

NESTA EDIÇÃO:

A APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO PÚBLICO NO CONTROLE DA ATIVIDADE POLICIAL



REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, INFRAESTRUTURA,
REGULAÇÃO E COMPLIANCE

• RDAI 29

ANO 8 • n. 29 • abr./jun. • 2024

*Journal of Administrative Law, Infrastructure,
Regulation and Compliance*

N. 8 • ISSUE 29 • Apr./Jun. • 2024

LIMITES IMPOSTOS PELO DIREITO BRASILEIRO À DESIGNAÇÃO DE RECURSOS HUMANOS
PARA ATUAR EM LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

COORDENAÇÃO

**AUGUSTO NEVES DAL POZZO E
RICARDO MARCONDES MARTINS**



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

TEORIA DEÔNTICA DA JUSTIÇA – PARTE I: JUSTIÇA NA DOGMÁTICA ANALÍTICA

DEONTIC THEORY OF JUSTICE – PART I: JUSTICE IN ANALYTICAL DOGMATICS

RICARDO MARCONDES MARTINS

Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP.
Professor de Direito Administrativo da PUC-SP.
ricmarconde@uol.com.br

Orcid: [<https://orcid.org/0000-0002-4161-9390>].
DOI: [<https://doi.org/10.48143/rdai.29>].

Recebido: 15.12.2023. Received: Dec. 15th, 2023
Aprovado: 15.02.2024. Approved: Feb. 15th, 2024

ÁREA DO DIREITO: Fundamentos do Direito

RESUMO: Este estudo examina a justiça na dogmática analítica, na ciência do direito como teoria da norma. Normas intoleravelmente injustas são normas juridicamente inexistentes. Utilizou-se a teoria pragmática da norma jurídica para explicar a inexistência normativa decorrente da intolerável injustiça. Essa intolerabilidade pode ocorrer implicitamente, pelo abuso do exercício da autoridade, ou explicitamente, pelo próprio conteúdo normativo. O conteúdo é intoleravelmente injusto quando configurar uma violação não justificável do núcleo essencial de um direito humano básico. Regra geral, essa violação é intuitiva por violação da consciência coletiva decorrente da não efetividade normativa, o que faz com que o pressuposto da não concretização de intolerável injustiça seja desnecessário. Quando não houver consciência coletiva sobre a intolerável injustiça ou quando essa consciência se configurar após a edição da norma, o pressuposto é útil, caso em que são invocáveis as duas leis doutrinárias da intolerável injustiça.

ABSTRACT: This study examines justice in analytical dogmatics, in the science of law as a theory of norms. Intolerably unjust norms are legally nonexistent norms. The pragmatic theory of legal norms is used to explain normative non-existence resulting from intolerable injustice. This intolerability can occur implicitly through the abuse of authority or explicitly through the normative content itself. The content is intolerably unjust when it constitutes an unjustifiable violation of the core essence of a basic human right. Generally, this violation is intuitive due to the breach of collective consciousness resulting from normative ineffectiveness, rendering the assumption of the non-realization of intolerable injustice unnecessary. When there is no collective awareness of intolerable injustice or when this awareness arises after the issuance of the norm, the assumption is useful, in which case the two doctrinal laws of intolerable injustice are invocable.

PALAVRAS-CHAVE: Intolerável injustiça – Existência e validade normativas – Abuso de autoridade – Invalidez pragmática – Invalidez sintática – Direito de resistência ativa e passiva.

KEYWORDS: Intolerable injustice – Normative existence and validity – Abuse of authority – Pragmatic invalidity – Syntactic invalidity – Right of active and passive resistance.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Justiça e ciência jurídica. 3. Justiça: uma virtude humana. 4. Justiça e os três modelos dogmáticos. 5. Existência e validade. 6. Justiça na teoria da norma: a existência normativa. 6.1. Pretensão de justiça e contradição performativa. 6.2. Pragmática da injustiça intolerável. 6.3. Conteúdo da injustiça intolerável. 6.4. Injustiça intolerável e a consciência coletiva. 6.5. Mínima eficácia social. 6.6. Autonomia da injustiça intolerável. 7. Conclusões. 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO¹

Apresentou-se no número 28 da RDAI as linhas mestras de uma *teoria deôntica da justiça*. Ali se afirmou a pretensão de examinar o tema sob a perspectiva jurídica. Abdicou-se textualmente da pretensão de escrever sobre filosofia ou sobre religião. Não se apresentou, assim, um estudo de *teodiceia*² e, por isso, não se concluiu que a justiça está em Deus. Este estudo pretende retomar a teoria ali exposta para aclará-la e aprofundá-la.

O estudo apresentado, e que ora se aprofunda, consiste em um estudo *dogmático*. O que significa *dogmática jurídica*? “Dogma” vem de *dokein*, que significa ensinar, doutrinar³. Tercio Sampaio Ferraz Jr. informa que o pensamento jurídico dogmático se desenvolveu na Idade Média, por influência da Igreja, tendo por base o princípio da proibição da negação dos pontos de partida das séries argumentativas⁴.

1. Como citar este artigo | *How to cite this article*: MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria deôntica da justiça – Parte I: justiça na dogmática analítica. *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance* | RDAI, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 27-75, abr.-jun. 2024. DOI: [https://doi.org/10.48143/rdai.29.martins].
2. Régis Jolivet define *Teodiceia* como “ciência de Deus pela razão”. (JOLIVET, Régis. *Curso de filosofia*. Trad. Eduardo Prado de Mendonça. 16. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1986. p. 287). E a diferencia da *Teologia*: “A Teodiceia é então uma ciência racional; quer dizer que não recorre senão às luzes da razão natural. Difere por isso da Teologia, que toma por primeiros princípios, não os princípios da razão, mas os dados da Revelação”. (Idem).
3. Cf.: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 41. Para Kant *dogma* consiste “numa proposição sintética diretamente derivada de conceitos” (*Crítica da razão pura*. Trad. Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 442).
4. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 39. Nesse sentido, afirma Arthur Kaufmann: “El dogmático parte de presupuestos

eficácia social. Por força do primeiro caso, vigora a primeira lei da intolerável injustiça: quanto maior for a dúvida sobre a intolerabilidade da injustiça, maior será o peso das razões contrárias à sua caracterização. Por força do segundo caso, vigora a segunda lei da intolerável injustiça: quanto mais fraca a consciência coletiva sobre a intolerável injustiça na época da edição da norma, maior o peso das razões contrárias à sua caracterização.

13. Existem dois tipos de fraqueza da consciência coletiva: a fraqueza relativa à consciência local e a fraqueza relativa à consciência global. Quanto maior for o acesso à cultura global, menos força terá a fraqueza relativa à consciência local; quanto menor o acesso à cultura global, mais força terá a fraqueza relativa à consciência local. Essa proporção deve ser observada quando da aplicação da segunda lei da intolerável injustiça.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Vocabulário ortográfico da língua portuguesa*. 6. ed. Disponível em: [www.academia.org.br/nossa-lingua/vocabulario-ortografico]. Acesso em 10.11.2023.
- ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José Antonio Seoane. Granada: Comares, 2005.
- ALEXY, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. Trad. A. Daniel Oliver-Lalana. *Doxa*, Alcante, n. 23, p. 197-230, 2000. Disponível em: [www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml]. Acesso em: 10.11.2023.
- ALEXY, Robert. A crítica de Bulygin ao argumento da correção. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *Direito, moralidade e positivismo*. SERBENA, Cesar Antonio e ROBL FILHO, Ilton Norberto (Coord. e revisão técnica). Curitiba: Juruá, 2017. p. 79-96.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini. 3. ed. Bauru: Edipro, 2009.
- ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1968.
- AUSTIN, John. L. *Cómo hacer cosas con palabras*. Traducción Genaro R. Carrió e Eduardo A. Rabossi. Barcelona: Paidós, 1971.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Poder constituinte. *Revista de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, n. 4, p. 69-103, jan.-jun. 1985.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente. *Revista Trimestral de Direito Público (RTDP)*, São Paulo, v. 23, p. 12-23, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Criação de secretarias municipais: inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 3, n. 11, p. 433-439, out.-dez. 2019.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- BÍBLIA SAGRADA: edição ecumênica. Trad. Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Rio de Janeiro: Balsa, 1974.
- BRAVO, Gian Mario. Anarquismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varrialle et al. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. v. 1. p. 23-29.
- CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Comentando as licitações públicas*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002.
- CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Teoria do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Do desafio kelseniano à ruptura anticientificista. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Org.). *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 235-252.
- COPI, Irving Marmer. *Introdução à lógica*. Trad. Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.
- DAL POZZO, Antonio Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Diálogos sobre teoria geral do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. *A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2020.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal – v. 5: arts. 121 a 136*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- JOLIVET, Régis. *Curso de filosofia*. Trad. Eduardo Prado de Mendonça. 16. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1986.
- JUNG, Carl Gustav. *Psicologia do inconsciente*. 11. ed. Trad. Maria Luiza Appy. Petrópolis: Vozes, 1998.
- JUNG, Carl Gustav. *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*. Trad. Maria Luiza Appy e Dora Mariana R. Ferreira da Silva. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*. Traducción Luis Villar Borda e Ana María Montoya. 2. ed. 1. reimpr. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.
- LOCKE, John. *Segundo tratado do governo civil*. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Coleção Os Pensadores).
- LUHMANN, Niklas. *Poder*. Traducción de Luiz Mónica Talbot e Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana, 1995.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Trad. Antonio C. Luz Costa et al. Petrópolis: Vozes, 2016.
- MANUEL TERÁN, Juan. *Filosofía del derecho*. 19. ed. México: Porrúa, 2007.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Racionalidade e sistema normativo: na teoria pura e na teoria pragmática do direito. *Revista trimestral de direito público (RTDP)*, São Paulo, v. 47, p. 174-208, 2004.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Reexame da teoria dos atributos do ato administrativo. *Revista Brasileira de Infraestrutura (RBRINF)*, Belo Horizonte, ano 6, n. 12, p. 11-43, jul.-dez. 2017.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da colaboração e exercício da advocacia. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI)*, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 73-99, jul.-set. 2018.

- MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 2. p. 135-164, maio-ago. 2018.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Poder Judiciário e estado de exceção: direito de resistência ao ativismo judicial. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 457-487, maio-ago. 2021.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo: Ato administrativo e procedimento administrativo*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2022. v. 5. p. 33 a 409.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Hermenêutica constitucional. *Revista de direito administrativo e infraestrutura – RDAI*. São Paulo, ano 07, n. 27, p. 83-142, out.-dez. 2023.
- MATURANA ROMESÍN, Humberto; VARELA G., Francisco. *De máquinas y seres vivos – autopoiesis: la organización de lo vivo*. 6. ed. Buenos Aires: Lumen, Editorial Universitaria, 2004.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1996. v. 1.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1.
- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- PASSERON, Jean-Claude; BOURDIEU, Pierre. *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. 2. ed. Trad. Reynaldo Bairão. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. Justiça arquetípica instinto, intuição e sentimento de justiça – a consciência da justiça. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Um diálogo sobre a justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 93-148.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. 1, 2, 4 e 5.
- PRÉ-SOCRÁTICOS. *Fragmentos, doxografia e comentários*. Seleção de textos José Cavalcante de Souza. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- RADBRUCH, Gustav. Arbitrariedad legal y derecho suprallegal. In: RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y derecho*. Traducción Luis Villar Borda. Bogotá: Temis, 1999. p. 25-42.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 30. ed. São Paulo: Cultrix, 2008.
- STEFANELLO, Carla Marli Adiers. *Da competência comunicativa à lingüística-discursiva: implicações para o ensino e aprendizagem da língua estrangeira*. Dissertação de mestrado. Passo Fundo, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade de Passo Fundo, 2007. 150f.

- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*. Traducción Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: ARA, 2005.
- THOREAU, Henry David. *A desobediência civil*. Trad. Sergio Karam. Porto Alegre: L&PM, 1997.
- WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. *Pragmática da comunicação humana*. Trad. Álvaro Cabral. 21. ed. São Paulo: Cultrix, 2010.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. Marcos G. Montagnoli. 4. ed. Bragança Paulista: Editora Universidade São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2005.



PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Fundamentos do Direito

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- A construção dogmática da função política da justiça constitucional, de Anderson Medeiros Bonfim – RDCI 82/177-210.