

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ – UFPI
MESTRADO EM DIREITO**

Alvaro Fernando Da Rocha Mota

**A FUNÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA
NA JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES DE DISPENSA
E INEXIGIBILIDADE NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO**

RECIFE

2003

ALVARO FERNANDO DA ROCHA MOTA

**A FUNÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA JUSTIFICAÇÃO
DAS DECISÕES DE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE NO
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre, pelo Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, com área de concentração em Filosofia, Teoria Geral e Sociologia do Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Maurício Adeodato

RECIFE

2003

ALVARO FERNANDO DA ROCHA MOTA

**A FUNÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA JUSTIFICAÇÃO
DAS DECISÕES DE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE NO
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre, pelo Curso de Pós-Graduação em Direito, área de concentração em Filosofia, Teoria Geral e Sociologia do Direito, da Universidade Federal de Pernambuco.

Prof. Doutor _____

Prof. Doutor _____

Prof. Doutor _____

Recife, _____ de _____ de 2003.

Dedico este trabalho a Deus.

A meu pais, Berilo(in memoriun) e Elizava, a minha tia Maria Justina, e a minha família, Liana, Berilo Neto e Ana Luisa, fontes de minha inspiração.

AGRADECIMENTOS

À professora Fides Angélica Veloso Castro Omatti, reitora da ESAPI, exemplo de pioneirismo, arrojo e coragem.

Ao professor orientador, João Maurício Adeodato Leitão, pelo incentivo e atenção dispensados.

Aos Professores Doutores Andreas Krell, George Browne, Ivo Dantas, João Maurício Adeodato, Luciano Oliveira, Francisco Paes Landim Filho, Nelson Saldanha e Filadelfo Chagas Barreto, pelas lições transmitidas.

A Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, onde iniciei minhas primeiras letras jurídicas; à Universidade Federal do Piauí - UFPI e à ESAPI e OAB-PI, pela oportunidade; à Procuradoria Geral do Estado; ao Centro Unificado de Ensino Superior de Teresina - CEUT.

Aos colegas de jornada neste mestrado e aos professores da UFPI e CEUT

Aos Amigos Eduardo Montenegro Serur, Torquato Castro Júnior, Conceição Boa Vista, Newton de Oliveira Lima, Fábio Henrique Pedrosa Teixeira, Alexandre Veloso dos Passos e Marcelo Fortes de Cerqueira, pela amizade e inestimáveis contribuições.

RESUMO

A presente monografia pretende se constituir numa teorização científica da possibilidade de utilização da argumentação jurídica na justificação dos procedimentos de dispensa e inexigibilidade de licitação pública. A utilização da argumentação jurídica como meio de fundamentação da decisão administrativa que contenha razões jurídicas para embasar a decisão discricionária do Administrador Público de fazer incidir a dispensa e a inexigibilidade do procedimento licitatório tem o condão primordial de fazer valer o interesse público de maneira corretamente condizente com a legislação, evitando decisões desarrazoadas e desconectadas da permissibilidade legal genericamente concedida ao Poder Público. A argumentação jurídica, enquanto aspecto da Filosofia do Direito, pode ser tomada por uma nova metodologia jurídica que estrutura a racionalidade prática, servindo de crítica ao dogmatismo positivista de construção de conceitos do Direito Administrativo. A teoria de Robert Alexy acerca do discurso se calha perfeitamente como modelo de análise da linguagem argumentativa do Direito, especificamente da analítica do procedimento licitatório. As funções argumentativas que analisam a racionalidade do discurso jurídico são as que prevêm a coerência lógica interna do mesmo, e a adequação entre racionalidade formal e a estrutura normativa sobre a qual incide. Assim, a formalização de uma teoria da argumentação com vistas a se fundamentar pareceres e decisões administrativas que versem sobre a temática da dispensa e da inexigibilidade de licitação pública pode ser aplicada com base na atividade da construção de argumentos racionais que expressem a justificativa de se adotar em certos casos a dispensa e a inexigibilidade de licitação e assim possibilitar o controle de tais decisões por meio da análise da racionalidade jurídica inerente às mesmas, facilitando, desse modo, o controle do poder discricionário do Administrador e permitindo a consecução efetiva do interesse público.

Palavras-chave: licitação, dispensa, inexigibilidade, argumentação, racionalidade

ABSTRACT

The present monograph intends to consist in a scientific theories of the possibility of use of the legal argument in the justification of the procedures of dismissal and inexigible of public licitation. The use of the legal argument as half of recital of the administrative resolution that contains juridical motives to base the discretionary decision of the Public Administrator to make to happen the dismissal and the inexigible of the licitatorie procedure has the very important finality to make to be valid the public interest in way correctly conform with the legislation, preventing decisions unreasonable and detached from the legal permissible generically granted to the Public Power. The legal argument, while aspect of the Legal Philosophy, can be taken by a new legal methodology that structure the practical rationality, serving of critical to the dogmatism positivist of construction of concepts of the Administrative law. The theory of Robert Alexy concerning the speech if gutter perfectly as model of analysis of argumentative of the Right, specifically of the analytical one of the licitatorie procedure. The argumentative functions that analyze the rationality of the legal speech are the ones that they foresee logical the coherence exactly internal it, and the adequacy between formalist rationality and the normative structure on which it happens. Thus, the construction of a theory of the argument with sights if to base to seem and administrative resolutions that turn on the thematic one of the dismissal and the inexigible of public licitation can on the basis of be applied the activity of the construction of rational arguments that they express the justification of if adopting in certain cases the dismissal and the inexigible of licitation and thus to make possible the control of such decisions by means of the analysis of inherent the legal rationality the same ones, facilitating, in this way, the control of the discretionary power of the Administrator and allowing to the effective achievement of the interest public.

Key-words: liitação, dispensa, inexigibilidade, argumentação, racionalidade

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1: A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	
1.1 Teoria Geral da Argumentação: função na atual concepção científica	23
1.2 Dimensões atuais do debate sobre a Argumentação Jurídica	30
CAPÍTULO 2: A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E O DEBATE METODOLÓGICO-JURÍDICO ATUAL	
2.1 Para uma nova dogmática da Ciência Jurídica	42
2.1.1 Visão geral da nova racionalidade estruturadora da Ciência do Direito	42
2.1.2 A reconstrução dos principais conceitos da Teoria Geral do Direito	46
2.1.2.1 Sucinta evolução histórica da Dogmática Jurídica	46
2.1.3 A acepção político-valorativa da Teoria Geral do Direito	50
2.1.4 A nova Hermenêutica Jurídica	55
2.1.5 Diferenças entre princípios e regras	60
2.2 Argumentação Jurídica: importância para a Teoria Geral do Direito	66
2.3 A Argumentação Jurídica: Relevância para a justificativa de atitudes teóricas no Direito Positivo	75
2.4 Argumentação Jurídica Contemporânea como uma nova proposta metodológica para o Direito	80
CAPÍTULO 3: AS BASES DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	
3.1 Início da fase filosófica da Argumentação: escola sofística	85
3.2 Argumentação na retórica aristotélica	87
3.3 Argumentação na tópica aristotélica	88
3.4 Argumentação na dialética	95
3.5 A estrutura e caracterização geral da Argumentação Jurídica	99
3.5.1 Generalidades fundamentadoras da nova concepção argumentativa do Direito	99
3.5.2 Os argumentos jurídicos <i>in specie</i>	105
3.5.2.1 Os argumentos jurídicos mais relevantes	107
3.5.3 O resgate do pensamento retórico no Direito Contemporâneo	109

3.5.4 Diferença entre retórica e argumentação	114
3.6 A tópica de Theodor Viehweg	123
3.7 A argumentação na teoria de Chaïm Perelman	130
3.8 A argumentação nas teorias de Toulmin e Maccormick	138
3.9 A Teoria da Argumentação em Robert Alexy	140
3.10 Síntese teórica de Manuel Atienza acerca das teorias argumentativas	147
3.11 Elementos teóricos de construção da aplicabilidade da Teoria da Argumentação ao procedimento licitatório	150
CAPÍTULO 4: RELACIONAMENTO DA LICITAÇÃO PÚBLICA COM A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO	
4.1 Administração Pública - a constituição e os princípios constitucionais informadores da atividade administrativa	154
4.2 Da Licitação Pública: conceito, finalidade, características e importância	166
4.3 A licitação pública e os princípios constitucionais administrativos da moralidade, razoabilidade, proporcionalidade e interesse público	170
4.3.1 A função de controle administrativo exercida pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade	170
4.3.2- O princípio da moralidade administrativa e a consecução do interesse público	177
4.4 Princípios informadores da licitação pública	181
4.5 Licitação pública como controle social do poder público	188
4.5.1 O controle da licitação como controle racional de atos administrativos	193
4.5.2 A possibilidade de contratação direta sem licitação	198
4.5.3 Características e possibilidades da contratação direta sem licitação	202
4.6 Dispensa e inexigibilidade de licitação	212
4.6.1 A caracterização geral da dispensa e da inexigibilidade de licitação	212
4.6.2 Da Obrigatoriedade de Processo Administrativo para a Dispensa e para a Inexigibilidade	219
CAPÍTULO 5: O DEBATE ARGUMENTATIVO ATUAL E A POSSIBILIDADE DE ANÁLISE RACIONAL DO DISCURSO JURÍDICO NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	
5.1 A aplicabilidade da argumentação jurídica em atos procedimentais da licitação pública	224
5.2 O problema dos conceitos jurídicos indeterminados e a concretização dos mesmos a partir da teoria da argumentação como discurso jurídico racional	229

5.3 Análise pontual de pareceres e atos licitatórios de dispensa e 240
inexigibilidade com base nas teorias do discurso contemporâneas

CONCLUSÃO 244

BIBLIOGRAFIA 255