

## **Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados segundo as concepções da relação entre linguagem e mundo no *Tractatus Lógico-Philosophicus* e nas investigações filosóficas de Wittgenstein<sup>1</sup>**

**Juliana Brina Corrêa Lima de Carvalho<sup>2</sup>**

### **Resumo**

---

O presente artigo pretende analisar as concepções de Ludwig Wittgenstein acerca da relação entre linguagem e mundo expostas nas obras *Tractatus Lógico-Philosophicus* e *Investigações Filosóficas*, com o intuito de, por meio delas, analisar o problema da aplicação de normas jurídicas dotadas de conceitos ditos indeterminados, tendo em vista a precisa delimitação do que se deve entender como âmbito de atuação discricionária do administrador. Na análise de tal objeto, o artigo obedeceu ao processo de estudo monográfico e trabalhou com dados secundários, consubstanciados na bibliografia nacional e estrangeira, por meio de investigação de tipo teórico e comparativo. Inicialmente, serão expostas as concepções acerca da relação entre linguagem e mundo nas duas fases do pensamento de Wittgenstein. Em seguida, serão delineados os entendimentos a respeito do conceito de discricionariedade e sua relação com a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Após, procurar-se-á identificar se tais posicionamentos se inserem na perspectiva essencialista do *Tractatus* ou na pragmática das *Investigações*. Por fim, far-se-á uma leitura pragmática do problema, de forma a se delimitar o âmbito de atuação discricionária do administrador na aplicação de conceitos ditos indeterminados e a se determinar, portanto, a extensão do controle judicial dos atos administrativos.

**Palavras-chave:** Conceitos jurídicos indeterminados. Discricionariedade. Linguagem. Pragmatismo.

---

<sup>1</sup> Discretionary Power and Indeterminate Legal Concepts according to the relationship between Language and World exposed in the work *Tractatus Logico-Philosophicus* and in the Philosophical Investigations of Wittgenstein.

<sup>2</sup> Aluna dos curso de extensão em Direito Constitucional e em Direitos Humanos em Harvard University. Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG (2009). Aluna do curso de Especialização em Direitos Humanos, Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG (2011). Especialista em Controle da Administração Pública pela Universidade Gama Filho – UGF (2005). Assessora no Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais – TRE/MG.

### **Abstract**

---

This article aims to analyze the ideas of Ludwig Wittgenstein about the relationship between language and world exposed in the work *Tractatus Logico-Philosophicus* and in the Philosophical Investigations, in order to analyze the problem of application of legal norms endowed with so-called indeterminate concepts, in view of the precise definition of what should be understood as part of discretionary action by the administrator. In the analysis of such an object, the work followed the process of monographic study and worked with secondary data, embodied in national and foreign bibliography, through comparative theoretical research. Initially, the central concepts about the relationship between language and world in both phases of Wittgenstein's thought will be presented. Then the notions of discretionary power will be outlined, as well as the relation between discretion and the application of the so-called indeterminate legal concepts. After that, the article will identify whether such notions fall into the essentialist perspective of the *Tractatus* or into the Investigations pragmatic. Finally, the work will approach a pragmatic reading of the problem in order to define the scope of the administrator discretion in applying indeterminate concepts, and therefore to define the extent of judicial control of administrative acts.

**Keywords:** Indeterminate legal concepts. Discretionary Power. Language. Pragmatism.

### **Introdução**

A conformação do que se reputa como vinculação e discricionariedade e, portanto, do que se considera como legalidade é curial para o deslinde dos confins do controle jurisdicional dos atos administrativos. No Brasil, recorde-se, vigora o sistema de jurisdição única, de sorte que assiste ao Poder Judiciário decidir, de forma definitiva, toda e qualquer controvérsia concernente à adequada aplicação do Direito a um caso concreto. Quando a conduta administrativa insere-se, porém, dentro do âmbito da discricionariedade, entende a doutrina majoritária que não pode o juiz substituir-se ao administrador público, sob pena de violar o princípio constitucional da separação dos Poderes.

Embora reconheçam a necessidade de controle da legalidade dos atos administrativos, a doutrina e a jurisprudência pátrias ainda divergem quanto à determinação do conteúdo de tal controle, especialmente quando tais atos são regidos por normas dotadas de conceitos indeterminados.

Tem-se, pois, como objeto da presente monografia, a análise das concepções de Ludwig Wittgenstein acerca da relação entre linguagem e mundo, com o intuito de, por meio delas, analisar o problema da aplicação de normas jurídicas dotadas de conceitos indeterminados, tendo em vista a precisa delimitação do que se deve entender como âmbito de atuação discricionária do administrador.

Inicialmente, serão expostas as noções centrais acerca das concepções da relação entre linguagem e mundo do *Tractatus Logico-Philosophicus* e das Investigações Filosóficas. Em seguida, serão delineados os posicionamentos dos administrativistas a respeito dos conceitos de vinculação e discricionariedade, bem como acerca da incidência ou não desta na aplicação de conceitos jurídicos ditos indeterminados. Após, procurar-se-á identificar se tais entendimentos se inserem na perspectiva essencialista do *Tractatus* ou na pragmática das Investigações. Por fim, far-se-á uma leitura pragmática do problema, de forma a se delimitar o âmbito de atuação discricionária do administrador na aplicação de conceitos ditos indeterminados e a se definir, portanto, a extensão do controle judicial dos atos administrativos.

## **1 Linguagem e mundo em Wittgenstein**

### **1.1 *Tractatus Logico-Philosophicus***

A concepção *tractatiana* de linguagem parte do pressuposto de que esta é figuração lógica dos fatos, ou seja, é modelo da realidade tal como a pensamos. O mundo é concebido como a totalidade dos fatos. Um fato, por sua vez, é a subsistência de estados de coisas.

Nomes são elementos simples que preenchem proposições elementares e possuem denotação. Somente a proposição possui sentido. Os nomes, de sua parte, representam objetos. Estes são os elementos simples da realidade e compreendem a denotação de um nome. A combinação de objetos constitui um estado de coisas simples, que, por sua vez, é representado por uma proposição elementar. Esta é elemento constitutivo de outras proposições não-elementares. A linguagem é a totalidade das proposições e, similarmente, o mundo é a totalidade de estados de coisa. A essência da proposição participa da essência do

mundo, ou seja, a função primordial da linguagem é representar fielmente a realidade, tal como se fosse um ‘espelho’ desta.

Existe uma ordem *a priori* e comum à linguagem e ao mundo, a qual garante a possibilidade de este ser representado e pensado. Esse elemento comum às estruturas de mundo e linguagem é a lógica. Esta é a essência do mundo (CONDÉ, 1998, p. 52). Entre a proposição e a realidade por ela figurada há uma correspondência biunívoca, de forma que, para cada elemento no domínio da segunda há outro correspondente no domínio da primeira.

Há, pois, isomorfismo, relação simétrica, similaridade estrutural entre a proposição e o estado de coisas. Para cada elemento presente no domínio da realidade, há um elemento correspondente no domínio da linguagem. “Com efeito, se as proposições representam estados de coisas, elas estão em relação interna com esses estados de coisas que representam, vale dizer, a estrutura interna da proposição relaciona-se com a estrutura interna dos estados de coisas” (CONDÉ, 1998, p. 54).

Por meio da análise da estrutura lógica da linguagem podemos compreender a estrutura lógica do mundo e vice-versa. A forma lógica permite tal reciprocidade entre ambos. A forma lógica não é uma estrutura especificamente subjetiva ou intersubjetiva; ela constitui a estrutura objetiva comum à proposição e à realidade, e sem a qual nenhuma representação é possível. A lógica é, pois, transcendental: é a condição de possibilidade do mundo (CONDÉ, 1998, p. 67).

Destarte, uma proposição apenas pode ser considerada verdadeira ou falsa ao ser contrastada com a realidade. Não há proposições verdadeiras *a priori*, uma vez que é necessário averiguar o estado de coisas por ela representado para se aferir o valor de verdade que ela possui. A significação relaciona-se, assim, com a denotação de um objeto.

Neste viés, o *Tractatus* propõe um tipo de linguagem com pretensões de validade universal. Entretanto, tal obra estabelece também que o pensamento e a linguagem possuem limites, e que há coisas para além do cognoscível. Este, por sua vez, restringe-se aos limites do dizível. A transcendência é condição de possibilidade da linguagem, mas não pode ser expressa por ela.

## 1.2 Investigações Filosóficas

A nova concepção *wittgensteiniana* presente nas Investigações Filosóficas substitui pela ideia de interação a noção de representação do mundo por meio da linguagem. Segundo tal concepção, não se deve perquirir uma suposta essência oculta na linguagem, mas somente compreender seus diversos usos. Deve-se evitar uma atitude essencialista/ semântica, e buscase, pois, adotar uma postura pragmática.

Postula-se não haver uma linguagem universal, mas simplesmente uma variedade de usos compreendidos como jogos de linguagem, os quais possuem semelhanças em comum, como os membros de uma família. Os múltiplos jogos de linguagem constituem-se como formas de vida.

O uso, nessa obra, relaciona-se com o conceito de significação:

A significação de uma palavra é dada a partir do uso que dela fazemos em diferentes situações e contextos. [...] Com efeito, se a mesma expressão lingüística for usada de outra forma ou em outro contexto, sua significação poderá ser outra, [...] dependendo do uso no novo contexto e das relações pragmático-lingüísticas exigidas por ele (CONDÉ, 1998, p. 89).

A significação de uma expressão, pois, não se restringe a denominar objetos, mas compreende também sua operacionalização por meio de regras gramaticais. Aprender a significação de uma expressão assemelha-se a aprender um exercício determinado. É aprender a operar corretamente com uma expressão equivalente a tal significação (CONDÉ, 1998, p. 112).

Cada mudança na regra, surgida da prática da linguagem, enseja, portanto, uma mudança de uso e de significação. De acordo com essa perspectiva pragmática, não é necessário haver correspondência entre palavras e objetos, na medida em que a significação não se limita exclusivamente à denominação destes e abrange a operação com expressões. Significações lingüísticas são, portanto, fenômenos sociais. Elimina-se, assim, a dicotomia entre os fatos e a representação destes, visto que a linguagem passa a ser concebida como forma de interação no mundo e deixa de ser pensada como mero 'espelho' dos estados de coisa (CONDÉ, 2004, p. 82).

Destarte, sendo a significação produto do uso, ela não compreende uma essência invariável, mas modifica-se a cada uso feito da linguagem. Inexistem essências transcendentais e intermediárias em relação aos signos e aos fatos. Não cabe fazer perguntas metafísicas do tipo “o que é...?”, mas apenas analisar como são usadas as expressões em diferentes contextos linguísticos. O jogo de linguagem envolve expressões e atividades às quais aquelas se interligam. Neste viés, “o sentido verdadeiro (enquanto algo fundamentado *a priori*, portador de uma essência) não existe, toda significação é constituída pela e na pragmática da linguagem (...)” (CONDÉ, 2004, p. 27).

O uso processa-se de acordo com determinadas regras e, de outra parte, institui novas regras, as quais se encontram, pois, em fluxo contínuo. Elas regulam a dinâmica entre uso e contexto e compõem a gramática.

As regras da gramática relacionam-se com as formas de vida, de maneira que se pode dizer que a linguagem emerge destas. Nas palavras de Wittgenstein, “(...) representar uma linguagem significa representar-se uma forma de vida.” (WITTGENSTEIN, 1979, p. 15, item 19)

Praticar um jogo de linguagem é, nesse sentido, parte de uma forma de vida. As regras são, pois, convenções surgidas da prática social e poderiam ser diferentes se tal prática fosse diversa. Elas são criadas pelo uso e, simultaneamente, são referências para tal uso.

Ao analisarmos os fatos, não estamos lidando com estes em si mesmos, mas com o emprego de uma palavra. Não se pode ter contato direto com os fatos, visto que nossa concepção acerca destes é feita a partir dos jogos de linguagem de uma determinada forma de vida e da gramática.

A lógica, nesse sentido, constitui a própria gramática da linguagem, ou seja, se expressa nas regras da gramática. Esta determina, pois, o que tem ou não sentido. O que faz sentido em uma gramática dada depende das convenções que constituem aquela gramática (CONDÉ, 1998, p. 110).

A gramática constrói os critérios a partir dos quais se elaboram nossos julgamentos. Segundo Wittgenstein, “(...) depende inteiramente de nossa gramática o que é (logicamente) dito possível e o que não é (...).” (WITTGENSTEIN, 1979, p. 144, item 520).

Em outro trecho, temos que “correto e falso é o que os homens dizem; e na linguagem os homens estão de acordo. Não é um acordo sobre as opiniões, mas sobre o modo de vida” (WIITGENSTEIN, 1979, p. 94, item 241).

Dessa forma, a lógica não é universal, visto que é intrínseca às linguagens, as quais são múltiplas e particulares. A lógica, portanto, emerge da gramática, advém do consenso, da *praxis* social comum, no uso de expressões em uma determinada forma de vida. “Em última instância, a linguagem repousa na “forma de vida” (I.F. 240), e não em uma categoria metafísica” (CONDÉ, 1998, p. 125).

Se os fatos fossem outros, outros seriam os jogos de linguagem. A noção de necessidade lógica é, nesse viés, apenas uma convenção formulada a partir de regras gramaticais que expressam um hábito no interior de uma forma de vida particular, e não uma essência metafísica e universal do mundo.

Não é, pois, a partir do mundo que se constrói a linguagem, mas a partir desta constrói-se o mundo. Os mecanismos que regem a intelegibilidade dos fatos são pragmáticos.

Isso significa que as instituições refletem formas de vida positivadas culturalmente, bem como que as regras são arbitrárias, no sentido de que são construídas a partir da *praxis*. O fundamento do conhecimento encontra-se na ação e não na essência transcendental ou empírica. A explicação de um fato não consiste em uma descoberta feita de um ponto de vista abstratotranscendental, mas em uma criação, uma construção históricossocial. A linguagem, portanto, não espelha o mundo, mas o constrói.

## **2 Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**

Segundo Eduardo García de Enterría, há duas formas pelas quais a lei pode atribuir poderes administrativos: a) a determinação exaustiva de todas as condições de exercício do poder – poderes vinculados; b) a determinação de apenas algumas dessas condições, remetendo as demais à apreciação da Administração Pública – poderes discricionários (ENTERRÍA, 1991, p. 388-389).

No exercício das primeiras (a), segundo tal autor, dá-se um processo aplicativo da lei, consistente na verificação da ocorrência da hipótese de fato, para contrastá-la com o tipo legalmente definido; uma vez constatada a ocorrência da hipótese prevista, deve o ato ser emitido nos exatos termos em que foi configurado pela norma. No exercício das últimas (b), o administrador completa o quadro regulador das condições de exercício do poder.

Para o autor, a discricionariedade só existe, pois, na medida em que a lei a tenha disposto nunca poderá se referir à totalidade dos elementos do exercício do poder. É definida como margem de liberdade conferida ao administrador para que escolha, com base em critérios extrajurídicos, entre alternativas que se constituem como indiferentes jurídicos, por atenderem, na mesma medida, ao escopo legal.

Na mesma esteira, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que há discricionariedade quando o regramento legal, por não atingir todos os aspectos do ato administrativo, faz remanescer certa margem de decisão diante do caso concreto, de modo que o administrador possa, com base em critérios de oportunidade e conveniência, escolher entre uma pluralidade de soluções válidas juridicamente (DI PIETRO, 2001, p. 66).

Nessa linha, na lição de Florivaldo Dutra de Araújo, haverá discricionariedade:

[...] sempre que a norma de direito positivo regulá-lo [o ato administrativo] de modo a transparecer que, na apreciação do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, está o administrador diante de um número determinado ou indeterminado de opções que se caracterizam como indiferentes jurídicos, pelo que a consideração axiológica da melhor alternativa se fará por meio de outros critérios que não de direito (ARAÚJO, 1992, p. 86-87).

Relembrando as noções trazidas por Wittgenstein nas Investigações Filosóficas e aplicando-as ao conceito de discricionariedade, deve-se, inicialmente assinalar que, para tal pensador, as regras da gramática determinam os critérios de julgamento do que é correto ou não. A lei, portanto, consubstancia um conjunto de regras gramaticais legitimadas e operacionalizadas por meio do aparato coercitivo do Estado em uma determinada forma de vida.

Nesse sentido, a lei abarca os critérios de julgamento de uma dada gramática que foi socialmente legitimada em certo contexto histórico. A discricionariedade seria, pois, a abertura concedida pela “gramática legalizada” para que o administrador público atue segundo critérios fornecidos por “gramáticas não-legalizadas”, critérios extralegais. Isto se dá nos casos em que, mesmo obedecidos todos os critérios de julgamento fornecidos pelas regras da “gramática legalizada”, reste uma pluralidade de opções de decisão para o agente público. Neste caso, o agente, ao decidir, escolherá uma das opções dadas pela lei, com base em critérios presentes em regras gramaticais não-legalizadas.

A vinculação, por sua vez, corresponderia ao “núcleo duro” da gramática consubstanciada na lei, ou seja, abarcaria os casos em que, obedecidos todos os critérios de julgamento fornecidos legalmente, restar apenas uma decisão a ser tomada pelo administrador.

Diferentemente dos juristas mencionados anteriormente, Celso Antônio Bandeira de Mello postula que a discricionariedade e a pluralidade de alternativas de decisões administrativas igualmente cabíveis ocorrem nas hipóteses em que a mente humana é incapaz de apreender uma solução ótima, por serem admissíveis, do ponto de vista lógico, ao menos, dois pontos de vista sobre determinada matéria, de forma que se mostre inviável a eliminação da subjetividade na escolha entre eles (BANDEIRA DE MELLO, 2003, p. 42-44).

De outro lado, sempre que a inteligência humana possa acordar sobre a admissibilidade de apenas uma solução para o caso concreto, deverá o administrador adotar tão-somente esta solução (BANDEIRA DE MELLO, 2003, p. 42 - 44).

Para o Bandeira de Mello, portanto, a discricionariedade é ensejada não só por meio de uma abertura gramatical (uma autorização da própria gramática legal), mas também pela dificuldade de o agente figurar uma solução universal para o caso.

Nesse sentido, sustenta tal autor que, quando a lei se vale de conceitos plurissignificativos, ter-se-ia discricionariedade administrativa. “Isto porque, além de toda interpretação possível, restará, afinal, muitas vezes, embora nem sempre, um campo nebuloso onde não há como desvendar um significado milimetricamente demarcado para os conceitos práticos” (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 853).

## Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados segundo as concepções da relação entre linguagem e mundo no *Tractatus Lógico-Philosophicus* e nas investigações filosóficas de Wittgenstein

---

De acordo com Bandeira de Mello, mesmo quando confrontados com o caso concreto, os conceitos jurídicos imprecisos não deixariam, por vezes, de apresentar uma pluralidade de intelecções razoavelmente cabíveis.

Com efeito, se em determinada situação real o administrador reputar, em entendimento razoável (isto é, comportado pela situação, ainda que outra opinião divergente fosse igualmente sustentável), que se lhe aplica o conceito normativo vago e agir nesta conformidade, não se poderá dizer que violou a lei, que transgrediu o direito. [...] Em assim sendo, evidentemente terá procedido dentro de uma liberdade intelectual que, in concreto, o direito lhe facultava. Logo, não haveria título jurídico para que qualquer controlador da legitimidade, ainda que fosse o Judiciário, lhe corrigisse a conduta, pois a este incumbe reparar violações de direito e não procedimentos que lhe sejam conformes (BANDEIRA DE MELLO, 2003, p. 23-24).

Assim, segundo o citado jurista, suposta a finitude e a incapacidade da mente humana, mesmo diante das circunstâncias concretas, para distinguir unanimemente se o fato se subsume ou não à hipótese legal, haveria discricionariedade do administrador para *entendê-la*<sup>3</sup> enquadrada ou não como infração.

Retomando os ensinamentos de Wittgenstein no *Tractatus*, percebe-se que tal posicionamento de Bandeira de Mello acerca da discricionariedade na aplicação de normas que contêm conceitos imprecisos parte de um pressuposto essencialista, visto que parte da ideia de que há casos em que a mente humana é capaz de apreender soluções com pretensão de validade universal. Partindo desse pressuposto, o autor afirma que haverá discricionariedade quando tais casos não ocorrerem, ou seja, quando for admitida uma pluralidade de pontos de vista acerca da matéria.

---

<sup>3</sup> BANDEIRA DE MELLO (2003, p. 27 - 28) pondera que os conceitos indeterminados, em inúmeras situações, ensejam uma pluralidade de intelecções razoavelmente admissíveis, de forma que não se possa assegurar que uma delas seja objetivamente reputada como incorreta. Em tais circunstâncias, a norma facultaria, face ao caso concreto, liberdade intelectual ao aplicador. Esta não se confunde, nos dizeres do jurista citado, com ato volitivo consistente na opção entre comportamentos igualmente ensejados pela norma, não obstante goze da mesma *ressonância jurídica* de um tal ato, qual seja, a possibilidade de apreciação discricionária. Ora, critique-se desde já este posicionamento, visto que, se Celso Antônio reputa haver apreciação discricionária na intelecção de conceitos fluidos, ao argumento de que poderia o aplicador entendê-los de uma ou outra forma, devido ao fato nenhuma destas ser considerada incorreta, havemos de ponderar que tal liberdade intelectual manifesta-se, precisamente, pela *escolha* entre uma ou outra das *intelecções razoavelmente admissíveis*.

Ao afirmar que os conceitos indeterminados são aqueles que não possuem um sentido objetiva e milimetricamente demarcado, Bandeira de Mello incorre na noção *tractatiana* de significação como denotação de objetos. Além disso, ao supor a finitude da mente humana para desvendar tais conceitos, o jurista se aproxima da ideia expressa no *Tractatus* segundo a qual o pensamento e a linguagem possuem limites e que há coisas para além do cognoscível.

Tomando, agora, o rumo do entendimento traçado nas Investigações, nota-se que a ilusão de se haver soluções válidas universalmente é apenas produto de uma convenção formulada a partir de regras gramaticais que expressam um hábito no interior de uma forma de vida particular, e não uma essência metafísica e universal do mundo.

Pode-se, ainda, perceber que os conceitos jurídicos indeterminados não o são em virtude da incapacidade de a mente humana representá-los objetivamente, mas sim em virtude de sofrerem o influxo simultâneo de critérios de julgamento pertencentes a diferentes gramáticas. Exemplifique-se, supondo uma norma que pune com expulsão da sala de cinema os casais que se beijam de forma indecorosa. “Indecoroso” é um conceito tido como indeterminado pelos administrativistas. Isso porque, segundo determinadas gramáticas sociais, um beijo será indecoroso e será punido; segundo outras; não o será. Isso se explica porque “(...) um jogo de linguagem que é plenamente satisfatório dentro de uma determinada situação pode não o ser em outra, pois ao surgirem novos elementos, as situações mudam, e os usos que então funcionavam podem não mais ser satisfatórios em uma nova situação.” (CONDÉ, 2004, p. 89)

Sendo a significação produto do uso, ela não compreende uma essência invariável, mas modifica-se a cada uso feito da linguagem em diferentes formas de vida. Neste viés, “o sentido verdadeiro (enquanto algo fundamentado a priori, portador de uma essência) não existe, toda significação é constituída pela e na pragmática da linguagem (...).” (CONDÉ, 2004, p. 27)

A aplicação de uma norma pelo administrador não consiste em uma descoberta do sentido de tal norma, feita de um ponto de vista abstratotranscendental, mas em uma criação, uma construção históricossocial. O aplicador da norma, ao analisar os fatos, não lida com estes em si mesmos, mas com o emprego de uma palavra, a partir dos jogos de linguagem de uma determinada forma de vida e da gramática. “Não se pode conceber um sujeito fora da

linguagem, fora de uma forma de vida, isto é, esse sujeito construído ‘na’ e ‘pela’ pragmática da linguagem constitui-se necessariamente a partir de relações intersubjetivas realizadas em uma forma de vida.” (CONDÊ, 2004, p. 80)

Disso não se extrai que a subsunção ou não de uma conduta à hipótese legal seja indiferente para determinado sistema jurídico e seja, portanto, discricionária. Ora, caso se considere ser indiferente juridicamente qualificar ou não determinada conduta segundo critérios jurídicos, chegar-se-ia à conclusão de ser indiferente reputar lícita ou ilícita tal conduta. Precisamente porque dado sistema jurídico confere tratamentos diversos entre uma conduta qualificada como ilícita (conseqüência – sanção) e outra não qualificada como tal (conseqüência – não sanção), não se mostra indiferente, sob o prisma jurídico, tal qualificação.

O fato de diferentes gramáticas subsumirem de formas diversas um mesmo ato a uma norma não implica que no interior de cada uma das gramáticas tal subsunção seja indiferente. Explique-se: para dada gramática X, um beijo seria reputado indecoroso; para uma gramática Y, não o seria. Ora, para a primeira, necessariamente, o beijo será ilícito; para a segunda, necessariamente, não o será.

No interior de uma mesma gramática, uma realidade fática não pode, ao mesmo tempo, ser e não ser qualificada de determinada forma; uma mesma conduta concreta não pode ser qualificada como respeitosa e desrespeitosa, de forma que lhe sejam indiferentemente atribuídos dois tratamentos que se contradizem.

No que concerne à indeterminação da hipótese legal, sustenta Enterría que, no ato de aplicação da norma, a feição do caso concreto e seu contexto permitem a determinação de tal realidade, não admitindo mais que uma solução: ou a hipótese fática se subsume ao conceito, ou não. Nas palavras do autor, a “indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma ‘unidade de solução justa’ em cada caso.” (ENTERRÍA, 1991, p. 393)

Atente-se para o fato de que, ao mencionar ‘unidade de solução justa’, tal autor não está a pressupor, como o faz Bandeira de Mello, a possibilidade de uma solução universal, mas sim está a afirmar que as soluções jurídicas se constroem caso a caso, no momento de aplicação da norma e, portanto, pragmaticamente.

Reputamos que a discricionariedade não se aplica, pois, à análise de conceitos ditos indeterminados e não é mera dificuldade de raciocínio (visão essencialista) para se escolher apenas uma alternativa de solução, mas sim, margem de escolha entre soluções indiferentes, conferida no interior de uma mesma gramática que se abre às demais.

### **Considerações finais**

A noção liberal de submissão da Administração Pública ao princípio da *legalidade*, segundo o qual aquela não pode fazer senão o que a *lei* determina, fundamenta-se na garantia da consecução das finalidades públicas cogentes corporificadas na expressão normativa da *vontade geral*.

Entretanto, se sob o manto do pensamento liberal - consubstanciado no “culto da lei” e na ideia de interpretação como ato de conhecimento capaz de permitir a subsunção mecânica dos fatos à norma - uma tal assertiva não poderia oferecer maiores indagações, hodiernamente a concepção de legalidade/ juridicidade oferece espaço para os mais atraentes debates. Nas palavras de Fernandez, “la batalla de la discrecionalidad es así una batalla permanente y permanentemente inconclusa, que, no bien parece ganada, vuelve a recrudecerse de forma inopinada en el momento más inesperado (...)” (FERNANDEZ, 2002, p. 30)

Neste viés, a partir da análise das concepções de Wittgenstein acerca da relação entre linguagem e mundo, observamos que uma visão essencialista a respeito da noção de conceitos ditos indeterminados e da aplicação de normas deles dotadas conduz a que se considere discricionária tal aplicação pelo administrador público. Tal consideração, por sua vez, implica a impossibilidade de controle de tal aplicação pelo Poder Judiciário, visto que supostamente consubstanciará uma eleição entre indiferentes jurídicos igualmente comportados no interior da legalidade.

Em seguida, pudemos notar, em uma perspectiva pragmática, que a aplicação de uma norma pelo administrador não consiste em uma descoberta do sentido de tal norma, feita de um ponto de vista abstrato-transcendental, mas em uma criação, uma construção históricossocial.

## **Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados segundo as concepções da relação entre linguagem e mundo no *Tractatus Lógico-Philosophicus* e nas investigações filosóficas de Wittgenstein**

---

Percebemos, por fim, que os conceitos jurídicos ditos indeterminados não o são em virtude da incapacidade de a mente humana representá-los objetivamente (como supõe uma visão essencialista), mas sim em virtude de sofrerem o influxo simultâneo de critérios de julgamento pertencentes a diferentes gramáticas.

Assinalamos, entretanto, que o fato de diferentes gramáticas subsumirem de formas diversas um mesmo ato a uma norma não implica que no interior de cada uma das gramáticas tal subsunção seja indiferente e, portanto, discricionária e não controlável pelo Poder Judiciário. Isso porque, no interior de uma mesma gramática, uma realidade fática não pode, ao mesmo tempo, ser e não ser qualificada de determinada forma, de modo que lhe sejam indiferentemente atribuídos dois tratamentos que se contradizem.

### **Referências**

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Relatividade” da competência discricionária”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 212, p. 49-56, abr./jun. 1998.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. 6ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARVALHO, Juliana Brina Corrêa Lima de. Controle jurisdicional do ato administrativo que aplica sanção disciplinar. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo: NDJ, n. 11, ano XXI, p. 831-844, nov. 2005.

\_\_\_\_\_. Controle Jurisdicional dos atos de prorrogação de concurso público e de nomeação dos candidatos aprovados. *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF – IDAF*, Curitiba: Zênite, v. 5, n. 56, p. 693-717, mar.2006.

CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. *Wittgenstein: linguagem e mundo*. São Paulo: Annablume, 1998.

\_\_\_\_\_. *As teias da razão: Wittgeinstein e a crise da racionalidade moderna*. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2004.

D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos e Continentais: guia à filosofia dos últimos trinta anos*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. *Discricionariiedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERNANDEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la administración*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. Colaboração de Almudema Marim Lopez e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

WITTGEINSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. 2. ed. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

Artigo recebido em 15/02/2012 e  
aprovado para publicação em 27/11/2012.

**Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados segundo as concepções da relação entre linguagem e mundo no *Tractatus Lógico-Philosophicus* e nas investigações filosóficas de Wittgenstein**

---