pela Escola Superior de Administração Fazendária, órgão educacional do Ministério da Fazenda, e a Associação Brasileira de Orçamento Público, em especial a oficina oportunamente intitulada Novo Paradigma das Compras Públicas, assim ementada: “Aula expositiva de 4 horas sobre os principais aspectos da legislação de aplicável ao tema ‘Novo Paradigma das Compras Públicas’, abordando a Política de Uso do Poder de Compra do Estado, para fomentar a participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações, inclusão de critérios de sustentabilidade, bem como aplicabilidade de margem de preferência priorizando a indústria nacional” (BRASIL, 2013). Como se pode perceber, trata-se de uma tentativa de nomear uma dada postura da Administração Pública, a revelar a assunção de uma nova função (indução do mercado) e de uma nova perspectiva (contratações sustentáveis) do Estado. Numa primeira análise,

---

trata-se mesmo de um novo paradigma, a revelar uma nova postura para satisfazer o interesse público, *lato sensu*.

42 Ver Moreira Neto (2006). Nessa obra, além das duas disciplinas comumente identificadas pelo epíteto “Direito Público”, isto é, além das disciplinas do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, o autor explora uma disciplina a que chama de “Direito Político”, com o intuito de caracterizar, no que tem de jurídico, a interface entre o Direito e a Ciência Política. Assim, o autor intenta demonstrar as “mutações do Direito Público”, provocadas pela experiência sócio-econômica na pós-modernidade, englobando a reconfiguração do Estado, poderes e funções; o reposicionamento constitucional dos direitos humanos; e novos institutos assimilados pela Administração Pública, como a ação administrativa consensual e a regulação jurídica.

43 Ver Baptista (2003). Nessa obra, a autora logra descrever, com exatidão e amplitude, o que rudimentarmente se pretende apontar neste trabalho.

44 Como diz Ferraz Jr. (2003, p. 264), “O pensar dogmático (...) é um saber bitolado por dois princípios: o da inegabilidade dos pontos de partida e o da proibição do *non liquet*, isto é, o da compulsoriedade de uma decisão. Para o saber dogmático, não há questões indecidíveis. Pode-se não saber qual a decisão que será tomada diante de um conflito, mas se sabe, desde logo, que uma decisão ocorrerá. Essa compulsoriedade é que confere ao saber dogmático a necessidade de criar as condições de decidibilidade”. Nesse sentido, o legalismo extremo esforça-se por controlar essas condições, de modo que não apenas os pontos de partida, mas também os possíveis sentidos da decisão, sejam fechados, não dando azo a uma pluralidade de sentidos. Karl Larenz (1997, p. 445) lembra “que se formaram na literatura jusfilosófica e metodológica, já na segunda metade do século XIX, duas teorias sobre o escopo da interpretação da lei, das quais a primeira, a ‘teoria subjectivista’ ou ‘teoria da vontade’, considera escopo da interpretação a indagação da vontade histórico-psicológica do legislador, e a segunda, a ‘teoria objectivista’ ou teoria da interpretação imanente à lei, a exploração do sentido que é inerente à própria lei”. Eis a dicotomia entre a “vontade do legislador” (*voluntas legislatoris*) e a “vontade a lei” (*voluntas legis*), que provocou, mais intensamente no passado, uma polêmica na qual, de um lado, encontravam-se os subjetivistas, e de outro lado, os objetivistas. A esse respeito, ver Ferraz Jr. (2003, p. 264-268) e Larenz (1997, p. 445-450).

45 Trata-se do conhecido “normativismo kelseniano”, postura identificada por Ferraz Jr (2003, p. 93-116) como “dogmática analítica ou a Ciência do Direito como teoria da norma”. A respeito, ver o próprio Hans Kelsen (2005, p. 5-258) e, também, Bobbio (2010).

46 Não por outra razão, Ferraz Jr. (2003, p. 51) lembra que o Direito é “um fenômeno teorizado dogmaticamente pelo jurista”.

47 Para uma abordagem das ideias de certeza e, mais precisamente, segurança como princípio jurídico, ver Rafael Valim (2010). Sem embargo o autor intente descrever o alcance desse “princípio” no Direito Administrativo brasileiro, também logra apresentar a ideia de segurança jurídica numa acepção jusfilosófica e em diferentes acepções no Direito comparado.

48 Nas palavras de Ferraz Jr. (2003, p. 116-174), trata-se da “teoria dos conteúdos normativos ou dogmática das relações jurídicas”.

49 Ver Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 21-22).

50 Sobre as divergências doutrinárias acerca do princípio da legalidade no Direito Administrativo, numa perspectiva crítica, ou “cética”, ver Sundfeld (2012, p. 40-43).

51 Medauar (2012, p. 136) também reconhece que “O princípio da legalidade traduz-se, de modo simples, na seguinte fórmula: ‘A Administração deve sujeitar-se às normas legais’”. Numa perspectiva histórica, a própria Medauar (*idem*, p. 141-142), lembra que o princípio da legalidade no Direito Administrativo, “Na sua concepção originária vincula-se à separação de poderes e a todo o conjunto de ideias que historicamente significaram oposição às práticas do período absolutista. Para a Administração, o princípio da legalidade traduzia-se em submissão à lei. No conjunto dos poderes do Estado traduzia a relação entre poder legislativo e poder executivo, com a supremacia do primeiro; no âmbito das atuações exprimia a relação entre lei e ato administrativo, com a supremacia da primeira. Contra o arbítrio da vontade pessoal do monarca, impunha-se a segurança da disposição impessoal e abstrata da lei. Mediante a submissão da Administração à lei, o poder tornava-se objetivado; obedecer à Administração era obedecer à lei, não à vontade instável da autoridade. Daí o sentido de garantia, certeza jurídica e limitação do poder (...)”. Patrícia Baptista (2003, p. 96), por sua vez, fornece uma informação importante, segundo a qual “o princípio da legalidade assumiu dois conteúdos diversos. Na França, em decorrência da crença na superioridade do Parlamento, “a lei foi vista como ‘condição’ e não apenas como ‘limite’ da atividade administrativa. (...) A atividade administrativa, assim, deveria estar integralmente vinculada à lei. Administrar era executar a lei. Assentou-se, portanto, a noção da vinculação positiva da Administração à lei”. É esse, *mutatis mutandis*, o sentido da descrição de Weil (1977), como pode ser visto no resumo acima. Por outro lado, prossegue Baptista (*idem*, p. 97), “na Alemanha, a legalidade tomou feição diversa. Para a doutrina que se construiu naquele país, as leis passaram a ser consideradas os limites da liberdade da ação administrativa. Respeitados, pois, os limites decorrentes da lei e dos direitos dos cidadãos por esta traçados, a atividade administrativa é essencialmente livre. Trata-se da tese da vinculação negativa à lei”.

52 Lembra Baptista (2003, p. 95-96), que, “No Estado liberal de Direito, assentado sobre o dogma da separação de poderes, as funções estatais encontravam-se claramente divididas entre a criação (a função

---

legislativa) e a aplicação do Direito (as funções executiva e jurisdicional). (...) Organizado o Estado sobre as bases de tal modelo, à Administração Pública, neutralizada politicamente, nada mais restava senão aplicar o Direito legislado. No Estado liberal, portanto, 'a Administração tem como finalidade exclusiva os fenômenos de realização do direito; a legislação é formadora do direito e a administração executora'. Da conjugação do Estado de Direito com a separação de poderes, pois, concebeu-se o princípio da legalidade administrativa".

53 Baptista (2003, p. 98-111) fala em "superação do Estado liberal" e "crise da lei formal", "deslegalização" e "princípio da juridicidade administrativa" em substituição ao da legalidade. No mesmo sentido, Oliveira (2010, p. 24-89), que fala ainda em "superação do positivismo jurídico", "constitucionalização do Direito Administrativo", "crise do Direito Administrativo liberal" e "ascensão do princípio da juridicidade" como uma "releitura do princípio da legalidade". Mais uma vez, para uma visão crítica, ou "cética", sobretudo no que tange às ideias de "deslegalização" e "princípio da juridicidade", ver Sundfeld (2012, p. 132-181). Esse tema será mais bem abordado quando se falar da aludida "crise do positivismo jurídico" e, conseqüentemente, da reconfiguração do dogma da legalidade.

54 Assim como Prosper Weil (1977, p. 121), Medauar (2012, p. 136) cita o doutrinador francês Charles Einseman ao falar sobre os "quatro significados clássicos" do princípio da legalidade no Direito Administrativo, quais sejam: "a) a Administração pode realizar todos os atos e medidas que não sejam contrários à lei; b) a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza; c) somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado por norma legislativa; d) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer". Medauar (idem, ibidem) assim sintetiza esses significados: "Nota-se que, na ordem dessa enumeração, o vínculo da Administração à norma vai aumentando, de tal modo que o segundo significado implica limitação mais acentuada que o primeiro; o terceiro agrava mais que o segundo; o quarto fixa maior restrição". E arremata dizendo: "Em geral, nas medidas de repercussão mais forte nos direitos dos cidadãos, há vinculação mais estrita da medida administrativa ao conteúdo da norma" (MEDAUAR, 2012, p. 137).

55 Ver Ferraz Jr. (2003, p. 170-174).

56 Ver Bobbio (2006, p. 161-179 e 223-238).

57 Santos (2008, p. 27) cita que, "Para Galileu, o livro da natureza está inscrito em caracteres geométricos" e que "Einstein não pensa de modo diferente".

58 Bem a propósito a seguinte conclusão de Santos (2008, p. 32): "Daí que o prestígio de Newton e das leis simples a que reduzia toda a complexidade da ordem cósmica tenham convertido a ciência moderna no modelo de racionalidade hegemônica que a pouco e pouco transbordou do estudo da natureza para o estudo da sociedade. Tal como foi possível descobrir as leis da natureza, seria igualmente possível descobrir as leis da sociedade".

59 Ver Kelsen (2005, p. 21-41, 71-72 e 133-134) e, também, Bobbio (2010, p. 61-169).

60 Não à toa, as descobertas científicas do final do Século XIX, que viriam a se aprofundar durante todo o Século XX, ensejaram o veredicto de Ilya Prigogine (1996), no sentido de decretar o fim das certezas científicas.

61 Nas palavras de Santos (2008, p. 40), são "muitos e fortes os sinais de que o modelo de racionalidade científica (...) atravessa uma profunda crise". Segundo ele, tem-se "que essa crise é não só profunda como irreversível"; "que estamos a viver um período de revolução científica"; "que os sinais nos permitem tão-só especular acerca do paradigma que emergirá deste período revolucionário mas que, desde já, se pode afirmar com segurança que colapsarão as distinções básicas em que assenta o paradigma dominante" (SANTOS, 2008, p. 40-41). Afirma também que "A crise do paradigma dominante é o resultado interactivo de uma pluralidade de condições sociais e de condições teóricas. (...) A primeira observação, que não é tão trivial quanto parece, é que a identificação dos limites, das insuficiências estruturais do paradigma científico moderno é o resultado do grande avanço no conhecimento que ele propiciou. O aprofundamento do conhecimento permitiu ver a fragilidade dos pilares em que se funda" (Idem, p. 41). "O segundo grande tema de reflexão epistemológica versa mais sobre o conteúdo do conhecimento do que sobre a sua forma. Sendo um conhecimento mínimo que fecha as portas a muitos outros saberes sobre o mundo, o conhecimento científico moderno é um conhecimento desencantado e triste que transforma a natureza num autómato" (Idem, p. 53). "Os limites deste tipo de conhecimento são, assim, qualitativos, não são superáveis com maiores quantidades de investigação ou maior precisão dos instrumentos" (Idem, p. 54). Sobre as condições sociais, assevera que, "quaisquer que sejam os limites estruturais de rigor científico, não restam dúvidas que o que a ciência ganhou em rigor (...) perdeu em capacidade de auto-regulação. As ideias da autonomia da ciência e do desinteresse do conhecimento científico (...) colapsaram perante o fenómeno global da industrialização da ciência (...) [o que] acarretou o compromisso desta com os centros de poder económico, social e político" (Idem, p. 56-57). E conclui: "a crise do paradigma da ciência moderna não constitui um pântano cinzento de cepticismo ou de irracionalismo. É antes o retrato de uma família intelectual numerosa e instável, mas também criativa e fascinante, no momento de se despedir, com alguma dor, dos lugares conceituais, teóricos e epistemológicos, ancestrais e íntimos, mas não mais convincentes e securizantes, uma despedida em busca de uma vida melhor a caminho doutras paragens onde o optimismo seja mais fundado e a racionalidade mais plural e onde finalmente o conhecimento volte a ser uma aventura encantada" (Idem, p. 58).

62 Tome-se a exposição de Prado (2011, p. 27-30) como relatório circunstanciado de alguns sinais evidentes da crise do positivismo jurídico: "Em primeiro lugar, a indicação da norma jurídica como objeto da

---

juscência em sentido estrito, deixando os fatos apenas para a sociologia, geral ou jurídica, e os valores apenas para a filosofia, geral ou jurídica, logo pareceu uma simplificação excessiva. É cada vez mais aceitável o estudo das dimensões fáticas e axiológicas dos problemas jurídicos em pesquisas, sem que as mesmas deixem de ser consideradas dogmáticas. Por outro lado, a separação entre Direito e Moral, e, na sua concepção mais radical, a retirada de qualquer conteúdo pré-determinado e necessário como matéria para a norma jurídica, tornando-a pura forma, na conhecida e hábil descrição de Kelsen, não só é profundamente criticada, como chega a ser responsabilizada pelos absurdos atos de poder da Alemanha Nazista, que, apesar de seu conteúdo execrável, teriam se revestido de formas jurídicas compatíveis com a descrição positivista. (...) Mesmo a organização do Direito como sistema, que, em si, teve e continua tendo ampla aceitação, encontrou pelo menos uma objeção importante, manifestada por Theodor Viehweg, segundo o qual o pensamento jurídico se organiza de forma tópica, ou seja, a partir do problema prático que se apresenta, e não de forma sistemática. Sem embargo, a teoria contemporânea admite essas duas lógicas como interdependentes e complementares. Se a ideia em si de sistema prevalece, muitas são às críticas ao que o positivismo definiu como natureza e como atributos do sistema jurídico. Os chamados três dogmas do positivismo acerca do ordenamento, a unidade, a coerência e a completude, bem definidos por Norberto Bobbio, hoje são reconhecidos como um esforço de sistematização posterior à existência do próprio sistema, para robustecê-lo. Sem embargo, o processo de correção das aparentes incoerências do sistema – as chamadas antinomias – é severamente criticado por autores como Ronald Dworkin, para quem os clássicos critérios de anterioridade, hierarquia e especialidade, que resultam na exclusão de uma das regras em conflito, não seriam adequados à resolução da colisão de princípios, quando diante de um caso concreto. (...) Ao conjunto de problemas relacionados acima, junta-se o fato de a norma injusta sequer ser considerada, para os positivistas, um problema passível de correção. Bem entendido, é possível corrigir uma norma injusta a partir dos conteúdos disponíveis no direito posto, mas não a partir de um critério transcendente suprapositivo de justiça. O principal expoente do positivismo jurídico no século XX, para a tradição do *Civil Law*, o austríaco Hans Kelsen, já acusava as dificuldades de sua linha de pensamento no último capítulo da Teoria Pura do Direito, sobre a interpretação do Direito. Nesse texto seminal, Kelsen admite que qualquer texto pode apresentar uma multiplicidade de sentidos, incontroláveis em termos juscientíficos. A ciência do Direito, em sua opinião, só pode chegar até a moldura interpretativa, excluindo, é verdade, muitas leituras incabíveis do texto, mas deixando, dentro da moldura, mais de uma possibilidade, com efeitos diretos sobre a aplicação. Para Kelsen, o preenchimento da moldura não é puramente arbitrário. Cada aplicador do direito se orientará por critérios filosóficos, morais, econômicos, de justiça material, espirituais, entre muitos outros, mas seria impossível estabelecer, cientificamente, qual a forma mais adequada para a aplicação, que seria matéria da política jurídica, e não da ciência jurídica. Por esse motivo, o autor afirmou que a aplicação do direito é complexa, sendo um ato de conhecimento até a definição da moldura, e um ato de vontade em seu preenchimento. Essa afirmação retirava do positivismo a possibilidade de cumprir uma das suas principais promessas: a realização da segurança jurídica. O acúmulo de anomalias dessa natureza levou a um notável descrédito nas premissas do positivismo, a ponto de se afirmar, sem receio, na comunidade científica, uma crise do paradigma, que é considerada, por alguns, uma crise do próprio Direito. Sem entrar na difícil discussão acerca de uma crise do Direito como instrumento de regulação da conduta humana, até porque, como já constatava Miguel Reale, “quando se fala em ‘crise do Direito’, esquece-se quase sempre que, ao contrário de uma espécie de diminuição de importância do Direito, o que se vem notando nos últimos tempos é o alargamento cada vez maior do campo por ele disciplinado”, é inquestionável a crise pela qual passa o paradigma positivista da Ciência Jurídica”. Nesse mesmo diapasão, a doutrina de Direito Administrativo também lança luzes para demonstrar as inconsistências do princípio da legalidade, o qual vem a ser a máxima manifestação do positivismo nesse ramo jurídico; como lembra Baptista (2003, p. 98-106), “A construção do princípio da legalidade com o conteúdo da vinculação positiva à lei (...) passou a enfrentar (...) sérias dificuldades de adequação à realidade político-jurídica. A primeira e mais grave dessas dificuldades é representada pela crise da lei formal. (...), a erosão do princípio da legalidade, tal como então concebido, decorre da desvalorização da própria lei “pela perda de seu necessário conteúdo de Justiça, pela sua politização e pela sua proliferação”. (...) Ao lado desse fator de origem jurídico-filosófica, razões políticas também explicam a existência de uma crise da lei no Estado contemporâneo. Já não é de hoje que a lei vem perdendo a sua característica de meio de expressão da vontade geral. Em primeiro lugar, porque as maiorias parlamentares, frequentemente, limitam-se a representar as diversas categorias de interesses sociais com capacidade para influir no processo político. (...) Além do mais, é fato que o processo legislativo, mundo afora, vem sendo amplamente dominado pelo Executivo, seja através das reservas de iniciativa para a apresentação de projetos nas principais matérias, seja pela formação de amplas bases de sustentação parlamentar do Governo que, por meios legítimos ou não, garantem a aprovação de projetos governamentais. Por último, a progressiva complexidade da vida moderna e a substancial diversificação do papel do Estado (...) têm provocado uma inflação legislativa. Persistindo a lei como a principal fonte de direito, a demanda por legislação provocou uma explosão de leis. Banalizou-se a lei e, com isso, esmaeceu-se o sentimento de respeito e estabilidade que inspirava. Em resumo, a lei se encontra privada de vários dos caracteres que justificavam a vinculação estrita da Administração à sua execução. (...) Outro fator de substancial relevância é a ampliação das atribuições normativas da própria Administração Pública. (...) A via legislativa formal realmente tornou-se insuficiente e inadequada para o atendimento das necessidades normativas da

---

Administração contemporânea. A lentidão do processo legislativo tradicional não é capaz de responder, com a presteza exigida pela dinâmica dos fatos no mundo atual, às demandas de regulação de uma Administração interventora e ordenadora, sobretudo na área econômica. Além do mais, não seria sequer razoável conceber que todas as múltiplas atribuições e decisões que integram a vida administrativa moderna pudessem ser legalmente previstas e reguladas. Com isso, tornam-se cada vez maiores as delegações legislativas à Administração, sejam elas institucionalizadas ou disfarçadas. (...) É preciso destacar, ainda, que mesmo nas hipóteses em que existe regulação legal da atividade administrativa não é raro que se recorra aos chamados conceitos jurídicos indeterminados ou às cláusulas de conteúdo vago e indeterminado, carentes de preenchimento pela Administração. (...) Um dos mais claros sinais da erosão da lei formal como condição da atuação administrativa é representado pelo processo de deslegalização. (...) A deslegalização (...) designa habitualmente uma forma de delegação de competências normativas à Administração, através da qual se admite ao regulamento ingressar em matérias que seriam originalmente de competência legislativa [a exemplo do que sucede com as agências reguladoras]”. Sobre os “Vários fatores que levaram à alteração da idéia originária do princípio da legalidade administrativa”, ver Medauar (1992, p. 142-147). Em sentido similar, com a diferença de que a questão é conduzida de acordo com a ideia de “constitucionalização do Direito Administrativo”, ver Oliveira (2010, p. 17-33).

63 Para uma perspectiva histórica, ver Medauar (1992, p. 141-147 e 175-224). No mesmo sentido, Baptista (2003, p. 107-11). Para uma visão crítica da distinção entre Direito Público e Privado e proposta de superação dessa distinção, ver Dias (2003, *passim*).

64 Em que pese a qualidade da formulação do referido princípio da juridicidade, parece cabível submetê-lo a questionamento, no sentido de uma análise mais detida, tendente a verificar a sua pertinência, o que não pode ser levada a cabo neste trabalho, dadas as suas próprias limitações. A princípio, reconhecendo-se faltar uma compreensão mais abrangente e aprofundada de seus pressupostos teóricos, acredita-se que tal formulação pode conduzir a um equívoco, visto que aparentemente reduz a discricionariedade à vinculação, subtraindo daquela o espaço que outrora soia denominar “mérito administrativo”.

65 Ver Cardoso (2010, p. 9-53) e, sobretudo, a monografia sobre o tema de Clèmerson Merlin Clève (2011).

66 Ver Binenbojm (2008, p. 49-78 e 195-241).

67 Ver Medauar (1992, p. 221-224), Dias (2003, p. 167-248), Luiz Carlos Bresser Pereira e Peter Spink (2006), Moreira Neto (2011, p. 65-95) e Irene Patrícia Nohara (2012).

68 Ver Maria Paula Dallari Bucci (2002).

69 Ver Medauar (1992, p. 205-213; 2008), Baptista (2003, p. 221-260), Egon Bockmann Moreira (2007) e Roberto Cajubá da Costa Britto (2010).

70 Ver Carlos Pinto Coellho Motta (2011), sobre as mudanças em curso na área de licitações e contratos públicos, especialmente no que tange à recente mudança legislativa que introduziu a noção de “desenvolvimento nacional sustentável”; e Juarez Freitas (2012), sobre as várias dimensões do conceito de sustentabilidade, com destaque para o que ele chama de “dimensão jurídico-política”.

71 Kuhn (2011, p. 77-123) distingue “crise de paradigma” do que chama de “anomalia”, sendo que apenas a crise enseja a emergência de teorias, enquanto a anomalia, de descobertas científicas. A esse respeito, ver também Prado (2011, p. 22-23).

72 Ver a proposta de Binenbojm (2008, p. 81-305).

73 Ver a concepção de Direito Político de Moreira Neto (2006, p. 3-79) e seus desdobramentos no Direito Administrativo (MOREIRA NETO, 2011).

74 Não são conjecturas de todo infundadas, sobretudo se considerarmos a seguinte afirmação de Kuhn (2011, p. 14): “existem circunstâncias, embora eu pense que são raras, nas quais dois paradigmas podem coexistir pacificamente nos períodos pós-paradigmáticos”.

75 Dando sequência a sua exposição sobre a crise do positivismo jurídico, Prado (2011, p. 30) enumera o que chama de “explicações alternativas para o fenômeno jurídico, surgidas no ocaso do positivismo, podem ser classificadas em duas grandes famílias: as teorias da argumentação e as teorias da compreensão. Como exemplos da primeira, veja-se tanto a concepção mais radical de Theodor Viehweg, com sua tópica jurídica, como a argumentação jurídica de Robert Alexy. Exemplos da segunda são as muitas teses influenciadas pela hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. Karl Larenz faz um diagnóstico correto do atual estágio da ciência jurídica, partindo de uma analogia com as conhecidas escolas da “jurisprudência dos conceitos” e da “jurisprudência dos interesses”, na tradição germânica. Para Larenz, o pós-positivismo poderia ser definido como uma “jurisprudência da valoração”, ou seja, por uma rede de teorias que reabilitaram a dimensão axiológica como objeto da ciência, e especialmente da ciência jurídica. Bem entendida, a valoração de que trata a ciência jurídica não é a vivência subjetiva dos valores pelo cientista ou pelo aplicador, mas o estudo de suas manifestações intersubjetivas na sociedade, fonte de todo o Direito que se pretenda uma obra coletiva e democrática”.

76 A esse respeito, são esclarecedoras as seguintes palavras de Baptista (2003, p. 112), ao tratar da “busca de uma nova legitimação para a Administração Pública”, senão vejamos: “A mudança no parâmetro da legalidade para a atividade administrativa põe em pauta o problema de sua legitimação. Com efeito, no Estado

---

liberal a legitimidade da Administração Pública repousava na legitimidade da própria lei, a cuja execução deveria se ater. Desde o surgimento do Estado-providência, todavia, a sobrecarga da Administração com atribuições normativas potencialmente autônomas e com tarefas de programação, ambas de início não previstas no modelo clássico da separação de poderes, impõe o questionamento acerca da legitimidade dessas novas funções. A partir do momento em que a legalidade sozinha já não é mais capaz de assegurar a legitimidade da Administração, sobretudo porque há áreas da atividade administrativa que escapam ao domínio da lei formal, evidencia-se a necessidade de encontrar novas formas de legitimar a sua atuação. (...) [Diante desse quadro], [é possível apontar dois possíveis filtros de legitimação para a Administração. O primeiro consiste na orientação pelos princípios constitucionais. Toda a força substantiva dos princípios constitucionais é capaz de atuar como meio excelente de justificação das escolhas administrativas (...). Uma Administração fortemente apoiada em tais princípios, de fato, encontra-se mais afinada às opções do constituinte e, por conseguinte, encontra maiores bases de legitimação. Entretanto, “a administração, ao preencher as suas tarefas de regulação, nem sempre depende de intervenções no sentido técnico-jurídico”. Desse modo, apenas a vinculação ao direito constitucional acaba sendo insuficiente para legitimar a integralidade das atividades administrativas. É aí, então, que surge um outro meio de legitimação: trata-se da via procedimental, através do reforço das formas comunicativas e de participação na função administrativa”. No mesmo sentido, Oliveira (2010) apresenta alguns outros aspectos da ideia de legitimidade, em sentido político e jurídico: “Em verdade, o termo ‘legitimidade’ não apresenta significado unívoco, admitindo, pelo menos, duas acepções: a) em primeiro lugar, expressa a ideia de fundamentação normativa do poder estatal (‘legitimidade propriamente dita’); e b) de outro lado, significa os meios utilizados pelas autoridades constituídas para conseguirem o consenso ou aceitação social (legitimação)” (OLIVEIRA, 2010, p. 91). Citando Simone Goyard-Fabre, assevera que “a legitimidade ‘constitui uma proteção contra o capricho ou a anarquia, contra a arbitrariedade ou a insensatez’” (Idem, ibidem). E na sequência de sua exposição, faz uma resenha do que chama de “modelos de legitimidade”, desde a Antiguidade Clássica até os dias atuais, neste termos: “a ideia germinal da legitimidade do poder fundava-se em critérios teocêntricos, especialmente, na observância da tradição e no respeito à autoridade do sagrado. Esse jusnaturalismo divino é substituído (...) por um Direito Natural racional que legitimava, mediante um procedimento contratualista (contrato social), a instituição das leis positivas. (...) Transmuda-se, com isso, de uma legitimidade baseada no sagrado e nas qualidades especiais de uma pessoa para uma legitimidade contratualista, preponderantemente racional. Posteriormente, o advento do positivismo jurídico no século XIX, gerador do apego exagerado à lei, vem a enfraquecer a ideia de legitimidade, sobretudo em virtude da separação que se opera entre o Direito e a ordem moral. (...) sob o enfoque da Sociologia, (...) a legitimidade admite historicamente três modelos: a) a legitimidade racional-legal: resultante do cumprimento das regras e dos procedimentos legais (dominação legal); b) a tradicional: baseada na crença das tradições, dos costumes e do sagrado (dominação tradicional); e c) a carismática: fundada na crença, confiança ou fascínio na personalidade, carisma ou no heroísmo de uma pessoa (dominação carismática). (...) com o advento do positivismo jurídico, a concepção racional-legal de legitimidade (...) se confunde com a própria validade das normas jurídicas: uma norma será legítima a partir do momento em que se inserir validamente na pirâmide normativa. (...) Essa identidade entre legitimidade e legalidade passa a ser combatida, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial (...). [Uma das contestações é no sentido de que] nenhum governo nasce legítimo, já que a legitimidade dependeria do decurso do tempo e da aceitação – e obediência – da população. Em síntese, (...) a legitimidade é, basicamente, um princípio político (e, não, jurídico). (...) [Outra forma é ver] o problema da legitimidade como uma forma de se evitar um governo baseado exclusivamente na força. O poder deve ter uma justificação ética (...) a legitimidade está estreitamente vinculada à ideia de obrigação política, na medida em que apenas existiria dever de obediência ao poder legítimo, sendo consagrado um direito de desobediência (resistência) ao poder ilegítimo. (...) [Uma terceira forma] afirma que a legitimidade do texto constitucional não depende de sua criação em conformidade com as leis vigentes naquele período. O Poder Constituinte, no momento da elaboração da Constituição, teria a liberdade de estabelecer a disciplina normativa e a organização política do Estado. [Finalmente, a forma segundo a qual a legitimidade seria] o principal instrumento de coesão social” (Idem, p. 91-97). Afinal, descreve a positivação jurídica da legitimidade no que chama de princípios da subsidiariedade, finalidade e participação administrativa (Idem, p. 97-125).

77 Ver Robert Alexy (2001, 2005 e 2010). Ver, também, Cardoso (2009).

78 Ver Jürgen Habermas (2000, 2002, 2011, 2012a, 2012b, 2012c). Ver, também, Cardoso (2010, p. 201-274). Ver, ainda, Bray (2011). E sobre uma visão geral a respeito da “ética pós-moderna”, ver Zygmunt Bauman (1997).

79 A respeito do uso dos usos dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no âmbito do Direito Administrativo, ver Oliveira (2006). Para uma crítica do uso indiscriminado dos princípios jurídicos constitucionais, ver Sundfeld (2012, p. 60-84).

80 Ver Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2013, p. 177-220).