

# **A concepção dogmática do direito administrativo**

Contributo para uma (re)construção hermenêutica

Leonel Ohlweiler

## Sumário

1. Dogmatismo e o sentido comum teórico dos juristas. 2. Dogmática jurídico-administrativa e ideologia. 3. O modo de ser cotidiano da dogmática jurídico-administrativa: a importância do sentido. 4. Uma análise crítica dos critérios dogmáticos para definir o direito administrativo.

O direito administrativo, como a seguir será examinado, construiu-se, em regra, como disciplina marcada pelo dogmatismo, ou seja, um conjunto doutrinário despreocupado em aprofundar as diversas possibilidades de sentido oriundas de outros campos do saber, como política, sociologia, história, filosofia, etc., fundado em alguns dogmas previamente estabelecidos e inquestionáveis. No presente estudo, buscar-se-á delimitar a influência exercida pelo conhecimento dogmático<sup>1</sup> sobre o direito administrativo, bem como problematizar sua forma de atuação e influência exercida em relação aos operadores do direito, além de colocar em discussão outros modos de compreender.

### *1. Dogmatismo e o sentido comum teórico dos juristas*

Um dos grandes filósofos do século XX, Arthur Kaufmann, ao tecer considerações sobre a dogmática, assim referiu: “o dogmático parte de pressupostos que aceita como verdadeiros sem qualquer prova, pensa ‘ex

Leonel Ohlweiler é Procurador de Justiça. Mestre e Doutor em Direito. Professor do PPGLD da UNISINOS-RS.

datis'. O jurista dogmático não pergunta o que é o Direito, nem sobre que circunstâncias, com que extensão e de que modo existe o conhecimento jurídico" (KAUFMANN, 2000, p. 26-26), sendo que tais questionamentos seriam feitos pela filosofia do direito. O que se busca aqui não é defender o entendimento segundo o qual a filosofia deva substituir a dogmática. Tal seria inconcebível, mas apenas ressaltar o excessivo grau de dogmatismo<sup>2</sup> que tem preponderado no agir cotidiano de alguns juristas e operadores do direito, deixando de problematizar aspectos fundamentais desse campo do conhecimento em relação ao Estado Democrático de Direito.

Portanto, esse modo de pensar o direito caracteriza-se pelo estabelecimento de premissas com caráter vinculante, predominando a chamada *inegabilidade dos pontos de partida* (Cf. FERRAZ JÚNIOR, 1995, p. 48)<sup>3</sup>, construindo-se um discurso monológico em que a própria fala já vem previamente habitada (BOURDIEU, 1994; WARAT, 1994). No âmbito do próprio direito administrativo, a análise dos diversos institutos pode ser revestida de duas possibilidades. Na primeira, prevalecerá o aspecto da pergunta como um dos principais elementos de investigação científica, e os conceitos tidos como fundamentais são postos em dúvida. Como esclarece Ferraz Júnior (1991, p. 45): "se o aspecto pergunta é acentuado, os conceitos-chave, as dimensões que constituem as normas e as próprias normas na sua referibilidade a outras normas, que permitem a organização de um sistema de enunciados, são postos em dúvida".

Com efeito, no âmbito desse modo de ser, o operador do direito abandona uma postura de passividade perante as construções significativas postas e herdadas e atua como um "questionador comprometido", no caso, comprometido com uma gama de indicações constitucionais direcionadas para fazer acontecer o Estado Democrático de Direito, como será melhor explicitado ao longo deste estudo. A compreensão, assim, deixa de

ser unificada em uma única abstração universal, ou fragmentada em diversas racionalidades locais, mas passa a ser ligada à efetividade das diversas problematizações.

Outra possibilidade de lidar com o direito administrativo e os seus diversos institutos é aquela na qual predomina o aspecto da resposta, em que determinados elementos são subtraídos da dúvida e do questionamento problematológico, "postos fora de questionamento, mantidos como respostas não atacáveis, eles são, pelo menos temporariamente, postos de modo absoluto" (FERRAZ JÚNIOR, 1991, p. 46). No primeiro caso, fala-se, então, de *questões zetéticas* e, no segundo, de *questões dogmáticas*. No direito administrativo diversos exemplos poderiam ser enumerados para detectar a preponderância de um viés dogmatista; por exemplo, relativamente ao princípio da legalidade, mesmo após a chamada viragem hermenêutica do pensamento jurídico moderno, insiste-se em laborar com a categoria básica de uma "lei-emsi", olvidando-se a rica pesquisa além desse restrito universo fenomênico. Obviamente, não se quer dizer a necessidade de abandonar o princípio da legalidade, até porque constitui-se em importante princípio constitucional, explicitado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Mas a atividade de perguntar pelos variados institutos jurídico-administrativos deveria adotar uma orientação diversa, aquela na qual os questionamentos fossem feitos de maneira mais aberta, entendendo os pontos de partida não como dogmas, mas indicações de sentido submetidos a um processo de reflexão. A univocidade de sentido pregada pelo dogmatismo cria obstáculos impeditivos de uma maior abertura da compreensão do fenômeno jurídico. Corolário, diversos institutos do direito administrativo adquirem a forma de problemas estandardizados, como em relação aos atos administrativos, por exemplo, sendo que os operadores do direito devem primar o seu labor pelo que Lenio Luiz Streck nominou *senti-do-primevo-fundante* (STRECK, 1999, p. 74).

Em relação a esse aspecto, Ferraz Júnior (1991, p. 42) alude como objetivo da dogmática jurídica criar condições para a decidibilidade de conflitos juridicamente definidos, valendo-se para tal dos modelos analítico, hermenêutico e empírico que são intercambiáveis. No modelo analítico mencionado, o texto legal adquire importância capital no sentido de construir toda e qualquer possibilidade de sentido. A consequência é que

“as diversas respostas dadas a estas questões levaram a Ciência do Direito a constituir-se como uma espécie de analítica das figuras jurídicas, cuja finalidade última seria a proposição de um saber sistemático capaz de dar um quadro coerente e integrado do direito como conexão de normas e dos elementos típicos que as compõem” (FERRAZ JÚNIOR, 1991, p. 51-52).

O operador do direito analítico adota uma postura formalista, no sentido de buscar no sistema jurídico as informações do mundo circundante, exercendo a sua tarefa por meio de *standards* jurídicos. Logo, há um distanciamento da práxis social, sendo engendrada uma técnica de neutralização dos conflitos econômicos, políticos e sociais.

O grau de abstração é tão grande que os problemas jurídicos são tratados unicamente dentro de um imaginário reduto normativo, por meio de instituições, conceitos e classificações dogmáticas. Os conflitos não são tomados em todos os seus aspectos, mas traduzem uma questão de decidibilidade, ou seja, deve haver a resolução da questão com um mínimo de perturbação social.

O segundo modelo dogmático apresentado pelo autor supracitado é o hermenêutico. Após ser identificado o direito analiticamente, a próxima tarefa reside em fixar as condições a partir das quais tal direito será entendido, ou seja, elabora-se a construção de um processo de atribuição de sentido. Aqui, a atividade do operador do direito não se restringe à busca de um texto legal capaz de abarcar o conflito; feito isto – normalizada a parcela fenomênica da questão –, pas-

sa-se a encontrar aquele conjunto de regras capaz de fornecer o “correto” sentido, a “verdadeira” significação, mas que, em última análise, não passa da aceitação de um “arbitrário juridicamente prevalecente” (STRECK, 1999). Não se pode olvidar que a dogmática jurídica, dentro de uma perspectiva hermenêutica, faz a lei falar (FERRAZ JÚNIOR, 1995), tornando-se uma forma de institucionalizar dogmatismos de sentido, quer dizer, há um controle das consequências jurídicas da incidência das normas, e o seu sentido vem, desde o seu aparecimento, “domesticado”. Dentro dessa perspectiva, o relevante para a atividade do jurista seria a busca da “correta interpretação” dos termos jurídicos, por meio da utilização de processos postos a sua disposição pela “melhor doutrina”, “jurisprudência dominante”, olvidando-se, muitas vezes, a criação, no caso concreto, de uma “teratologia significativa”.

Um aspecto importante desse modelo consiste no estabelecimento de métodos de interpretação, institucionalizando-se uma discussão sobre qual o melhor para que seja atingida a *mens legislatoris* ou a *mens legis*, conforme seja adotada uma concepção subjetivista ou objetivista. Como decorrência, mais uma vez estabeleceu-se um processo de abstração do conflito social, provocando-se um deslocamento discursivo. Ademais, as questões fáticas são definidas juridicamente, com o objetivo de resgatar aquela racionalidade perdida do “mundo do legislador racional”. Segundo Ferraz Júnior (1995, p. 308), a “Ciência Jurídica, de modelo hermenêutico, tem por finalidade interpretar textos e suas intenções, tendo em vista uma finalidade prática”, qual seja, criar condições para que os problemas possam ser decididos com um mínimo de perturbação social. Esse processo de abstração revela uma “astúcia da razão dogmática”<sup>4</sup>. O conflito social acaba perdendo-se no emaranhado de construções técnico-jurídicas, passando a ser definido em termos jurídicos e em termos juridicamente interpretáveis e decidíveis.

Por fim, o último modelo apresenta-se como conseqüência dos dois anteriores, aí residindo o caráter intercorrente antes referido. O conflito já se apresenta institucionalizado. Agora, será feito um trabalho de argumentação jurídica para “racionalmente” demonstrar que aquele problema enquadra-se no sentido retirado do texto legal. Pode-se dizer que, neste modelo, o “pensamento jurídico constitui-se um sistema explicativo do comportamento humano enquanto regulado por normas” (FERRAZ JÚNIOR, 1991, p. 87). Posicionamento semelhante fornece Warat (1995, p. 17), para quem o conhecimento dogmático busca, portanto, por meio do desenvolvimento de três etapas, o estabelecimento de conceituações prévias, a fixação de dogmas e a sistematização. Num primeiro momento, pelo método exegético, são estabelecidos conceitos fulcrados em textos legais, ensejando-se um certo reducionismo metodológico, prevalecendo a visão “sobre” o direito positivo.

A seguir, ocorre a fixação de verdadeiros dogmas jurídicos, culminando com a “descoberta” de princípios jurídicos extraídos dos textos legais. Não obstante, não seria proveitoso estabelecer conceituações e dogmas sem a devida sistematização desse conhecimento jurídico. Eis a terceira etapa, como bem referido pelo autor destacado, “chegando-se assim a meta perseguida pela ciência de matriz positivista, que é a constituição de uma disciplina específica, objeto de um conhecimento, em um sistema” (WARAT, 1995, p. 19).

Facilmente, é possível constatar a utilização de processos paradigmáticos pela dogmática jurídico-administrativa, pois os dogmas valem em razão de serem aceitos por uma comunidade científica. Os paradigmas exercem uma função de delimitar a discussão científica, ensejando uma suspensão de maiores apreciações críticas que estejam fora de sintonia com os paradigmas vigentes, o que equivale a não adotar uma concepção problematológica. Vale mencionar o entendimento segundo o qual os paradig-

mas são “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, 1995, p. 13)<sup>5</sup>.

É importante especificar, novamente, a diferenciação entre dogmática jurídica e dogmatismo. A primeira mostra-se útil, a fim de propiciar a construção de um conhecimento jurídico, fornecendo elementos para as pré-compreensões dos operadores. O segundo merece maiores críticas, pois estabelece vinculações arbitrárias a certos dogmas – instituindo-os como pontos de partida e de chegada da própria discussão. Aqui reside o caráter diferencial, pois a dogmática – como construção doutrinária – é vista como instrumental imprescindível para a aplicação do direito. Inseridos em tal realidade estão os operadores do Direito, em geral, condicionados pelos paradigmas dominantes e determinados pelo “sentido comum teórico dos juristas”, que, segundo Warat (1994, p. 13), “designa as condições das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito”, compreendendo “as diversas representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que influenciam os atos e decisões jurídicas”.

O discurso, dentro da idéia supra-referida, é sempre feito como se houvesse uma voz incógnita, atrelado a uma realidade dita “dominante”. Destarte, o estabelecimento de um sentido comum, apto a determinar uma realidade discursiva, apresenta-se com caráter de funcionalidade, direcionado para o objetivo de estabelecer um controle social, sendo que “o controle jurídico da sociedade passa a ser feito através de um saber jurídico acumulado” (WARAT, 1994, p. 13)<sup>6</sup>.

As vozes de um discurso impregnado de dogmatismo, portanto, não estão direcionadas para o desvendar de verdades ou concretização de critérios confiáveis, como propalado muitas vezes, por intermédio de “máscaras de autoridade”, mas, com certe-

za, decorrem da opinião do sentido comum e ficam circunscritas aos paradigmas funcionalmente produzidos. O sentido comum teórico dos juristas atua de maneira invisível no interior do Direito (WARAT, 1994), contribuindo para a solidificação de padrões de significação arbitrariamente impostos, transmitidos como “realidades verdadeiras”, escondendo aí um componente político.

A questão da verdade, inclusive, tem sofrido mutações, no sentido de ser considerada “não como uma garantia, a mais segura e sólida das garantias, do conhecimento, mas como o objecto de uma suspeita, e de uma suspeita extrema, radical, quanto ao seu valor na compreensão do mundo, dos fenômenos, dos acontecimentos” (CARRILHO, 1995, p. 31). As variadas enunciações dos institutos jurídico-administrativos, como serviços públicos, contratos administrativos, atos administrativos, etc., não podem ser vislumbradas dentro do “mito do referente puro”, no qual prevalece a concepção correspondencial de verdade, na medida em que um enunciado é verdadeiro quando corresponde aos fatos, surgindo, assim, “uma condição semântica de significação, a partir da qual se aceita como significativos, unicamente os enunciados reduzidos a uma dimensão denotativa unívoca” (WARAT, 1995, p. 316). O sentido comum teórico dos juristas leva ao estabelecimento de “sistemas conotativos dominantes” que servem de base para a estrutura argumentativa dos operadores do direito. Haveria a constituição de um paradigma significante a contaminar as práticas jurídicas. Pode-se dizer que não há uma dita “realidade verdadeira”, mas apenas uma “realidade-significativamente-prevalecente”.

Aqui reside o grande desafio para os que lidam com o direito administrativo, laborar com a dogmática jurídica, mas sem cair no dogmatismo. Uma teorização interessante para lidar com a questão é a de um dos grandes filósofos do século XX, Hans-Georg Gadamer, em sua principal obra *Verdade e Método*, na qual menciona a importância da

*fusão de horizontes*. Partindo do pressuposto de que toda compreensão é histórica, aquele conjunto de elementos que chegam da tradição não devem ser simplesmente ignorados. No âmbito do direito administrativo, os operadores e juristas estão inseridos numa dada tradição com a qual devem manter uma postura dialógica<sup>7</sup>. A compreensão resulta dessa fusão de horizontes do intérprete e da tradição, devendo-se, assim, vislumbrar a dogmática como um dado conjunto de significações construído pelo sentido comum. Para Gadamer (1993), e esse aspecto de sua teorização é crucial para o presente estudo, o conhecimento é histórico. Cotidianamente, tem-se a impressão, por parte daqueles que estão mergulhados no senso comum, que a compreensão dos entes administrativos é sempre a-histórica.

Mas, hermeneuticamente, o entender nunca pode lograr segurar definitivamente seu objeto, sequer havendo um método capaz e suficiente de concretizar essa tarefa. As variadas indicações conceituais do direito administrativo constituem-se muito mais em “experiências de sentido”, experiências essas nas quais os juristas e operadores possuem profunda participação. Corolário, em todo modo de ser dogmático já há uma espécie de “antecipação de sentido”, isto é, o sentido construído dos entes administrativos manifesta-se porque já se faz a leitura desde determinadas expectativas de sentido. O que não se pode perder de vista é que a compreensão é um ato de convalidação constante, até porque entender a coisa é sempre entender-se com a coisa.

## 2. Dogmática jurídico-administrativa e ideologia

Na medida em que o modo de pensar dogmático do direito administrativo leva o operador do direito a uma espécie de robotização de sentidos, sempre surge o tema referente às influências da ideologia, abandonando-se, no entanto, a concepção por meio da qual ela era vinculada ao aspecto da re-

presentatividade. Como salienta Zizek (1996a, p. 13) “a ideologia nada tem a ver com a ilusão, com uma representação equivocada e distorcida de seu conteúdo social”. Adota-se esse pressuposto teórico por considerar-se que toda compreensão está fundada em uma concepção de mundo. Não há conhecimento destituído de um conjunto de pré-compreensões que o alimenta. Em relação a tais representações de mundo, com certeza, o que se discute reside, exatamente, em criticar ou não tais elementos determinantes do conhecimento. Logo, torna-se importante vislumbrar que uma ideologia não é necessariamente falsa. Segundo Zizek (1996a, p. 13-14), o conteúdo positivo pode ser verdadeiro:

“Assim, uma ideologia não é necessariamente ‘falsa’: quanto a seu conteúdo positivo, ela pode ser verdadeira, muito precisa, pois o que realmente importa não é o conteúdo afirmado como tal, mas o modo como esse conteúdo se relaciona com a postura subjetiva envolvida em seu próprio processo de enunciação. Estamos dentro do espaço ideológico propriamente dito no momento em que esse conteúdo ‘verdadeiro ou falso’ (se verdadeiro, tanto melhor para o efeito ideológico) é funcional com respeito a alguma relação de dominação social (“poder”, “exploração”) de maneira intrinsecamente não transparente: para ser eficaz, a lógica de legitimação da relação de dominação tem que permanecer oculta”.

Dessa forma, uma das grandes questões da dogmática jurídico-administrativa não está exclusivamente no conteúdo que enuncia, mas naquilo que deixa de dizer; não está na presença, mas na ausência, pois a ideologia depende de sua capacidade de ser invisível, de como tal não ser percebida. A questão da ideologia não exige um trabalho no âmbito da identificação de conteúdos ideológicos, ou seja, o conteúdo por trás da forma, mas em desnudar o segredo dessa própria forma.

A concepção ideológica<sup>8</sup> do senso comum busca eliminar as possibilidades significativas, apresentando as evidências de sentido emanadas de sistemas conotativos dominantes. Destarte, a sistematização de critérios dogmáticos para a resolução de conflitos entre cidadãos e a Administração Pública, de certo modo, revela uma funcionalidade da dogmática, no sentido de estabelecer a “comensurabilidade do valor jurídico” dos fatos do mundo fenomênico, na medida em que ela é que vai calibrar os processos hermenêuticos. Estabelece-se um processo de fetichização dos dogmas produzidos, com pitadas de universalidade que se prolongam no tempo, como se as determinações de sentido estivessem excluídas do ciclo natural da geração e da deterioração<sup>9</sup>.

No direito administrativo, como nos demais ramos da Ciência Jurídica, salvo raras exceções, há um vício de contemplação, como menciona Coelho Neto (1996, p. 86), estabelecendo-se como pressuposto de que no interior de sua própria arquitetura vão ser achadas as respostas significativas, como se nele fosse possível encontrar a “chave mágica”, por meio de um jogo de elementos internos. Certos postulados típicos de um Estado liberal-individualista ainda são utilizados com exclusividade pelos operadores, em que pese vivenciarmos uma ordem constitucional voltada para a construção de um Estado Social e Democrático de Direito (art. 1º, CF). As lições sobre a legalidade, por exemplo, demonstram que a lei, de um modo geral, é tratada como uma substância imutável, uma substância sobre a qual o tempo não exerce nenhum poder, constituída de uma dimensão sublime, indestrutível e imutável.

Algumas construções doutrinárias, ainda dentro do paradigma ficcional de construção de um sistema logicamente coerente e harmônico, capaz de abarcar toda a realidade, estão sempre engendrando esquemas de redefinição, adquirindo os contornos do cadáver da vítima sádica de que fala Slavoj Zizek (1996b, p. 305), “que suporta todas as

torturas e sobrevive com sua beleza imaculada”. A dogmática jurídica, de cunho excessivamente formalista, também atua como uma autoridade simbólica, conferindo a determinados esquemas de sentido o caráter de objeto sublime, como um “indestrutível corpo dentro do corpo”. Um efeito importante é ensejar a transformação dos operadores do direito em “solipsistas práticos”: sujeitos do conhecimento que, por estarem envolvidos em um grau de abstração, no momento da aplicação da lei, desconsideram a dimensão social do seu ato, que fica reduzido a um encontro casual de indivíduos – Juiz, Promotor, Advogado – autorizados pela dogmática jurídica<sup>10</sup>.

Poder-se-ia dizer então que, na ideologia, sua própria existência implica o não conhecimento do seu processo de engendramento por parte dos participantes; ausência de conhecimento que é capaz de assegurar a sua efetividade social. Eliseu Veron, inclusive, chega a falar de uma “gramática de engendramento” como responsável pela introdução de padrões significativos no imaginário social. O entendimento dessa procedimentalização passa a ser importante para detectar que a produção de sentidos jurídicos está intimamente ligada com o social, “sendo impensável conceber qualquer fenômeno de sentido à margem do trabalho significante de uma cultura” (VERON, 1980, p. 173). No entanto, o que parte dos juristas ainda continuam a fazer é exatamente o oposto, isolando o exame dos diversos institutos do direito administrativo dos processos de produção social e de engendramento historicamente localizados. Nesse campo do conhecimento, há também uma relação social que assume perante os olhos dos operadores jurídicos a forma de uma relação entre coisas (Cf. ZIZEK, 1996b, p. 308)<sup>11</sup>, em que as relações jurídicas passam a ser coisificadas.

No entanto, é claro que os próprios operadores do Direito têm conhecimento da forma como são feitas certas construções doutrinárias e jurisprudenciais, havendo uma

forte carga de elementos externos, não existindo uma lei em si reveladora de sentido. O funcionamento da ideologia, com efeito, é baseado em um distanciamento cínico, que faz parte do jogo, quer dizer, “a ideologia dominante não pretende ser levada a sério no seu sentido literal” (ZIZEK, 1996b, p. 311)<sup>12</sup>. De qualquer sorte, a ideologia não é mais tida como uma falsa consciência da realidade, como aquilo que mascara, pois passa a ser um sistema que reivindica a verdade, “uma mentira vivenciada como uma verdade, uma mentira que pretende ser levada a sério” (ZIZEK, 1996b, p. 314). Agora, deve ser questionada a razão pela qual a lei continua a ser tida como uma lei-em-si, capaz de abarcar toda a realidade social, quando, em última análise, é crível admitir a presença de fortes componentes de dominação no conhecimento jurídico. Qual a razão para que alguns operadores dogmáticos permaneçam atrelados a determinados postulados metafísicos<sup>13</sup>?

Mostra-se importante entender a questão da discordância entre o que as pessoas efetivamente fazem e o que pensam estar fazendo, conforme menciona Zizek (1996b, p. 314). Estabelecendo um paralelo entre lei e Direito, os operadores jurídicos sabem muito bem que a lei é apenas uma das manifestações do Direito, mas, em sua prática, agem como se houvesse um Direito-em-si, como entidade abstrata, realizado apenas na lei. Há todo um processo de coisificação do Direito, o que leva também a um distanciamento da realidade social. Os operadores são guiados por uma “ilusão fetichista” (ZIZEK, 1996b, p. 314)<sup>14</sup>. Com efeito, na compreensão de um preceito legal, dentro da visão dogmática, já está a ilusão, ao lado daquilo que as pessoas fazem. Mas o que os operadores desconhecem é que a sua própria atividade é guiada por uma ilusão, por uma inversão fetichista. Por certo, não desconhecem a sua atuação como aplicadores jurídicos, mas sim a ilusão que estrutura sua realidade, sua atividade social, sendo essa ilusão considerada e inconscientemente

chamada de “fantasia ideológica” (Cf. ZIZEK, 1996b, p. 316)<sup>15</sup>.

A dogmática jurídica, muitas vezes, funciona como o que se chama de “roda tibetana de orações” (ZIZEK, 1996b, p. 317)<sup>16</sup>, isto é, os problemas referentes são colocados em conjuntos abstracionais e passam a ser resolvidos pela dogmática e não pelos operadores. Eles passam a não falar por si, mas por meio dela. Logo, retira-se a responsabilidade dos aplicadores, transferindo-se a questão para a dimensão da formulação de conceitos jurídicos. No entanto, a dogmática jurídica não poderia ser obedecida “simplesmente porque é”. Para que funcione “normalmente”, é imprescindível um processo que lhe atribua um caráter de necessária, cuja fundamentação passa a residir no aspecto da funcionalidade (ZIZEK, 1996b, p. 318-319). O Direito possui um ritual ideológico. Assim, os operadores do Direito devem abandonar o caráter problematológico de suas argumentações para simplesmente submeterem-se ao “ritual-ideológico-jurídico”, pois repetindo os gestos sem sentido, agindo como se acreditassem, a crença há de vir!

É importante referir, ainda dentro das idéias do autor supracitado, que uma ideologia pega para valer quando consegue determinar o modo da experiência cotidiana do homem, da própria realidade, quando se passa a aplicar e entender a interpretação de uma forma robotizada e banalizada pelas concepções racionalistas e abstratas da dogmática jurídico-administrativa. Aqui parece aplicável a noção de *habitus*, exposta por Pierre Bourdieu, como sendo aquela predisposição compartilhada no âmbito do imaginário dos juristas. A noção de *habitus* foi utilizada pelo autor com base em lições antigas da própria escolástica, sendo tal expressão relacionada com um *modus operandi*. Vale referir, “como disposição estável para se operar numa determinada direção, através da repetição criava-se, assim, uma certa conaturabilidade entre sujeito e objeto no sentido de que o hábito se tornava uma se-

gunda dimensão do homem” (BOURDIEU, 1994, p. 14).

Pierre Bourdieu (1994, p. 15) estabeleceu a seguinte definição:

“sistema de disposições duráveis, estruturas estruturadas, predispostas a funcionarem como estruturas estruturantes, isto é, como princípio que gera e estrutura as práticas e as representações que podem ser objetivamente ‘regulamentadas’ e ‘reguladas’ sem que por isso sejam o produto de obediência de regras, objetivamente adaptadas a um fim, sem que se tenha necessidade da projeção consciente deste fim ou do domínio das operações para atingi-lo, mas sendo, ao mesmo tempo, coletivamente orquestradas sem serem o produto da ação organizadora de um maestro”.

A partir de uma visão dogmatista, os variados institutos do direito administrativo são aplicados pelos operadores jurídicos conforme o sentido do jogo, por intermédio de práticas voltadas para fazer o que havia de ser feito e sem a necessidade de tematizar a aplicação, gerando condutas “juridicamente adequadas”.

### 3. O modo de ser cotidiano da dogmática jurídico-administrativa: a importância do sentido

Considerando o que até o momento foi problematizado em relação ao pensamento dogmático, é crível afirmar o seu caráter cotidianamente metafísico-objetificador. A metafísica constituiu-se numa forma de compreender o sentido dos entes administrativos, mas de forma objetificada, caracterizando-se pela idéia de (a) fundamento último e (b) pela compreensão auto-referencial (Cf. MICHELAZZO, 1996, p. 41)<sup>17</sup>. Com relação ao primeiro aspecto, as construções dogmáticas primam pela idéia de fundar onticamente os entes jurídicos, ou seja, fixam um determinado sentido que é tido como inquestionável. Utilizando a expressão de Tércio

Sampaio Ferraz Júnior, trata-se da inegabilidade dos pontos de partida. Nada há além do dito dogmaticamente pelo senso comum teórico dos juristas, conforme, inclusive, já ressaltado anteriormente.

Portanto, as teorizações tradicionais não desenvolvem um trabalho mais profundo sobre o sentido dos entes administrativos, laborando dedutivamente com um arbitrário juridicamente prevalecente, isto é, aquele sentido legal aceito pela comunidade dos juristas. Olvidam que as coisas do mundo somente são compreendidas a partir daquilo que chega como sentido. É preciso, assim, construir uma nova Teoria do Direito Administrativo, dando-se conta de que a compreensão dos entes administrativos é um existencial. Logo, (a) o modo existencial de compreender é lançado para uma situação concreta; (b) a compreensão ocorre num espaço discursivo e (c) esse modo existencial de compreender é sempre entendimento (possibilidade de sentido dos entes jurídicos e de nós mesmos) (Cf. GUIGNON, 1993, p. 28).

A dogmática administrativista de viés metafísico, no seu modo de ser cotidiano, age como se compreender fosse um processo abstrato, fruto de universais, corolário da recepção do chamado direito racional-formal, expressão utilizada por Max Weber e aludida por Manuel Calvo Garcia (1994b, p. 90), ao tratar do caráter excessivamente abstrato da aplicação do direito como requisito imprescindível para um modo de ser racional, segundo as concepções ideológicas liberais:

“la aplicación del derecho no debía tener en cuenta más que las características generales, unívocas, de los hechos y debía consistir en la aplicación de leyes abstractas e generales. Esto es, debía excluirse de la interpretación cualquier criterio substantivo ajeno al contenido abstracto y general del derecho y a sua racionalidad formal, para evitar que la aplicación del derecho pudiera romper con el crite-

rio de igualdad formal que consagra la ideología liberal y con la neutralidad jurídica que se deriva del mismo”.

Dessa forma, é possível evidenciar que, no labor cotidiano de certas práticas dogmáticas do direito administrativo, ainda há esse pendor para direcionar o processo de compreensão do fenômeno jurídico-administrativo à realização da igualdade formal, como se fosse crível alcançar um direito administrativo perfeito, suscetível de uma quase-materialização lógico-dedutiva. Uma das deletérias consequências de tal modo de pensar consiste no papel superficial atribuído ao intérprete, ao administrador público e ao operador do direito em geral, como se não desempenhassem atividade primordial no fazer acontecer dos textos legais, pois tal seria resultado de uma dada metodologia. Desconsideram, assim, que a compreensão humana sempre chega antes de qualquer método.

Logo, pode-se detectar que a compreensão dogmática dos entes administrativos, em regra, é inautêntica, no sentido de lançada para aquilo que Martin Heidegger denominou o *Impessoal*, a instância do coletivo. Lançada para o modo de ser do impessoal, a *função social da dogmática jurídica* passa a ser: a) inserir o intérprete numa instância de superficialidade, pois não há como tarefa do operador do direito problematizar os sentidos, mas apenas acoplar aos casos concretos aquilo que lhe é dado previamente pelo sentido comum teórico; b) facilitação, pois o papel da dogmática é, exatamente, evitar a angústia do estranhamento por parte do intérprete, deslocando para a esfera do impessoal a tomada de decisão, (c) criando a instância de evidência, o que leva o jurista a ficar desconectado do mundo da vida.

É possível defender o entendimento segundo o qual as teorizações tradicionais do direito administrativo partem do pressuposto de que o *fundamento dos entes administrativos* é um fundamento pronto e acabado quando, hermeneuticamente, o fundamento só

resulta acessível como sentido. O que muitos não se dão conta é que não há uma idéia correspondencial entre as coisas e a compreensão, pois, no campo do direito administrativo, os entes jurídico-administrativos são vislumbrados com um dado sentido aberto pelo homem. A função social da dogmática jurídica poderia consistir em ressaltar que a produção de sentidos jurídicos não se dá de forma fechada e definitiva, pois, em razão do caráter histórico de toda compreensão humana, possui um horizonte verdadeiramente mutável.

A dogmática tradicional seqüestra o tempo da existência compreendedora, do homem que compreende, na medida em que objetifica os entes administrativos ao congelar os seus sentidos. No entanto, desconsidera-se que não há compreensão total das possibilidades de ser dos entes administrativos. Há sempre uma falta. A dogmática jurídica, por vezes, trabalha como se fosse senhora do tempo. Uma teorização do direito administrativo, que não pretende cair na tentação metafísica, teria que ser construída como indicação de sentido, mas levando o intérprete a uma espécie de culpa existencial de não estar sendo a possibilidade de ser a si mesmo e que tivesse a consciência de que nunca ocorre a completa materialização de sentido dos entes jurídico-administrativos. Outrossim, poderia contribuir para desvelar novas possibilidades de sentido impensadas dos entes administrativos. Fazer acontecer os entes na *substancialidade constitucional* ainda é uma importante tarefa crítica a ser desenvolvida, o que, aliás, já acontece por parte de alguns juristas, diga-se de passagem.

No entanto, em geral, a dogmática de cariz metafísico-objetificadora trabalha como se houvesse uma verdade absoluta. E por quê? Em virtude de não laborar com a temporalidade do sentido. Faz-se mister construir uma dogmática que seja capaz de dar-se conta de que o desvelar, o fazer acontecer o sentido dos entes depende do modo de ser do homem compreendedor. A dog-

mática administrativista poderia contribuir para desenvolver uma espécie de *responsabilidade fenomenológica*, pois o operador do direito é responsável pelo sentido que produz.

Outra importante crítica ao pensamento tradicional relaciona-se com a compreensão a respeito da linguagem. Essa análise problemática da linguagem foi desenvolvida por filósofos importantes como Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, esse último especialmente em sua obra *Verdade e Método*. O pensamento jurídico preponderante adota uma concepção ultrapassada de linguagem, como mero instrumento que veicula “essências”, uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, conforme a percuciente crítica desenvolvida, de forma inédita, por Streck (2004, p. 196):

“A linguagem, então, é totalidade; é abertura para o mundo; é, enfim, condição de possibilidade. Melhor dizendo, a linguagem, mais do que condição de possibilidade, é constituinte e constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo de ser no mundo, que implica as condições de possibilidades que temos para compreender e agir. Isto porque é pela linguagem e somente por ela que podemos ter o mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem não há mundo, enquanto mundo”.

A dogmática jurídica, normalmente, tem contribuído para a construção de uma linguagem incapacitante para fazer acontecer o sentido constitucional dos entes administrativos. Alguns exemplos podem ser mencionados. Circulam em conhecidos manuais de direito administrativo enunciados como “na interpretação da lei, deve o intérprete buscar o verdadeiro sentido”; “cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito”; “obedece o princípio da finalidade o ato administrativo que for praticado com finalidade pública”; “a razoabilidade não pode ser lançada como instru-

mento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou do intérprete, mesmo porque cada norma tem uma razão de ser”, etc.

Daí reside a seguinte questão: a dogmática administrativista pode contribuir para construir uma linguagem capaz de abrir o mundo? É possível responder sim, na medida em que se assuma como instância capaz de desenvolver uma linguagem originária, quer dizer, que nomeia pela primeira vez o ente. Como mencionava Martin Heidegger, a *linguagem é a casa do ser*. Infelizmente, muito ainda há para se fazer de modo a que o pensar objetificador da dogmática tradicional deixe de produzir uma linguagem metafísica, como, por exemplo, a linguagem que estrutura o princípio da “supremacia” do interesse público, da intangibilidade do mérito administrativo, da presunção de legalidade, etc.

Não há no âmbito do direito administrativo, também, uma produção jurídica profunda sobre as repercussões da distinção entre *texto e norma* na construção do princípio da legalidade, com raras exceções. O questionamento de uma postura mais hermenêutica pode contribuir para que o pensar dogmático do direito administrativo problematize sua tarefa a partir, por exemplo, da idéia de *poiesis*. A linguagem jurídica enquanto *poiesis* significa uma linguagem voltada para o fazer acontecer os entes administrativos, capaz de problematizar o dizer originário, e não adotar a postura de mera repetidora do sentido comum teórico dos juristas. A dogmática administrativista há de ser capaz de suspender o modo corriqueiro de dizer os entes e pensá-los no seu sentido constitucional-democrático.

A partir dessa análise crítica do modo cotidiano de ser da dogmática administrativista, é crível afirmar que ela tem contribuído, de um modo geral, para *esconder (velar) os fundamentos metafísicos* do direito administrativo. Um dos exemplos mais marcantes reside no princípio da separação de poderes que tem influenciado um conjunto de

práticas objetificadoras, especialmente aquelas referentes ao controle dos atos administrativos. Com efeito, a superação desse agir encobridor exige que a Teoria do Direito Administrativo passe a entabular maior diálogo com a filosofia. Há de se problematizar o modo de ser da investigação dogmática realizada.

No seu modo de ser cotidiano, o sentido comum teórico não trabalha com a possibilidade de sentido dos entes administrativos, mas com instâncias de evidência. A partir de uma perspectiva mais hermenêutica, a dogmática poderia desenvolver uma atividade de *descrição dos indícios formais*<sup>18</sup>, não como conceitos, mas possibilidades de sentido, assumindo-se mais como conhecimento empírico do direito administrativo. Os entes administrativos que estão inseridos nesse conhecimento empírico já estão desde sempre mergulhados numa dimensão de compreensão prévia e que não é de caráter reflexivo, mas, como alude Stein (2002, p. 104), simplesmente resulta do nosso próprio modo de ser no mundo. Corolário, deveria ser repensada a própria relação entre os administradores públicos, juristas e operadores do direito com o constitucionalismo moderno.

Não se pode adotar a crença ingênua de que os entes administrativos fazem parte de uma espécie de “mundo natural”, com um determinado conteúdo, pois, quando se fala de qualquer ente jurídico, o intérprete desde sempre está nele envolvido, compreendendo-o num contexto de sentido. Ultrapassado o mito do mundo natural, a interrogação que a dogmática poderia desenvolver reside no perguntar e voltar-se para as coisas mesmas, “das quais, no entanto, só temos notícias quando conseguimos expor o movimento de pré-compreensão que é condição de possibilidade de qualquer compreensão” (Cf. STEIN, 2002, p. 118). Quando o intérprete descrever os diversos modos de os entes administrativos virem ao seu encontro com seu mundo, não haverá apenas uma descrição da experiência ou um regis-

tro empírico mediante conceitos fixos, mas uma descrição de indícios formais. Portanto, "... não se trata de um repertório metafísico de conceitos com que se organiza a nomeação das coisas. Os indícios formais são a aproximação para nomear seu acontecer em diversos âmbitos" (Cf. STEIN, 2002, p. 156). Ora, grande parte do que tem sido produzido no Brasil sobre dogmática administrativa satisfaz que espécie de dimensão? Tem contribuído para uma simples organização de repertórios metafísicos ou construções de indicações críticas para problematizar os sentidos do direito administrativo no Estado Democrático de Direito?

A Teoria do Direito Administrativo precisa ser construída de modo que ela não se transforme em simples atividade de apresentar argumentos jurídicos em série ou formas lógico-jurídicas, mas que ela seja um modo de ser (Cf. STEIN, 2002, p. 37). A função dos chamados indícios formais é orientar a construção dos repertórios existenciais do direito administrativo. A dogmática administrativista poderia contribuir fenomenologicamente para determinar como os conceitos jurídicos são construídos, como eles chegam aos operadores do direito, e não funcionar como instância de objetificação do arbitrário juridicamente prevalecente. Seria de grande valia uma propagação maior do horizonte histórico de construção do direito administrativo pátrio, as relações que foram construídas entre os cidadãos e a Administração Pública, enfim, fundar uma concepção teórica do direito administrativo mais voltada para capacitar os operadores jurídicos a dimensionarem na sua cotidianidade as pré-compreensões liberais-individualistas que alimentam o imaginário nacional.

Muito embora, como acima referido, as concepções mais tradicionais do direito administrativo tenham contribuído para desenvolver um modo de pensar objetificador, é crível sustentar a possibilidade de uma nova dogmática jurídica. Utilizando os aportes de Streck (2004, p. 21 et seq.), é preciso

construir uma *Teoria do Direito Administrativo* para países de modernidade tardia como o Brasil. Não há como desconsiderar em qualquer processo de construção de sentido dos entes administrativos, por exemplo, o conjunto de indícios formais constitucionais dos artigos 1<sup>o</sup> e 3<sup>o</sup> da Constituição Federal, que coloca a importância de construir uma sociedade justa e solidária, de materialização da dignidade da pessoa humana, bem como de erradicação da pobreza. Qualquer idéia de interesse público há de construir suas indicações fundadas em tais elementos, sob pena de constituir-se de modo ilegítimo. Portanto, são relevantes as críticas à Teoria do Direito levadas a cabo por Ferrajoli (1995; 1999) quando sustenta que a tarefa de uma teoria do direito é evidenciar as contradições, ou seja, desvelar as possibilidades de sentidos e não objetificar os entes jurídicos, fundada em um arbitrário juridicamente prevalecente.

#### 4. Uma análise crítica dos critérios dogmáticos para definir o direito administrativo

No âmbito do modo de ser cotidiano das diversas produções dogmáticas, são encontrados variados critérios para definir o que poderia ser considerado como direito administrativo. De plano, já se evidencia um grande equívoco pretender erigir uma definição perfeita e acabada, não se dando conta do caráter existencial antes mencionado em todo o processo de compreensão. Em tal diversidade, pode-se destacar, por exemplo, o critério do serviço público, tendo como grandes expoentes Leon Duguit, Jèze e Bonnard, preponderando como elemento delimitador do direito administrativo o instituto de serviço público. No intuito de ultrapassar a vetusta concepção até então predominante de identificar o direito administrativo com a idéia de *pussance public*, esse ramo do direito seria o conjunto de regras que regula a prestação de serviços públicos pelo Estado, normatizando ainda os direitos dos usuá-

os e deveres dos prestadores<sup>19</sup>. Uma das críticas que têm sido realizadas no que tange a esse conceito reside na redução do campo do direito administrativo à prestação de serviços públicos. Não há dúvida, o direito administrativo estuda o tema referente aos serviços públicos, mas sem que tal possa constituir-se como o universo desse ramo do direito.

De outra banda, deve-se mencionar o critério do Poder Executivo<sup>20</sup>, sendo que o direito administrativo consistiria no estudo das relações entre esse poder e os cidadãos, além de problematizar sua estruturação e funcionamento. Igualmente, detectam-se as insuficiências dessa concepção ao reduzir o direito administrativo ao estudo do poder executivo. Nos demais poderes – Legislativo e Judiciário – também há o exercício de atividade administrativa, não sendo crível reduzir sua problematização ao primeiro.

Além desses critérios, encontra-se na dogmática administrativista uma multiplicidade de outros elementos determinantes da definição desse ramo do direito, como os critérios das relações jurídicas, teleológico, etc<sup>21</sup>. No entendimento de Eduardo García de Enterría (1995, p. 39), o direito administrativo constitui-se em “un Derecho de naturaleza estatutária, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho común”. Este autor faz questão de ressaltar a importância de vislumbrar no direito administrativo a difícil tarefa de proceder ao equilíbrio entre privilégios e garantias, com a finalidade última de salvaguardar o interesse geral da comunidade, mas sem desconsiderar os cidadãos. No âmbito da visão de Otto Mayer (1982, p. 17 et seq.), por sua vez, o direito administrativo deveria ser compreendido como o direito relativo à administração, o direito que lhe é aplicável, opondo-se ao direito constitucional, subsistindo como um ramo especial do direito público, dotado de um método próprio, da mesma

maneira que o direito civil. Na órbita das preocupações de alguns administrativistas franceses, George Vedel e Pierre Delvolvé (1992, p. 76 et seq.) refletem a grande preocupação de construir certas concepções teóricas que ressaltem a autonomia do direito administrativo como um conjunto de regras capaz de derrogar a aplicação das leis de direito privado no que concerne à via administrativa. Outrossim, Diogo Freitas do Amaral (1998, p. 130) vislumbra o direito administrativo “como o ramo do direito público constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a organização e funcionamento da Administração Pública, bem como as relações por ela estabelecidas com outros sujeitos de direito no exercício da actividade administrativa de gestão pública”.

Portanto, qualquer conceito que se tenha sobre o direito administrativo não pode deixar de vislumbrar que há sempre uma determinada pré-compreensão a ordená-lo, uma espécie de *a priori* fundante. Os conceitos não podem ser compreendidos como repertórios metafísicos, capazes de abarcar a totalidade. Estabelecer um conceito é uma relação de aproximação com a coisa, buscando-se descrever como ela acontece em seus diversos âmbitos (Cf. STEIN, 2002, p. 156)<sup>22</sup>. Qualquer tentativa de conceituação não passará de um destaque, um colocar entre parênteses algumas manifestações, no caso, do fenômeno jurídico-administrativo, até porque sempre deverá ser considerada a temporalidade que impede o homem de abarcar em definitivo as formas de expressão. Uma crítica interessante sobre o ideal de conceituar o direito administrativo, no campo dogmático, foi realizada por Juan Alfonso Santamaría Pastor (2000, p. 83-84) quando menciona a ausência de utilidade prática das disposições conceituais, pois

“hablar del Derecho administrativo como de un sistema o subsistema de normas, delimitado en el interior del total ordenamiento jurídico, no pasa de ser una convención terminológica

sin significado preciso (...); por otra parte intentar hallar una noción nuclear en torno a la cual construir la 'ciencia' del Derecho administrativo, no deja de ser una inversión de los términos lógicos de la investigación científica (...), y, por último, resulta notorio que algo tan convencional como el contenido de las enseñanzas académicas no puede definirse abstractamente mediante noción teórica de ningún tipo...”.

Corolário do que acima restou explicitado, no campo das construções conceituais do direito administrativo, há uma grande propensão em destacar no fenômeno jurídico-administrativo basicamente o aspecto da norma<sup>23</sup>. Certamente, tal aspecto também fará parte das problematizações a serem desenvolvidas, mas não reduz o conjunto de possibilidades de tratamento da matéria. Hodiernamente, um dos elementos interessantes para abarcar uma gama considerável de manifestações administrativas é a idéia de *ação administrativa*, entendida como o agir da Administração Pública, seja por meio de seus órgãos específicos ou de pessoas jurídicas criadas para determinadas finalidades e em coordenação com particulares. O direito administrativo, assim, poderia ser indicado como o campo de conhecimento que estuda a ação administrativa, seja no que tange ao conjunto de regras e princípios co-relacionados ou no aspecto atinente às suas formas de expressão (atos administrativos, poderes, contratos, prestação de serviços, administração de bens, etc.). Destarte, qualquer ação administrativa deverá ser compreendida a partir do horizonte de sentido do Estado Democrático de Direito (arts. 1º e 3º da Constituição Federal), fundando-se no conjunto de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e na promoção do bem-estar da comunidade. Em tal sentido, vale a idéia de Prosper Weil (1977, p. 10) para quem

“o direito administrativo não pode, pois, ser desligado da história, e espe-

cialmente da história política; é nela que encontra o seu fundamento, é a ela que deve a sua filosofia e os seus traços mais íntimos. Não se trata de relembrar o passado, mas sim de conhecer o próprio solo do qual o direito administrativo extraiu a seiva que ainda hoje o alimenta”.

No âmbito da referência supracitada, é interessante ressaltar a chamada crise do direito, e portanto também do direito administrativo, e destacar as possibilidades de ultrapassá-la. Nesse sentido, Streck (2004, p. 55 et seq.) tem dado um grande contributo ao destacar a nominada crise de dupla face do direito, pois (a) os operadores do direito estão inseridos no paradigma da filosofia da consciência e (b) estão inseridos no paradigma liberal-individualista. Em apertada síntese, boa parte dos que lidam com o direito não se deu conta da necessidade de superar o paradigma liberal que ainda grassa na prática jurídica e compreender o direito como condição de possibilidade para fazer acontecer um Estado preocupado com a sociedade, vocacionado para intervir em prol dos direitos e garantias fundamentais, sejam eles liberais ou sociais, assumindo o Poder Judiciário um papel fundamental, conforme o autor: “Por tudo isso é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, há – ou deveria haver – um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional” (Cf. STRECK, 2004, p. 55). Ao examinar-se o direito administrativo, faz-se mister destacar explicitamente a importância da jurisdição constitucional na construção de uma Administração Pública mais democrática, sendo imperioso, por exemplo, compreender de um modo diferenciado alguns princípios epocais que estruturaram a atividade administrativa como o princípio da separação de poderes.

Ademais, além dessa dimensão de filosofia política a orientar a construção do direito administrativo, faz-se mister destacar,

no âmbito de uma dimensão hermenêutico-filosófica, o problema da filosofia da consciência, ou seja,

“... é necessário registrar que, na sustentação desse imaginário jurídico prevalecente, encontra-se disseminado ainda o paradigma epistemológico da filosofia da consciência – calcada na lógica do sujeito cognoscente, onde as formas de vida e relacionamentos são reificadas e funcionalizadas, ficando tudo comprimido nas relações sujeito-objeto (como denuncia Habermas) – carente e/ou refratária à viragem lingüística de cunho pragmatista-ontológico ocorrida contemporaneamente, no qual a relação ou relações passa(m) a ser sujeito-objeto” (Cf. STRECK, 2004, p. 61).

Os aspectos aludidos da crise de dupla face do direito, com efeito, deveriam ingressar em qualquer problematização dos diversos institutos do direito administrativo, propondo-se melhor destacar nesse ramo do direito suas potencialidades para provocar mudanças, criando condições de fazer acontecer aquilo que vem indicado nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, obviamente, sem cair na ingenuidade segundo a qual a instituição de textos legais ou constitucionais é suficiente para alcançar tal mister. Destarte, a hermenêutica jurídica, de cariz fenomenológico, irá desempenhar um papel importantíssimo, acompanhada de um modo de ser mais social-solidário, uma concepção mais comunitária da atividade desenvolvida pela Administração Pública.

Esse, ao que parece, pode ser o grande desafio a orientar a construção de uma nova teorização do direito administrativo, certamente, sem pretender inserir um novo dogmatismo, mas apenas temporalizar as diversas possibilidades de sentido desse ramo do direito, privilegiando a compreensão a partir de uma consciência histórica efetual, utilizando a referência de Hans-Georg Gadamer. Busca-se, assim, pensá-lo pragmaticamente, fugindo-se da tentação objeti-

ficadora de construção de mundo. Quando for lançado o questionamento “o que é isto o direito administrativo?”, é crucial que não se pretenda respondê-lo arrolando alguns enunciados lingüísticos, pois no enunciado não está a resposta para tal indagação. A problematização a ser levada a cabo exige dialogar como aquilo que vem sendo transmitido como sentido de direito administrativo, ultrapassando-se as evidências lógico-formais do dogmatismo e assumindo a linguagem como *locus* privilegiado para abrir clareiras, possibilidades antes impensadas de dizer o direito administrativo.

A partir da chamada viragem hermenêutica, perguntar o que é o direito administrativo importa lançar juristas e operadores do direito para, por exemplo, problematizarem a incapacidade das construções tradicionalmente dogmáticas, vocacionadas para aspectos metafísicos, e incapazes de transmitir o sentido, decorrência do ideal de especialização preponderante na sua estruturação teórica, especialização essa calcada na postura formalista do conhecimento jurídico e que desconsiderava outras possibilidades metodológicas senão aquelas suficientes para a aplicação subsuntiva de regras legais. Destarte, uma segunda dimensão de análise relaciona-se à posição ocupada pelo direito administrativo no conjunto da existência histórico-social, ou seja, hodiernamente, em um país de modernidade tardia como o Brasil, com um alto índice de exclusão social, qual tem sido a função desse campo do conhecimento jurídico? Finalmente, urge problematizar a questão atinente ao próprio fundamento do direito administrativo e a concepção de racionalidade científica que alimenta o imaginário de juristas, operadores do direito e administradores. Como aduz Martin Heidegger (1999, p. 52), “tenemos antes que aprender a entender qué significa fundamentos de una ciencia y en qué medida la crisis de fundamentos pone de manifesto los limites esenciales de la ciencia como tal”. Há, portanto, uma tarefa originária de reconhecer que no próprio

modo de ser característico do direito administrativo há o inacessível e que tal é incontornável, e o dar-se conta da crise de fundamentos, em última análise, está relacionado com a problematização da possibilidade de existir do homem.

### Notas

<sup>1</sup> Quando se fala de dogmática jurídica, é interessante ressaltar que tal modo de pensar é tributário da própria concepção de ciência jurídica do século XVIII, formulada por Gustav Hugo, assim retratada: “Ao final do século XVIII, Hugo ensinou que nossa disciplina (a jurisprudência) teria que responder, em sua totalidade, a três questões: (1) o que é o direito? (2) é razoável que seja assim? e (3) como chegou a ser direito?” (Cf. VIEHWEG, 1997, p. 100). Dessa triplíce concepção resultaria a divisão em dogmática jurídica, filosofia do direito e história do direito, respectivamente.

<sup>2</sup> Como ressalta Warat (1995, p. 16), o dogmatismo “apresenta-se como a tentativa de construir uma teoria sistemática do direito positivo, sem formular nenhum juízo de valor sobre o mesmo, convertendo-a em uma mera ciência formal”.

<sup>3</sup> O autor menciona expressamente algumas disciplinas que entende dogmáticas, entre elas o direito administrativo, aduzindo: “uma disciplina pode ser definida como dogmática na medida em que considera certas premissas em si e por si arbitrárias (isto é, resultantes de uma decisão), como vinculantes para o estudo, renunciando-se, assim, ao postulado da pesquisa independente”. Também é interessante a idéia de Vieweg (1997, p. 101) sobre a dogmática: “El pensamiento dogmático puede ser llamado adecuadamente pensamiento de opinión porque está caracterizado por el hecho de que se atiene a una opinión establecida (dogma o dogmas); por una parte, la pone fuera de toda duda y, por otra, la desarrolla de múltiple manera”.

<sup>4</sup> Essa astúcia torna-se um mecanismo para o enfraquecimento das tensões sociais, na medida em que neutraliza as pressões exercidas pelos problemas de distribuição de poder, de recursos e benefícios escassos, assim como, poder-se-ia acrescentar, da moralidade administrativa.

<sup>5</sup> A adoção de paradigmas dominantes traz conseqüências deletérias para a Ciência Jurídica, pois se abandona o ideal científico de questionar o impensado, de repensar as certezas significativas de um mundo jurídico. Adotam-se aquelas certezas nas quais uma comunidade acredita, podendo-se então falar na chamada “força de um paradigma”, ou seja, quando se tem grandes dificulda-

des em perceber algo diferente dos paradigmas vigentes. O questionamento sobre os diversos institutos do direito administrativo passa por essa contaminação, na medida em que, normalmente, as análises ficam restritas a velhos conceitos, como competência vinculada ou competência discricionária, o princípio da separação de poderes, margem de discricionariedade, discricionariedade técnica, executoriedade, legalidade, etc. No entanto, muitas vezes, é preciso sair de um paradigma dominante. Por óbvio, não se está querendo dizer que os paradigmas não possuem qualquer utilidade. Pelo contrário, eles nos ajudam a resolver problemas. O equívoco está em acreditar que há “o paradigma”, pois neste instante surge o que se chama de “paralisia de paradigma”. Muitos operadores do direito sofrem de uma espécie de paralisia de paradigma jurídico. No entanto, não se pense que a elaboração de um trabalho mais crítico pode ocasionar a superação de um paradigma antigo. Não há apenas uma sucessão de paradigmas, pois o que ocorre igualmente é um processo de interpenetração.

<sup>6</sup> O autor refere que a “realidade dominante, através do senso comum, passa a ser aceita como ‘realidade verdadeira’, escondendo o componente político da investigação de verdade”. Com efeito, a problemática maior do discurso dogmático – aquele instituidor de um dogmatismo – não está em seu caráter político ou ideológico. Qualquer crítica em tal sentido seria pueril, pois efetivamente parte dos conhecimentos produzidos são ideológicos, e isto há muito já se sabe. No entanto, é importante desnudar o discurso apolítico, cujo objetivo é esconder a ideologia oculta atrás das práticas discursivas.

<sup>7</sup> O caráter dialógico do pensamento gadameriano ressalta a importância de o homem compreendedor estar aberto para a opinião do outro e do texto. A abertura para a “alteridade do texto”. No caso direito, pode-se dizer, lidamos fundamentalmente com textos, textos fatos, pré-conceitos, hábitos lingüísticos, etc., assumindo capital importância a postura de “alteridade”. De qualquer sorte, o objetivo dessa teorização é fazer com que o intérprete dê-se conta de que há juízos prévios na compreensão. Dar-se conta dos juízos prévios é encontrar-se com a própria historicidade como aludia Hans-Georg Gadamer.

<sup>8</sup> Mais uma vez, é importante entender a ideologia como aquela manifestação que ocorre no inconsciente, operando por meio do imaginário e do silêncio, importando a aceitação de certas práticas e valores como naturais, racionais, verdadeiros. Portanto, não se busca estabelecer a discussão sobre a dimensão do ideológico, de que tal seja tido como ideológico. A grande questão reside em admitir a possibilidade de entabular um contradiscurso ao sentido-comum-teórico-dominante.

<sup>9</sup> O apego dos operadores do Direito à lei é revelador nesse sentido, pois não desconhecem a inserção dos textos legais no tempo, sujeitos ao processo de deterioração. No entanto, agem como se não soubessem disso (razão cínica). O exame poderia ir mais além. Quando se trabalha com a aplicação de certas lições doutrinárias ou jurisprudenciais, v.g., aquelas referentes à não auto-aplicabilidade do artigo 196 da CF que estabelece o direito à saúde, todos reconhecem a postura política e o comprometimento ideológico desse raciocínio. Mas, continua-se aplicando “como se não soubessem o que fazem”. Qual a razão para que isso ocorra?

<sup>10</sup> O grau de abstração que determinadas estruturas dogmáticas impõem na resolução dos casos concretos leva a um não conhecimento da realidade, e que é parte da própria essência da dogmática, uma vez que a efetividade social do processo de aplicação do direito “é um tipo de realidade que só é possível sob a condição de que os indivíduos que dela participam não estejam cientes de sua lógica própria; ou seja, é um tipo de realidade cuja própria consistência ontológica implica um certo não conhecimento dos seus participantes – se viéssemos a ‘saber demais’, a desvendar o verdadeiro funcionamento da realidade social, essa realidade se dissolveria” (Cf. ZIZEK, 1996b, p. 305). Como conseqüência, tem-se um “discurso burocrático”, quer dizer, aquele discurso em que o silêncio é geral. Como menciona Coelho Neto (1996, p. 99), “do lado do falante, que não o é, há o silêncio do anonimato indispensável para evitar a instauração do sujeito; há, em suma, o auto-escamoteamento da fonte no e pelo discurso – mas, por certo, ao nível do discurso. E do lado do ouvinte, nada mais há que o silêncio, o silêncio engendrado pelo falante, o silêncio da alienação, o silêncio do espelho opaco que não permite a constituição do eu, do sujeito.”

<sup>11</sup> Trata-se do fetichismo da mercadoria a que se refere o autor. O valor de uma certa mercadoria assume a forma de uma propriedade quase “natural” de outra coisa-mercadoria, o dinheiro. A mercadoria “A” só pode expressar seu valor em referência a uma outra mercadoria “B”, que assim se torna seu equivalente.

<sup>12</sup> No entendimento do autor, o modo dominante de funcionamento da ideologia é cínico. O sujeito cínico tem perfeita ciência da distância entre a máscara ideológica e a realidade social, mas, apesar disso, continua a insistir na máscara. A fórmula ideológica seria, portanto: “eles sabem muito bem o que fazem, mas mesmo assim o fazem”.

<sup>13</sup> Adota-se aqui a crítica realizada por Martin Heidegger (1999) em relação à metafísica, ou seja, o modo de pensar que não logrou manter-se no nível da pergunta pelo sentido e do modo de ser fenomenológico da compreensão. A concepção metafísica foi determinante para que a indagação

pelo fundamento das coisas do mundo da vida fosse aprisionada no âmbito da lógica formal. Ultrapassar o pensar metafísico importa problematizar a questão do fundamento no plano ontológico. A metafísica, portanto, labora a compreensão a partir de um elemento fundante que sequer é questionado, problematizado, conforme será examinado no item nº 3.

<sup>14</sup> Estabelecendo um paralelo com o dinheiro o autor alude que, “quando os indivíduos usam o dinheiro, eles sabem muito bem que não há nada de mágico nisso – que o dinheiro, em sua materialidade, é simplesmente uma expressão de relações sociais. Assim, no plano do dia-a-dia, os indivíduos sabem muito bem que há relações entre pessoas por trás das relações entre as coisas. O problema é que, em sua atividade social, naquilo que fazem, eles agem como se o dinheiro, em sua realidade material, fosse encarnação imediata da riqueza como tal. Eles são fetichistas na prática, e não na teoria. O que ‘não sabem’, o que desconhecem, é o fato de que, em sua própria realidade social, em sua atividade social – no ato de troca da mercadoria – estão sendo guiados pela ilusão fetichista.”

<sup>15</sup> Logo, para o autor, “o nível fundamental da ideologia, entretanto, não é de uma ilusão que mascare o verdadeiro estado de coisas, mas de uma fantasia (inconsciente) que estrutura nossa própria realidade social”. Os operadores jurídicos não sabem que sua própria realidade social e que sua atividade são guiadas por uma ilusão, por uma inversão fetichista. Eles sabem muito bem como as coisas realmente são, mas continuam a agir como se não soubessem. A fantasia ideológica permeia as relações do Juiz, Promotor e Advogado. Outrossim, poderia ser dito que a dogmática jurídica contribui para que ocorra essa inversão fetichista, por e na medida em que ela própria é fruto dessa inversão.

<sup>16</sup> Nas rodas tibetanas de orações, escreve-se uma oração em um pedaço de papel, coloca-se o papel enrolado numa roda e gira-se automaticamente sem pensar. Assim, a própria roda gira por mim, em meu lugar, ou seja, eu rezo por intermédio da roda. O bom é que, em minha interioridade psicológica, eu posso ter os pensamentos mais obscenos e isso não terá importância, pois a roda continuará girando e eu estarei rezando.

<sup>17</sup> Por meio da concepção de fundamento último, a compreensão é calcada em um determinado ponto de partida que não comporta nada que esteja além dele. Com relação à compreensão auto-referencial, somente se mostra como um conhecimento válido, legítimo, aquele produzido desde os seus próprios enunciados, a partir dos quais pode-se determinar a verdade dos entes em sua exatidão. Não deixa de ser uma clara representação do mito da caverna, pois há uma compreensão que se encontra “no fundo da caverna”, portanto, obscu-

ra, devendo caminhar para o lado, o mundo das idéias, a fim de que possa realmente atingir aquilo que se deve compreender. No fundo da caverna há apenas sombras e no lado externo estão os entes jurídicos propriamente ditos, sendo imprescindível percorrer o caminho para poder atingir esse “verdadeiro mundo”. No pensamento da dogmática de cunho metafísico, o seu ponto fundante representa a direção a ser seguida para atingir-se o “verdadeiro conhecimento”, o mundo no qual o homem realmente poderá ver aquilo que é exato.

<sup>18</sup> A Teoria dos Indícios Formais tem sido exposta por Ernildo Stein (2002), bem como por Lenio Luiz Streck (2004) sobre a sua aplicação no Direito. Na primeira obra, o autor traz um texto fundamental para a compreensão da Teoria dos Indícios Formais, *Os Indícios Formais e a Base Não-Inferencial para o Conhecimento*, relatando que a introdução dos existenciais pode ser feita, exatamente, com a descrição dos indícios formais. Trata-se de um pensamento não objetificador, pois não há um universo pronto, chegando-se aos indícios formais fenomenologicamente. Descrever os indícios formais, com efeito, importa buscar as diversas características do *Dasein* e que revelam o próprio modo de ser no mundo (STEIN, 2002, p. 160). Assim, refere expressamente, “o existencial é posto no lugar do transcendental como elemento organizador. O existencial não é uma simples remissão ao empírico, ao existente – os espanhóis traduzem por existivo –, mas é uma dimensão que não tem justamente esse caráter de categoria, mas de qualidade existencial” (STEIN, 2002, p. 160-61). A tarefa do intérprete passaria pela necessária descrição dos indícios formais como modo de chegar ao máximo número de atos exercidos e que, dentro da perspectiva fenomenológica, são as dimensões existenciais (STEIN, 2002, p. 163). Vale aduzir, é imperioso para este pensar o que Heidegger chamou de educação fenomenológica, pois esse exercício do descrever fenomenológico importa em possibilitar ver aquilo que normalmente está encoberto. Aqui entra em jogo o caráter ambivalente do estar encoberto e aquilo que se mostra. Segundo Heidegger, a fenomenologia é o exercício de tentar mostrar, naquilo que se mostra, aquilo que de si não se mostra e que, só num exercício de explicitação dos indícios formais, irá mostrar-se” (STEIN, 2002, p. 164). Este, portanto, seria o significado de ir às coisas mesmas possibilitado pela Teoria dos Indícios Formais.

<sup>19</sup> É importante salientar que o critério do serviço público foi de grande importância para o desenvolvimento do direito administrativo em França, considerando a existência do Conselho de Estado, órgão encarregado de dirimir os conflitos entre cidadãos e a Administração Pública. Com efeito, determinar a competência do Conselho de Estado ou dos órgãos do Poder Judiciário, incumbidos de

resolver lides privadas, seria crucial. Como o Brasil não adota o sistema de justiça administrativa ou do contencioso administrativo, esse debate não possui similar repercussão.

<sup>20</sup> Conforme Fernando Garrido Falla (1994, p. 114), “definimos el Derecho administrativo como aquella parte del Derecho público que regula la organización y el funcionamiento del Poder ejecutivo y sus relaciones con los administrados, así como la función administrativa de los diversos Poderes y Organos constitucionales del Estado”.

<sup>21</sup> No âmbito da doutrina pátria, Meirelles (1995, p. 29) define o direito administrativo como um “conjunto harmônico de princípios que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar, direta e imediatamente, os fins desejados pelo Estado”. Para Di Pietro (2002, p. 52), é “o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública”. No entendimento de Mello (2003, p. 35), “o direito administrativo é o ramo do direito público que disciplina a função administrativa e os órgãos que a exercem”.

<sup>22</sup> A chamada Teoria dos Indícios Formais é fundamental para melhor compreender as condições de possibilidade de ultrapassar um modo de pensar metafísico, formalista e objetificador, ou seja, o pensamento que tudo quer abarcar. Refere expressamente: “Onde temos os indícios formais não temos o todo da coisa, temos os elementos formais que remetem a algo que pode estar disperso na condição humana. Dela apanhamos aspectos limitados, mas não o todo da condição humana. Como nunca conseguimos completar a exposição dos indícios formais, nunca acabamos a analítica existencial. Ela é a caminho, sempre um processo em formação”. (STEIN, 2002, p. 166).

<sup>23</sup> Aliás, de uma certa maneira, Clève (1988, p. 72) já destacava essa crítica, referindo, em geral, à preponderância de uma postura kelseniana para compreender o direito administrativo privilegiando o aspecto das normas, identificando-o mais como tecnologia: “o direito administrativo, então, é um saber, uma tecnologia, localizando-o num terreno teórico que não se confunde com o território delimitado das ciências. Esta tese contraria boa parte da produção jurídico-administrativa dominante”.

## Referências

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. v. 1.

- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1994.
- CALVO GARCIA, Manuel. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madri: Tecnos, 1994.
- CARRILHO, Manuel Maria. *Verdade, suspeita e argumentação*. Lisboa: Presença, 1995.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Elementos para um discurso de conceituação do direito administrativo*. Campinas: JULEX, 1988.
- COELHO NETO, J. Teixeira. *Semiótica, informação e comunicação*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Madri: Trotta, 1999. 180 p.
- \_\_\_\_\_. *Derecho y razón*. Madri: Trotta, 1995.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. 5. ed. Salamanca: Sígueme, 1993. v. 1.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madri: Civitas, 1995. v. 1.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. Madri: TECNOS, 1994. v. 1.
- GUIGNON, Charles B. *Introdução ao poliedro Heidegger*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.
- HEIDEGGER, Martin. *Introducción a la filosofía*. Madri: Frónesis, 1999.
- KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: \_\_\_\_\_. *Introdução à filosofia do direito e a teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1995.
- MAYER, Otto. *Drecho administartivo alemán*. Buenos Aires: De Palma, 1982. Tomo I.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MICHELAZZO, José. *Do um como princípio ao dois como unidade: Heidegger e a reconstrução ontológica do real*. São Paulo: FAPESP; Annablume, 1996.
- SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*. 3. ed. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 2000. v. I.
- STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: UNIJUÍ, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- VEDEL, George; DELVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Paris: PUF, 1992. Tome 1.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução ao estudo do direito I: interpretação da lei, temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. v. 2.
- WEIL, Prosper. *O direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1977.
- ZIZEK, Slavoj. Como Marx inventou o sintoma. In: \_\_\_\_\_. *Um mapa da ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996b.
- \_\_\_\_\_. O espectro da ideologia. In: \_\_\_\_\_. *Um mapa da ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996a.

