

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

JULIETA MENDES LOPES VARESCHINI

**O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO
CONTEXTO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO:
UMA LEITURA DESDE A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA**

**CURITIBA
2010**

JULIETA MENDES LOPES VARESCHINI

**O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO
CONTEXTO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO:
UMA LEITURA DESDE A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA**

**Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação, como requisito parcial
para a obtenção do grau de Mestre em
Direito, Faculdades Integradas do Brasil -
UniBrasil.**

**Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio
Marrafon.**

**CURITIBA
2010**

V296

Vareschini, Julieta Mendes Lopes.

O controle da discricionariedade administrativa no contexto da constitucionalização do direito brasileiro: uma leitura desde a hermenêutica filosófica/ Julieta Mendes Lopes Vareschin – Curitiba: UniBrasil, 2010.

191p. ; 29 cm.

Orientador: Marco Aurélio Marrafon.

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2010.

Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Discricionariedade administrativa. 3. Constitucionalização do direito. 4. Hermeneutica filosófica. I. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 340

TERMO DE APROVAÇÃO

JULIETA MENDES LOPES VARESCHINI

O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO CONTEXTO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO: UMA LEITURA DESDE A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Marco Aurélio Marrafon
Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Membros:

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier
Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Prof. Dr. Juarez Freitas
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS

Curitiba, 12 de julho de 2010.

“O direito não é aquilo que o judiciário diz que é. E tampouco é/será aquilo que, em segundo momento, a doutrina, compilando a jurisprudência, diz que ele é a partir de um repertório de ementários ou enunciados com pretensões objetivadoras. Do mesmo modo, o direito não é um dicionário recheado de conceitos. Na verdade, pensá-lo como uma ‘lexicografia’ é vê-lo tropeçar no primeiro vendedor de picolés ou naufragar em face do conflito entre regras e princípios (vejamos: se um contrato exige objeto lícito, partes maiores e capazes, livre vontade, o que dizer da venda de um picolé para uma criança de oito anos?; e o que dizer do direito penal, nas coisas mais mezinhas ainda não resolvidas pelos juristas, como o furto da bagatela?”. (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 107.

Aos amores da minha vida: Cláudio, Besa, Cláudia, Juliano e Tiago, a minha eterna gratidão, por toda a felicidade que vocês me proporcionam.

Ao professor Diogenes Gasparini (*in memoriam*), exemplo ímpar de profissional e ser humano, com imensa saudade.

AGRADECIMENTOS

Muitos contribuíram para a materialização deste trabalho, especialmente meus pais, Cláudio e Besa, exemplos de dedicação à família e presença nos momentos mais difíceis. Agradeço pelo amor, pela dedicação e por todas as oportunidades que vocês me proporcionaram. A minha querida avó, Adir, prova viva de que a família é o grande alicerce de qualquer ser humano.

Ao meu companheiro Tiago, grande incentivador do meu crescimento profissional, por compreender minha ausência e por me fazer, a cada dia, mais feliz.

Aos meus irmãos e sócios Cláudia e Juliano, que além do amor e carinho, souberam entender minha constante ausência na JML para a conclusão deste trabalho. Ao meu cunhado, Vanderlei Taverna, pelas discussões filosóficas que muito contribuíram para este estudo, bem como pela parceria sempre presente. A Marina e Andresa, irmãs de coração, por todo o apoio. A minha princesa, Nayanna, pelos infindáveis momentos de distração e alegria, exemplo de que o amor ultrapassa qualquer vínculo sanguíneo. A Diana e Vicente, que sempre me receberam com muito amor e carinho em sua família, tratando-me como filha.

A todos os colaboradores da JML, principalmente a Juliana e Nyura, que muitas vezes ficaram sobrecarregadas para suprir minha ausência.

Agradeço, em especial, meu orientador, Marco Aurélio Marrafon, exemplo ímpar de jurista e professor, pela orientação segura, pela paciência nos momentos difíceis enfrentados ao longo do trabalho e, principalmente, pelo apoio na concretização do sonho de me tornar professora.

Ao professores Emerson Gabardo e Paulo Ricardo Schier, pelas críticas construtivas apresentadas na banca de qualificação, que muito contribuíram para o aprimoramento deste trabalho. Um agradecimento especial ao professor Paulo Schier, pela indicação de diversos referenciais bibliográficos que auxiliaram na conclusão da pesquisa. A ele e ao professor Juarez Freitas expresse minha gratidão pela participação na banca final.

Aos professores do Programa de Mestrado da Unibrasil, Alexandre Coutinho Pagliarini, Ana Carla Harmatiuk Matos, Clèmerson Merlin Clève, Gustavo Justino de

Oliveira, Luiz Vergílio Dalla-Rosa, Marcos Augusto Maliska e Rosalice Fidalgo Pinheiro, por todo conhecimento compartilhado nos módulos cursados.

Aos colegas do mestrado (turma de 2008), pelo auxílio prestado nessa jornada.

Aos alunos do segundo e quinto períodos da graduação em direito da Unibrasil (turmas 2009 – 2º semestre e 2010 – 1º semestre), pelas reflexões em sala de aula que muito auxiliaram no desenvolvimento do estudo, bem como pelo carinho.

A Simone Lourenço e Denise Garcia, pela atenção sempre dispensada na secretaria do mestrado.

Aos amigos, sempre presentes e solidários nos momentos de necessidade, com um especial agradecimento ao Kiko, Adri, Priscila, Marcelo, Bel e André, por tudo!

A Deus, que acompanha todos os meus passos, proporcionando-me sempre a proteção necessária.

SUMÁRIO

RESUMO.....	i
ABSTRACT.....	ii
INTRODUÇÃO.....	01
1. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS CONCEPÇÕES POSITIVISTA E PÓS-POSITIVISTA.....	07
1.1. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS DIFERENTES FASES DO ESTADO MODERNO.....	07
1.1.1. Do Estado de Polícia ao Estado Liberal.....	07
1.1.2. Do Estado Social ao Estado Democrático de Direito.....	17
1.2. DO POSITIVISMO JURÍDICO AO (NEO) CONSTITUCIONALISMO.....	25
1.2.1. Positivismo Jurídico: ascensão e decadência.....	25
1.2.2. Alterações Promovidas pelo (Neo) constitucionalismo.....	33
1.3. A CONSTITUIÇÃO ENQUANTO SISTEMA NORMATIVO.....	48
1.4. DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVAS: DA CONCEITUAÇÃO CLÁSSICA À NECESSÁRIA RELEITURA.....	57
2. PROBLEMAS ADVINDOS DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A NECESSIDADE DE CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	69
2.1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A NECESSIDADE DE CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	69
2.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À DISCRICIONARIEDADE.....	75
2.2.1. Juridicidade.....	75
2.2.2 Importância do Princípio da Motivação.....	77
2.2.3. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade: uma leitura a partir da hermenêutica filosófica.....	81
2.3. A VINCULAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	86

2.4. PROBLEMAS ADVINDOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	94
2.5. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: DIFERENÇAS E APROXIMAÇÕES.....	105
3. CONTRIBUIÇÕES DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA PARA O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	114
3.1. A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DA CONSCIÊNCIA A PARTIR DOS APORTES DE MARTIN HEIDEGGER.....	114
3.1.1. Fundamentos Teóricos para o Giro Lingüístico.....	114
3.1.2. O Paradigma da Linguagem e o Conhecimento por meio da Fórmula do “Algo como Algo”	124
3.2. A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE HANS-GEORG GADAMER.....	130
3.2.1. Principais Contribuições de Gadamer.....	130
3.2.2. A Interpretação do Direito e a Unidade da <i>Applicatio</i>	140
3.3. A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A DISCRICIONARIEDADE NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: DA POSSIBILIDADE À NECESSIDADE DE RESPOSTAS CORRETAS.....	147
3.4. DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA: UMA NECESSÁRIA RELEITURA A PARTIR DOS APORTES DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA.....	156
CONCLUSÃO.....	171
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	183

RESUMO

Ao mesmo tempo em que o processo de constitucionalização do direito importou significativo avanço na delimitação da discricionariedade administrativa, ao vinculá-la aos princípios e direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, não se pode olvidar que a fluidez e ambigüidade desses valores acabam por alargar a margem de discricionariedade do intérprete, que exerce grande influência no preenchimento desses conceitos. Nesse viés, para evitar que a discricionariedade se converta em flagrante arbitrariedade, impõe-se empreender o estudo de uma teoria que visa controlar o processo decisório do intérprete. A hermenêutica filosófica tem contribuído de forma significativa para a sindicabilidade da interpretação jurídica (controle da discricionariedade judicial), o que justifica a adoção desses critérios também na esfera administrativa. Com efeito, somente é compatível com o Estado Democrático de Direito um conceito limitado de discricionariedade, que esteja aberto à profunda sindicabilidade, daí porque se impõe a busca por critérios que possam fundamentar referido controle.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariedade administrativa. Constitucionalização do direito. Hermenêutica Filosófica. Controle.

ABSTRACT

At the same time that the process of constitutional law imported significant advance in the delineation of administrative discretion, by linking it to the principles and fundamental rights constitutionally assured, we can't forget that the fluidity and ambiguity of these values ultimately extend the margin of discretion the interpreter, which strongly influences the filling of these concepts. This bias, so that the discretion becomes a blatant arbitrariness, it is necessary to undertake the study of a theory that aims to control the decision making process of the interpreter. Philosophical Hermeneutics has contributed significantly to the control of legal interpretation (control judicial discretion), which justifies the use of these criteria also at the administrative level. Indeed, it is only compatible with the democratic rule of law a limited concept of discretion, which is open to deep syndicated, then why is necessary to search for criteria that can justify such control.

KEYWORDS: Administrative discretion. Constitutionalization of the law. Philosophical Hermeneutics. Control.

INTRODUÇÃO

Em voto proferido em julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Humberto Gomes de Barros expressou bem a concepção que ainda hoje vige na jurisprudência pátria: “**Não me importa o que pensam os doutrinadores.** Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. (...) **Decido, porém, conforme minha consciência**”.¹ (grifou-se)

Essa postura demonstra a influência que o paradigma da consciência ainda exerce em nossa prática jurídica, denotando que os intérpretes, diante de “casos difíceis”, bem como em face da multiplicidade de respostas que exsurtem de um enunciado normativo, decidem apenas de acordo com suas respectivas consciências. Estamos, portanto, ainda reféns do esquema sujeito-objeto, da concepção de que o intérprete, de forma solipsista, escolhe a melhor solução, dentre aquelas extraídas da moldura formada pelo direito a aplicar.

Essa concepção amolda-se perfeitamente à proposta positivista que, por não conseguir resolver os problemas pertinentes às lacunas do ordenamento jurídico ou, ainda, à indeterminação dos conceitos adotados nos enunciados normativos, julgou por bem conferir ampla discricionariedade ao intérprete, a fim de que este pudesse encontrar, de forma totalmente discricionária, a melhor solução para o caso concreto.

Com efeito, tem-se que a discricionariedade na interpretação do direito encontra seu fundamento na doutrina positivista. Em que pese as críticas endereçadas ao positivismo jurídico e as diversas propostas que tentaram superá-lo, o fato é que ainda hoje nossos Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como grande parcela da doutrina – continuam a apostar na discricionariedade como única saída diante de casos ditos difíceis. Ora, como o Legislador não é capaz de prever com completez todas as soluções para as complexas demandas da sociedade e o direito adota conceitos fluidos, indeterminados, não resta outra saída que não seja acreditar na

¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 24-25.

consciência do julgador, do agente administrativo ou do intérprete para encontrar a melhor solução para o caso concreto. Ainda que o legislador fosse capaz de prescrever todas as hipóteses, o problema persistiria, tendo em vista a existência, ainda hoje, de leituras positivistas que apostam na discricionariedade do intérprete.

Fácil perceber que tal situação acarreta grande insegurança jurídica, porquanto se o intérprete decide com fundamento em sua consciência, há grande probabilidade de casos semelhantes serem julgados de forma totalmente diversa. E o problema se agrava diante da constitucionalização do direito que, ao internalizar os princípios para o ordenamento jurídico, acabou por alargar a margem de discricionariedade do intérprete, na medida em que, na leitura positivista, confere-se alto grau de indeterminação aos princípios jurídicos. Não à toa, o voto pronunciado pelo ilustre ministro – decido conforme minha consciência – não causou estranheza a grande parcela da doutrina.

Este cenário repercute consideravelmente no exercício da discricionariedade administrativa, uma vez que o agente público, para constatar se determinado ato é vinculado ou discricionário, deve sempre interpretar o enunciado normativo que lhe confere tal competência. Sendo assim, o alargamento da discricionariedade na interpretação do direito, em face de conceitos indeterminados e dos princípios previstos na Constituição, pode acarretar um aumento demasiado na discricionariedade administrativa.

O presente trabalho tem por escopo justamente enfrentar esta problemática, ou seja, discorrer sobre o controle da discricionariedade administrativa no contexto da constitucionalização do direito brasileiro, destacando-se as contribuições da hermenêutica filosófica para a limitação da arbitrariedade e para o controle da discricionariedade.

Em preliminar, no intuito de delimitar o tema, empreende-se uma análise acerca da concepção da discricionariedade administrativa nas diferentes fases do Estado Moderno, constatando-se que, nos primórdios desse Estado, a discricionariedade era vislumbrada como um poder ilimitado, conferindo ampla margem de liberdade à Administração Pública. Posteriormente, com o advento do

Estado de Direito, a atuação administrativa vincula-se à lei, sendo que tal vinculação encontra contornos diversos segundo a concepção de Estado (liberal, social e democrático).

Analisada a perspectiva histórica do tema, é preciso tecer breves comentários acerca do positivismo jurídico, porquanto foi esta corrente que lançou as bases para a definição clássica de discricionariedade administrativa como margem de liberdade conferida pela lei ao agente público para que este, em face das características do caso concreto, encontre a melhor solução.

Traçadas as influências do positivismo, cumpre discorrer acerca das alterações promovidas pelo (neo) constitucionalismo, as quais exigem uma reformulação do conceito de discricionariedade, que passa a estar vinculada não apenas à lei, mas ao conjunto de regras e princípios previstos na Constituição Federal. Especificamente na seara do direito administrativo, é a Constituição – enquanto sistema de regras e princípios – que parametriza a atuação administrativa, exigindo que ela esteja em consonância com o direito como um todo e não apenas com a lei. Por conta disso, a discricionariedade não está vinculada somente à lei, mas sim e, principalmente, à Constituição Federal.

Nessa linha, faz-se necessário estudar a concepção da Constituição enquanto norma jurídica que, como tal, possui força normativa capaz de vincular todos aos seus termos. Ademais, dessa análise infere-se a necessidade de se substituir as concepções de Constituição formal e material, ambas parciais e incompletas, pela idéia de sistema constitucional.

Levantada a problemática, é possível concluir o primeiro capítulo apresentando-se um conceito clássico de discricionariedade e vinculação na esfera administrativa, bem como destacar, a partir das constatações feitas anteriormente, a necessidade de reformulação desse conceito em face das alterações promovidas pelo (neo) constitucionalismo.

Dessa feita, inicia-se o segundo capítulo com a abordagem pertinente ao processo de constitucionalização do direito administrativo, com o escopo de delimitar porque tal alteração paradigmática exige uma releitura da discricionariedade

administrativa. Com efeito, os poderes, tanto discricionários quanto vinculados, devem ser delineados à luz do sistema, impondo-se uma filtragem constitucional² do Direito Administrativo com o escopo de substituir-se o dogma da onipotência da lei por uma leitura que perpassa pelo conjunto de princípios e regras que informa todo o ordenamento constitucional. Nessa esteira, a discricionariedade vincula-se não apenas à lei, mas também e, principalmente, à Constituição que, dentre outros deveres, impõe ao Poder Público o encargo de concretizar os direitos fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

Estando a Administração vinculada, quando da prática de atos discricionários, aos princípios e direitos fundamentais prescritos na Constituição, impõe-se uma análise, ainda que perfunctória, acerca desses limites, a fim de se especificar o regime jurídico que o Poder Público encontra-se submetido.

Traçados esses contornos, será possível perceber que referidos parâmetros, antes de restringir a atuação da Administração Pública, acabam por alargar a margem de discricionariedade, na medida em que, na leitura positivista, confere-se alto grau de indeterminação aos princípios jurídicos. Sendo assim, cumpre analisar também no segundo capítulo os problemas advindos do processo de constitucionalização do direito, mormente no que diz respeito à ampliação da discricionariedade, tanto pertinente à interpretação do direito quanto à conformação do ato administrativo discricionário.

Ademais, cumpre diferenciar a discricionariedade administrativa da judicial, com o intuito de demonstrar que, em que pese as diferenças, o fato é que em ambas situações não tem o intérprete liberdade para escolher qualquer opção, dentre aquelas contempladas em abstrato pelo enunciado normativo. Impõe-se uma leitura hermenêutica que possa demonstrar a solução adequada para o caso concreto, à luz do sistema constitucional.

Por derradeiro, mostra-se salutar enfrentar, ainda no segundo capítulo, a relação entre discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados,

² Terminologia adotada por SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Fabris Editor, 1999.

com o objetivo de averiguar se tais conceitos podem dar margem à referida discricionariedade.

Para evitar que a discricionariedade se converta em flagrante arbitrariedade, impõe-se empreender o estudo de uma teoria que visa justamente contribuir para o controle do processo decisório do intérprete.

A hermenêutica filosófica tem contribuído de forma significativa para a sindicabilidade da interpretação jurídica (controle da discricionariedade judicial), o que justifica a adoção desses critérios também na esfera administrativa. Com efeito, somente é compatível com o Estado Democrático de Direito um conceito limitado de discricionariedade administrativa que esteja aberto à profunda sindicabilidade, daí porque se impõe a busca por critérios que possam fundamentar referido controle. Se a discricionariedade na esfera administrativa, pertinente à escolha política do agente encontra respaldo em nosso sistema constitucional, o mesmo não se pode dizer da discricionariedade interpretativa, que não se coaduna com a concepção de Estado Democrático de Direito.

O terceiro capítulo, portanto, é destinado à constatação das contribuições da hermenêutica filosófica para limitação da arbitrariedade e para o controle da discricionariedade.

Inicialmente, destaca-se que a alteração de paradigma, da consciência para linguagem, exige uma reformulação na própria concepção acerca do direito, que não mais se amolda às características positivistas. Vislumbrando-se que é o intérprete, por meio da linguagem, que cria a norma jurídica, em consonância com o sistema e com suas próprias pré-compreensões, impõe-se uma nova teoria atenta às alterações promovidas pela guinada lingüística.

Para tanto, cumpre analisar as principais contribuições de Martin HEIDEGGER, filósofo que lançou as bases para a virada lingüística, bem como os aportes de Hans-Georg GADAMER, principal precursor da hermenêutica filosófica proposta neste trabalho.

Lançadas as bases, passa-se a discorrer acerca da possibilidade de respostas corretas/adequadas no direito, com o escopo de se afastar qualquer discricionariedade

na interpretação de enunciados normativos e se restringir a própria discricionariedade administrativa, a fim de que esta fique restrita apenas ao aspecto político do ato, não abrangendo, portanto, a interpretação normativa. Para se atingir este desiderato, será preciso recorrer às precisas lições de Lenio STRECK, bem como à teoria construtivista de DWORKIN.

1. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS CONCEPÇÕES POSITIVISTA E PÓS-POSITIVISTA

1.1. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS DIFERENTES FASES DO ESTADO MODERNO.

1.1.1. Do Estado de Polícia ao Estado Liberal.

A discricionariedade administrativa, como muitos dos temas afetos ao Direito Administrativo, tem seus limites e contornos adstritos à concepção de Estado vigente. Isso porque, segundo o modelo adotado, altera-se o papel atribuído à Administração Pública³ e o próprio regime jurídico incidente, exigindo-se uma releitura dos institutos a fim de compatibilizá-los com as novas atribuições acometidas ao Poder Público. Sendo assim, importa analisar os contornos desse instituto nas diferentes fases do Estado Moderno e a correspondente mudança de percepção acerca do tema em cada período.

Em seus primórdios, o Estado Moderno ficou conhecido como Estado de Polícia⁴, em que a forma de governo adotada era a monarquia absoluta e sua estrutura

³ Corroboram essa afirmativa as lições de Merkl: “a oposição, mais corrente, entre **Estado de Polícia e Estado de Direito** representa, igualmente, dois tipos de administração, cuja diferença reside na relação que guarda a administração como o campo funcional que dela se destaca”. E continua o autor: “o **Estado de Polícia** se apresenta como aquele Estado cuja *administração* se acha *legalmente incondicionada*, enquanto o **Estado de Direito** oferece uma *administração condicionada legalmente*”. (grifos no original) MERKL, Adolfo. **Teoria general del derecho administrativo**. México: Nacional, 1980, p. 92-93. Odete MEDAUAR também disserta acerca da necessidade de compreensão do modelo de Estado vigente para o estudo dos institutos típicos do direito administrativo: “tendo em vista que a Administração integra a organização estatal, evidente que o modo de ser e de atuar do Estado e seus valores repercutem na configuração dos conceitos e institutos do direito administrativo. Assim, uma das chaves para a melhor compreensão desse ramo do direito está no conhecimento dos aspectos fundamentais do Estado em geral e do Estado tal como vem caracterizado na Constituição do País”. MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 25.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 17. Saliente-se que Jorge MIRANDA fixa como o primeiro marco desse período (moderno) o Estado Estamental, também conhecido como Monarquia Limitada. Não obstante, por se tratar de uma época de transição em que persistem alguns resquícios do sistema feudal, adota-se a posição da doutrina majoritária, no sentido de reconhecer o Estado de Polícia como a primeira manifestação do Estado Moderno. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Lisboa: Coimbra Editora, 1997, Tomo I, p. 77. Sobre a discussão acerca do surgimento do Estado

estava assentada nos seguintes cânones: a) direito *ilimitado* para administrar; b) *regis voluntas suprema lex* (a vontade do rei é a lei suprema); c) *quodi principi placuit legis habet vigorem* (aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei); d) *the king can do no wrong* (o rei não pode errar).⁵

Duas idéias fundamentais caracterizaram esse período: a de soberania e a de polícia. Os príncipes eram soberanos que não prestavam contas a ninguém, a não ser a Deus, inexistindo qualquer controle sobre os atos por eles praticados.⁶ A polícia, por seu turno, tinha como escopo o desenvolvimento, o brilho e a grandeza, já que havia nessa época (século XVIII) grande preocupação de civilização.⁷

Fácil perceber que, nesse momento, a Administração Pública não encontrava os limites de sua atuação na lei, ao revés, suas atividades eram exercidas de forma livre, sem qualquer parâmetro ou controle.⁸⁻⁹ Por conta disso, a discricionariedade era

Moderno, vide: NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito:** do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987, p. 18-19.

⁵ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade ...**, p. 18.

⁶ Cumpre apenas fazer uma ressalva, pois, nesse período, havia uma bifurcação na personalidade jurídica do Estado (pessoa jurídica de direito público) e fisco (pessoa jurídica de direito privado), sendo que este último estava submetido ao controle dos tribunais, conforme esclarece Maria Sylvia Zanella DI PIETRO: “para combater esse poder absoluto do príncipe, elaborou-se, em especial por doutrinadores alemães, a teoria do fisco, em consonância com a qual o patrimônio público não pertence ao príncipe nem ao Estado, mas ao fisco, que teria personalidade de direito privado, diversa da personalidade do Estado, associação política, pessoa jurídica de direito público, com poderes de mando, de império. O primeiro submetia-se ao direito privado e, em consequência, aos tribunais; o segundo regia-se por formas editadas pelo príncipe, fora da apreciação dos tribunais”. Idem. Essa divisão, muito embora tenha submetido uma parcela da atividade do Estado às leis e aos Tribunais, não teve o condão de limitar os poderes do príncipe, já que o Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público, poderia agir livremente, inexistindo qualquer limitação nas leis vigentes à época.

⁷ “(...) os príncipes passam a ser agora os soberanos esclarecidos – daí a designação por volta da segunda metade do século XVIII de despotismo esclarecido – que não prestam contas a ninguém a não ser a Deus. A polícia é a preocupação de desenvolvimento, de elevação de nível, de brilho, de grandeza. Há para os homens do século XVIII uma preocupação enorme de civilização. O príncipe vai utilizar a sua ausência de limites não para o seu engrandecimento pessoal, mas com a intenção de se tornar possessor da idéia de progresso do seu país; torna-se o primeiro funcionário; ele é o único portador dessa idéia de racionalidade; é capaz de definir a organização do Estado e realizar uma nação culta”. RIBEIRO, Vinício. **O estado de direito e o princípio da legalidade da administração.** Coimbra: Coimbra Editores, 1981, p. 21.

⁸ Conforme esposado por GARCIA DE ENTERRIA e Tomas-Ramón FERNANDEZ: “a fonte de todo Direito é a pessoa subjetiva do rei na sua condição de representante de Deus na comunidade, o que significa que pode atuar tanto por normas gerais como por atos singulares ou por sentenças contrárias àquelas”. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo.** Madri: Civitas, 1988, p. 410.

ampla, ilimitada, conceituada por QUEIRÓ como “qualquer coisa de muito extenso”¹⁰, equiparando-se à arbitrariedade¹¹. Na feliz expressão de Jorge Reis NOVAIS, o Estado de Polícia era caracterizado como “um Estado acima do direito”.¹²

A experiência vivida nesse período não deixou margem à dúvida: o poder seduz, corrompe e é destituído de autocontrole, daí porque se faz necessário o estabelecimento de limites à sua utilização, para evitar abusos e arbitrariedades.

⁹ Sobre o tema, assevera Jorge Reis NOVAIS: “A partir do dever que o Príncipe tem, enquanto ‘primeiro servidor do Estado, de providenciar o bem estar geral, atribui-se-lhe, através do *jus politiae*, a possibilidade de – pessoalmente ou por intermédio dos funcionários do Estado – intervir sem limites em todos os domínios, dos mais aos menos importantes, desde que o próprio Príncipe o considere necessário para a prossecução do bem público. É ao Príncipe que incumbe pessoalmente a imensa tarefa de prosseguir os fins do Estado. Se a natureza humana lho permitisse, ele tudo faria, sozinho. Entende-se, então, que ao lado das matérias de direito, aplicáveis às relações entre particulares e judicialmente tuteladas pelos tribunais ordinários, há as matérias de administração, correspondentes à esfera da **polícia**, área em que os direitos dos particulares podiam ser lesados pela actividade administrativa praticamente sem qualquer protecção. De facto, para além da responsabilidade pessoal dos funcionários por actos ilícitos (dificilmente exequível), os particulares não dispunham de quaisquer mecanismos de defesa perante o Estado. Porém e, no sentido de resolver a contradição entre a necessidade de garantir o princípio supremo do Estado de polícia – a idêa de onnipotência do Estado na prossecução do bem público, e consequentemente, da insindicabilidade dos seus actos – e a necessidade de proteger os particulares eventualmente lesados pela actividade de polícia, ressurgiu, nesta altura, a doutrina do Fisco, originária do direito romano. Ou seja: uma vez que o Estado **propriamente dito** se situava à margem do direito, fora do controlo judicial, produziu-se uma construção segundo a qual o Estado se desdobrava numa outra pessoa moral de direito privado, capaz de entrar em comércio jurídico com os particulares, de se obrigar contratual e extracontratualmente, de ter capacidade judiciária activa e passiva – o Fisco. Assim, e uma vez que só as matérias de direito – relações jurídico-privadas – eram judicialmente tuteladas, através deste expediente possibilitava-se aos lesados pela actividade do Estado accioná-lo judicialmente na pessoa do Fisco. Porém, e apesar da sua importância como única garantia de salvaguarda dos interesses individuais no regime de polícia a doutrina do Fisco não visava a protecção de uma esfera autónoma dos direitos dos particulares, mas tão só minorar patrimonialmente os prejuízos que sofressem. O Estado de Polícia confirmava-se, pois, no essencial, como Estado acima do direito, já que este artifício engenhoso de distinguir duas personalidades no Estado traduzia, quando muito, uma ‘submissão parcial’”. (grifos no original) NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 28-30.

¹⁰ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n.º 6, p. 48, 1968.

¹¹ Aqui, arbitrariedade é utilizada no sentido de a atuação não estar subordinada a determinados parâmetros, e não por se tratar de ato injusto. Com efeito, nas precisas lições de Garrido Fala, a arbitrariedade pode ser justa ou injusta: “o Direito pode ser negado em suas exigências de fundo ou de forma. Desses dois momentos, justamente o momento típico da arbitrariedade é o segundo, quer dizer, a negação do direito quanto à sua forma. Deduz-se, daí, que a arbitrariedade, em princípio, não há porque igualá-la à injustiça. São conceitos distintos. A arbitrariedade pode ser justa e pode ser injusta”. GARRIDO FALLA, Fernando. **Tratado del derecho administrativo**. Madri: Instituto de Estudios, 1962, p. 223.

¹² NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 28.

Surge, com esse ideário, a segunda etapa do Estado Moderno (século XIX), consubstanciado no Estado de Direito¹³⁻¹⁴, com lastro, principalmente, nas doutrinas de MONTESQUIEU e ROUSSEAU.¹⁵

Com efeito, ensina MONTESQUIEU que é “uma experiência que todo homem que possui o poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites”¹⁶. Ainda, na concepção do autor, só é possível falar-se em liberdade quando não há abuso de poder, porquanto esta seria “o direito de fazer tudo o que as leis permitem”. Seguindo essa lógica, para que a liberdade não seja eliminada pelo abuso do poder, impõe-se que “o poder limite o poder”.¹⁷

Para atingir tal finalidade, deve-se proceder ao fracionamento do poder do Estado, a fim de que as competências para produzir as leis, para executá-las e para

¹³ Saliente-se que o termo Estado de Direito é polissêmico, encontrando-se na doutrina diversos conceitos, conforme destaca Jorge Reis NOVAIS: “Sob esta perspectiva seria possível prolongar a exposição quase ilimitadamente, com referência às múltiplas formas de conceber a essência do Estado de Direito, desde as teorias mais acentuadamente formalistas, como a de Kelsen – para quem, da identificação de Direito e Estado decorre a indiferença perante a ‘estéril’ tentativa de delimitar as esferas próprias do indivíduo e do Estado e a inevitável consequência de que quem, ‘segundo o significado geral da expressão, pode caracterizar-se como Estado de Direito todo o Estado que respeite sem condições o Direito objectivo vigente e os direitos subjectivos que existam’ – às teorias que, pelo contrário, condicionam a existência do Estado de Direito a uma prévia valoração material dos fins do Estado, como, entre nós, Castanheira Neves, que desde logo considerava como requisito indispensável a subordinação do Estado ‘à condição suprema de não preterir e de não deixar de visar, como seu fim essencial, a realização da **justiça** na vida real de sua comunidade”. (grifos no original) *Idem*, p. 14.

¹⁴ Nesse sentido, Gustavo ZAGREBELSKY salienta que o Estado de Direito surge com o intuito de eliminar a arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta os cidadãos: “La expresión ‘Estado de derecho’ es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea. Contiene, sin embargo, una noción genérica y embrionaria, aunque no es un concepto vacío o una fórmula mágica, como se ha dicho para denunciar un cierto abuso de la misma. El Estado de derecho indica un valor y alude solo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en si consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del *Machtstaat* y del *Polizeistaat*: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Traducción de Marina Gascón. 9. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 21.

¹⁵ Conforme esposado por QUEIRÓ: “aquilo que o Estado de Direito é forçosamente, é Montesquieu e Rosseau, talvez mais Rousseau que Montesquieu”. QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Reflexões sobre a teoria do desvio de poder**. Coimbra: Coimbra Editores, 1940, p. 8.

¹⁶ MONTESQUIEU, Barão de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993, Livro XI, Cap. IV, p. 173.

¹⁷ *Idem*.

julgar aqueles que eventualmente descumpram tais normas não fiquem a cargo de um mesmo poder.¹⁸

ROUSSEAU, por seu turno, defendia que “o homem nasce livre”. Porém, para viabilizar sua sobrevivência em sociedade, é imprescindível a associação com outros homens, por meio de um *pacto social*, o qual deveria estabelecer que “cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo”.¹⁹ Continua o autor: “em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembléia, e que, por esse mesmo ato, ganha unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade”.²⁰

Essa pessoa pública a que faz alusão ROUSSEAU é o Estado, que seria o único capaz, por representar a vontade geral, de garantir a consecução do bem comum. Ademais, a lei é justamente o instrumento de manifestação dessa vontade geral.²¹

A imbricação dessas duas idéias – separação de poderes e soberania popular – possibilitou o advento desse novo modelo de Estado, o de Direito, o qual está cristalizado em nossa Constituição Federal. Com efeito, considerando que todo o poder emana do povo (art. 1º, § 1º, da Constituição Federal) e que ele é fracionado (art. 2º, CF), no intuito de propiciar um controle recíproco, a atuação do Estado deve estar voltada ao atendimento dessa vontade geral estabelecida no ordenamento jurídico.²² Afasta-se, portanto, a possibilidade de uma atuação livre, arbitrária e ilimitada.

¹⁸ É o princípio da separação dos poderes, sintetizado pelo autor nos seguintes termos: “tudo estará perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas entre os particulares”. Ibidem, Livro XI, Cap. VI, p. 172.

¹⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 1999, Livro I, Cap. I, p. 71.

²⁰ Idem.

²¹ “Já se disse não haver vontade geral visando objeto particular. (...) Mas, quando todo o povo estatui algo para todo o governo, só considera a si mesmo e, caso se estabeleça então uma relação, será entre todo o objeto sob um certo ponto de vista e todo o objeto sob um outro ponto de vista, sem nenhuma divisão do todo. Então a matéria sobre a qual se estatui é geral como a vontade a estatui. A esse ato dou o nome de lei”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Livro II, Cap. VI, p. 107.

²² Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 12.

É nesse modelo de Estado que o direito administrativo encontra terreno fértil para seu desenvolvimento. De fato, as concepções político-institucionais que emergiram nessa época (século XIX), após a Revolução Francesa, com o intuito de limitar e controlar o poder e garantir os direitos individuais viabilizaram o surgimento e desenvolvimento do direito administrativo enquanto ramo autônomo.²³

Superando o modelo de Estado de Polícia, no qual o exercício do poder não encontrava limites prévios, definidos na ordem jurídica, em face de sua legitimação transcendental, o Estado de Direito²⁴ nasceu com o escopo de limitar a atuação administrativa à lei, materializando o princípio da legalidade.²⁵

Saliente-se que a concepção inicial do Estado de Direito foi Liberal²⁶, assentada na idéia de assegurar as liberdades individuais, para o fim de proteger o indivíduo contra as arbitrariedades do Poder Público.²⁷

²³ Odete MEDAUAR ressalta que “o direito administrativo vincula-se à concepção de Estado de direito, justamente porque fixa normas para as atividades da Administração, que é um dos setores do Estado. Somente sob a inspiração da idéia de Estado de direito seria possível fixar preceitos que protegem direito dos indivíduos, perante a Administração, limitando o poder das autoridades”. MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 27.

²⁴ O Estado de Direito é definido por Carlos Ari SUNDFELD como aquele “criado e regulado por uma Constituição, (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros”. SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 38.

²⁵ Sobre o tema, cumpre colacionar as precisas lições de Jorge Reis NOVAIS: “ainda que beneficiando da política econômica mercantilista, a burguesia, afastada dos lugares de governo, necessitava de erguer uma barreira às arbitrariedades do Poder ou, pelo menos, de domesticar uma Administração cujas providências concretas, individuais, e logo potencialmente discriminatórias, não se coadunavam com a calculabilidade, liberdade e igualdade de oportunidades dos agentes econômicos requeridas por um pleno desenvolvimento das bases econômicas em que assentava o emergente poder burguês. NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 31.

²⁶ “A racionalização liberal do Estado virá, assim, a surgir formalmente não só como vitória da Sociedade sobre o Estado – não obstante servir os objectivos de hegemonia política da burguesia -, mas também do Direito sobre o arbítrio, já que, através de uma particular concepção de divisão de poderes, a limitação do Estado se fazia essencialmente através de técnicas de natureza jurídica. Referimo-nos concretamente ao estabelecimento de um conjunto de órgãos (dos quais pelo menos um deriva da eleição nacional) com competências pré-determinadas constitucionalmente, no âmbito de uma divisão de poderes que consagra a supremacia do órgão legislativo (a representação popular) através do ‘império da lei’ e da subordinação do executivo garantida pelo ‘princípio da legalidade’. Portanto, se por um lado a representação política (com sufrágio censitário, autonomia dos representantes e mandato representativo) institucionaliza a relativa separação e autonomia do aparelho de Estado, a divisão de poderes – entendida naqueles termos – garantia a previsibilidade da intervenção do Estado, ao mesmo tempo que, complementada pela institucionalização da justiça administrativa, se revelava como técnica jurídica adequada à protecção dos direitos individuais e à subordinação do Poder às exigências da sociedade. Assim, o objectivo último de garantir a liberdade e os direitos fundamentais do indivíduo traduzia-se no estabelecimento de um sistema de garantias (de

De cunho marcadamente abstencionista, objetivava o distanciamento do Poder Público em relação à vida social, econômica e religiosa do indivíduo²⁸, como forma de assegurar a independência da sociedade perante o Estado e garantir os direitos fundamentais de primeira dimensão: liberdade, igualdade e propriedade.

Nas precisas lições de Jorge Reis NOVAIS, o Estado de Direito é aquele que se encontra vinculado à proteção, garantia e realização efetiva dos direitos fundamentais, os quais passam a ser indisponíveis para o próprio Estado:

Perante a diversidade das concepções referidas, e rejeitando a perspectiva formalista por a considerarmos vinculada a um contexto e interesses não generalizáveis (...), parece-nos

natureza jurídica) que impregnava toda a estruturação do Estado e enquadrava as suas relações com a sociedade. Por um lado, procedia-se à repartição de funções por órgãos distintos e atribuía-se um valor jurídico hierarquizado aos diferentes actos estaduais; por outro, através do reconhecimento da subjectividade jurídica do Estado – com a conseqüente titularidade de direitos e deveres perante os cidadãos – e da tutela jurisdicional destas situações subjectivas, as relações entre particulares e o Estado constituíam-se em relações essencialmente jurídicas, submetidas ao império do Direito. Direitos fundamentais e divisão dos poderes com **império da lei e princípio da legalidade**), surgem, pois, como os elementos fundamentais do Estado de Direito liberal, tal como proclamava, de forma lapidar, o art. 16º da Declaração de Direitos de 1789. O que não significa, como poderia inferir-se da conhecida teoria de Carl Schmitt, que a validade destes elementos se confine à forma burguesa do Estado de Direito; pelo contrário, como decorre da concepção que vimos defendendo, consideramo-los necessários a toda a manifestação histórica de Estado de Direito. A ‘adjectivação’ liberal do Estado de Direito advém, portanto, não do princípio de limitação jurídica do Estado dirigida à garantia dos direitos e liberdades fundamentais, mas sim da concretização particular que as técnicas jurídicas de limitação assumem no contexto do Estado liberal e, sobretudo, do condicionamento dos direitos fundamentais pelos valores burgueses”. (grifos no original) *Ibidem*, p. 69-70.

²⁷ Nesse modelo, entendia-se que o bem-comum seria alcançado por meio da consecução dos objetivos individuais. Assim, cada indivíduo, tendo liberdade para auto-regular sua vida econômica e social, propiciaria a obtenção do bem estar geral. Infere-se, por influência da doutrina de Adam SMITH, a metáfora liberal da mão invisível, consubstanciada na idéia de que os homens são capazes de atingir a felicidade por meio de suas ações particulares, desde que seja garantida a liberdade de mercado.

²⁸ Conforme esposado por Paulo Ricardo SCHIER: “toda caracterização liberal do Estado de Direito se funda, em última análise, em pressupostos ideológicos decorrentes de uma tríplice separação ideal entre Estado e Sociedade: a) separação entre política e economia, segundo a qual o Estado deve se limitar a garantir a segurança e a propriedade dos cidadãos, deixando a vida econômica entregue a uma dinâmica de auto-regulação pelo mercado (principal expoente é Adam Smith); b) separação entre o Estado e a moral, segundo a qual a moralidade não é assunto que possa ser resolvido pela coação externa ou assumido pelo Estado, mas apenas pela consciência autônoma do indivíduo (principal expoente é Kant); c) separação entre o Estado e a sociedade civil, segundo a qual esta última é o local em que coexistem as esferas morais e econômicas dos indivíduos, relativamente às quais o Estado é mera referência comum, tendo como única tarefa a garantia de uma paz social que permita o desenvolvimento da sociedade civil segundo suas próprias regras (tendo como principal expoente, segundo Jorge Reis Novais, Humboldt)”. SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional**: anotações nucleares. Curitiba: Juruá, 2003, p. 33. No mesmo sentido vide: NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 51-52.

possível isolar, como componente essencial e determinante do conceito, o núcleo constituído pela liberdade e direitos fundamentais do cidadão. Coincidindo com Giuseppino Treves, atrás citado, parece-nos que, independentemente da época, países ou condições de vigência, este será o elemento sem o qual não haverá Estado de Direito. Nesta perspectiva, o outro pólo da idéia – a limitação jurídica do Estado e dos titulares do poder – só adquire sentido, justificação e inteligibilidade em função do respeito, garantia e promoção dos direitos e liberdades fundamentais.

Podem variar as técnicas formais de vinculação e limitação do Estado; pode haver ‘muito’ ou ‘pouco’ **Estado**; as formas de organização do poder político e os sistemas de governo não serão necessariamente idênticos, mas só haverá Estado de Direito quando no cerne das **preocupações** do Estado e dos seus fins figurar a protecção e garantia dos direitos fundamentais, verdadeiro ponto de partida e de chegada do conceito.

Ponto de partida porque, desde logo, desde o momento constituinte, o Estado terá de visar, como núcleo essencial dos seus fins, a realização dos direitos; o que não será, contudo, suficiente, pois não seria Estado de Direito aquele que deliberada ou involuntariamente se desviasse daquele objectivo, pelo menos na medida em que a sua realização esteja objectivamente ao seu alcance. A efectiva garantia e protecção dos direitos será assim, igualmente, ponto de chegada, ainda que, como dissemos, nunca plena ou absolutamente alcançado.

Estado de Direito será, então, o Estado vinculado e limitado juridicamente em ordem à protecção, garantia e realização efectiva dos direitos fundamentais, que surgem como indisponíveis perante os detentores do poder e o próprio Estado.²⁹ (grifos no original)

De fato, foi primordial à concretização do Estado de Direito a necessidade de subsunção da atuação administrativa à lei, em decorrência do princípio da legalidade³⁰, que funcionava como um limitador externo da atuação administrativa, voltado à preservação dos direitos individuais.

Em que pese ter adotado como dogma o princípio da legalidade, importa destacar que esse primado apresentava conotação bem diversa da atual. Nesse contexto, ou seja, nos primórdios do Estado liberal, era facultado à Administração Pública fazer tudo o que a lei expressamente permitisse assim como tudo aquilo que a lei não vedasse.³¹

²⁹ Ibidem, p. 16-17.

³⁰ Nas precisas lições de CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “o princípio da legalidade da administração é o fundamento do moderno Estado de direito”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 360.

³¹ Nesse sentido, colaciona-se doutrina de Rita TOURINHO: “nesta etapa, o princípio da legalidade característico do Estado de Direito, era entendido de forma mais liberal; a Administração Pública podia fazer tudo o que a lei expressamente determinava, como também tudo aquilo que a lei não proibia. Assim, à Administração Pública caberia a atuação concreta da vontade da lei. Por outro lado, havia aquelas outras atividades desempenhadas pela Administração Pública que estavam isentas de qualquer vinculação à norma jurídica, conseqüentemente, a qualquer controle judicial”. TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade

À Administração Pública ainda era reconhecida, portanto, uma esfera de atuação livre, sem qualquer limitação, e isenta de controle judicial, precisamente em face das lacunas da lei.³² Nessas lacunas é que residia a discricionariedade administrativa, conforme asseveram GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: “a Administração pode usar de sua discricionariedade, isto é, de sua

administrativa. In: GARCIA, Emerson (coordenador). **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 91-160.

³² Sobre a evolução do princípio da legalidade no Estado Liberal colaciona-se excerto da obra de Jorge Reis NOVAIS, em face de sua importância do tema para o presente trabalho: “Ao contrário da margem de liberdade de que dispunha no Estado de Polícia, a vinculação da Administração à legalidade, ao direito, manifesta-se agora em dois vetores: por um lado a sua competência funda-se juridicamente, ou seja, nos textos legais emanados pelo Parlamento e não apenas nas instruções ou comandos do Príncipe; por outro lado, e era este o aspecto mais relevante na primeira fase do Estado de Direito liberal, os direitos dos particulares – tuteladas pela lei – surgem também como limite externo à actividade da Administração. Numa primeira fase do Estado liberal de Direito pode dizer-se que a vinculação legal da Administração se traduzia na obrigatoriedade de não violar a lei, de actuar dentro dos seus limites, já que ela possuía preferência face às restantes actividades do Estado (*Vorrang des Gesetzes*); ou seja, a supremacia da lei significava tão só – no que se refere às suas relações com a Administração – que os actos de grau inferior não podiam ser dirigidos *contra legem*. Dentro dos limites da lei a Administração movia-se ainda numa esfera considerada juridicamente irrelevante e, logo, actuava livremente não necessitando de fundamento legal. Nesta fase, o princípio da legalidade – entendido como **preferência ou prevalência** da lei – postulava essencialmente a impossibilidade de condutas *contra legem* por parte da Administração, cuja actividade podia, assim, ser decomposta numa área de ‘administração contenciosa’ (em que a violação da lei era proibida e judicialmente sancionável), e de ‘administração pura’ (em que, respeitando as barreiras da lei, a Administração actuava livremente). Contudo, a consciência de que esta situação prolongava perigosamente, embora num contexto agora marcado pela abstenção do Estado, a distinção típica do Estado de Polícia entre matérias de direito (*Justizsachen*) e matérias de administração (*Regierungssachen*), apelava a uma extensão do entendimento do princípio da legalidade, o que viria a concretizar-se no princípio da reserva de lei (*Vorbehalt des Gesetzes*). Não bastava já que os actos da Administração não violassem a lei – e os direitos subjectivos que esta consagrava – , mas exigia-se também que certos domínios – a liberdade e a propriedade individuais – só pudessem ser regulados por lei ou com base numa lei. (...) Finalmente, o princípio da legalidade, entendido não só como protecção dos direitos subjectivos dos particulares, mas igualmente dirigido à protecção da legalidade objectiva, assumirá nova amplitude quando a legitimidade do recorrente contra ilegalidades da Administração passou a basear-se tanto na ofensa de direitos como de interesses legítimos, abrindo caminho à sindicabilidade judicial da regularidade formal dos actos da Administração e da sua correspondência com o fim previsto pelo legislador. Assim, e no termo do processo conducente à integral submissão da Administração à lei – desenvolvido em torno e com base no princípio da legalidade – resulta que, parafraseando a síntese de Freitas do Amaral, em primeiro lugar toda a actividade administrativa – e não só as actividades privadas da Administração, como no Estado de Polícia – fica subordinada à lei; em segundo lugar, a actividade administrativa, com base na sua submissão à lei, assume carácter jurídico e, em terceiro lugar, com base na sujeição da Administração ao controlo dos tribunais, os particulares adquirem garantias que lhes asseguram o cumprimento da lei pela Administração”. (grifos no original) NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 93-100.

livre autonomia, em todos aqueles pontos que a lei não regulou. A discricionariedade operaria no espaço livre da lei”.³³

Dessa feita, muito embora o direito administrativo, enquanto ramo autônomo, tenha se desenvolvido no contexto do Estado de Direito, cujo escopo era precisamente limitar os poderes do Estado, submetendo-o à lei, é possível constatar que, na prática, seu advento representou muito mais a manutenção dos privilégios do Antigo Regime, do que propriamente sua superação.³⁴ Basta pensar, para corroborar o afirmado, nos institutos típicos dessa matéria: supremacia do interesse público sobre o privado; discricionariedade administrativa; ausência de sindicabilidade do mérito do ato administrativo, dentre outros.³⁵⁻³⁶

³³ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 414-415.

³⁴ Na verdade, é preciso reconhecer, conforme ponderado por Gustavo Zagrebelsky, que o princípio da legalidade, enquanto limite à atuação administrativa, apresentava conotações diversas, a depender do modelo adotado: “La sumisión de la Administración a la ley se afirmaba con carácter general, pero eran varias las formulaciones de esta sumisión y de significado no coincidente. No era lo mismo decir que la Administración debía estar sujeta y, por tanto, **predeterminada** por la ley o, simplemente, **delimitada** por ella. En El primer caso, prevalente en el ‘monismo’ parlamentario francés donde solo la Asamblea representaba originariamente a la Nación y todos los demás órganos eran simples ‘autoridades’ derivadas, la ausencia de leyes – leyes que atribuyesen potestades a la Administración – significaba para ésta la imposibilidad de actuar; en El segundo, extendido en Alemania y en las constituciones ‘dualistas’ de la Restauración, la ausencia de leyes – leyes que delimitasen las potestades de la Administración – comportaba, en línea de principio, la posibilidad de perseguir libremente sus propios fines. L ‘ley previa’, como garantía contra la arbitrariedad, era aquí tan sólo una recomendación válida ‘em la medida en que fuese posible’, no un principio inderogable”. De qualquer sorte, ambas as concepções tinham como ponto comum a necessidade de compatibilidade entre exercício de poder discricionário e respeito aos direitos e garantias individuais, como liberdade e propriedade, por exemplo. Nesse sentido, complementa o autor: “En culaquier caso, sin embargo, se coincidía al menos en un punto, sin lo cual se habría contradicho irremediamente la esencia del Estado liberal de derecho. Aun cuando se sostuviese la existencia de potestades autónomas del ejecutivo para la protección de los intereses unitarios del Estado, eso sólo podía valer en la medida en que no se produjeran contradicciones con las exigencias de protección de los derechos de los particulares, la libertad y la propiedad. Según una regla básica del Estado de derecho, las regulaciones referentes a este delicado aspecto de las relaciones entre Estado y sociedad eran objeto de una ‘reserva de ley’ que excluía la acción independiente de la Administración. La tarea típica de la ley consistía, por consiguiente, en disciplinar los puntos de colisión entre intereses públicos e intereses particulares mediante la valoración respectiva del poder público e intereses particulares mediante la valoración respectiva del poder público y de los derechos particulares, de la autoridad y de la libertad”. (grifos no original) ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 27-28.

³⁵ Nessa linha Gustavo BINENBOJM assevera que: “A judicialização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos”. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 11.

1.1.2. Do Estado Social ao Estado Democrático de Direito.

Não obstante as promessas do Estado Liberal, no sentido de assegurar os direitos fundamentais de primeira dimensão, o fato é que o objetivo da burguesia não era propriamente a consagração desses direitos a todos os indivíduos, mas tão-somente aos detentores de poder econômico.³⁷

O individualismo e o abstencionismo do Estado Liberal acarretaram grandes injustiças sociais e demonstraram a necessidade de efetiva intervenção do Estado com o escopo de concretizar os direitos fundamentais, sendo insuficiente, portanto, sua abstenção no sentido de não violar tais direitos.

Nessa linha, para a realização da justiça social, é imprescindível que o Estado atue por meio de prestações positivas. Ademais, também não é suficiente submeter apenas parcela das atividades da Administração à lei, conferindo ampla liberdade em face da lacuna legal. Que o legislador não é capaz de prever todas as situações possíveis em que se faz necessária a atuação administrativa, é algo que ninguém olvida. Mas, daí a conferir ampla liberdade, é uma opção que não se coaduna com o ideário do Estado de Direito.

Nesse contexto, cumpre analisar a concepção de Estado Social³⁸, o qual almejava a consecução da igualdade material³⁹ por meio da efetiva intervenção na ordem econômica e social.⁴⁰

³⁶ Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO bem destaca que o Poder Executivo não absorveu os valores liberais da época: “estranhamente, porém, o **Poder Executivo**, sede da Administração Pública, a cargo da mais generalizada, intensa e próxima interação entre o Estado e a sociedade, não apresentou qualquer destaque significativo nessa mesma linha de efetiva absorção dos princípios liberais. Ao contrário, sua evolução seguiu uma principiologia oposta, dando ênfase a institutos que reforçavam o **poder de império** do Estado, como a sua **atuação discricionária**, a **exclusão do administrado** na formação do processo decisório, a **executoriedade** e a **autotutela**”. (grifos no original) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 9.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1983, p. 42.

³⁸ Foram pioneiras na consagração de direitos sociais a Constituição do México de 1917 e a Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar), servindo de inspiração para Constituição de diversos países. Sobre este modelo, colaciona-se doutrina de Luiz Roberto BARROSO: “Já no século XX, no entanto, sobretudo a partir da Primeira Guerra, o Estado ocidental torna-se progressivamente intervencionista, sendo rebatizado de Estado social. Dele já não se espera apenas que se abstenha de interferir na esfera individual e privada das pessoas. Ao contrário, o Estado, ao menos idealmente,

Conforme esposado por Jorge Reis NOVAIS:

O Estado representativo liberal era incapaz de responder a estes estímulos e corresponder às novas necessidades a partir da mera correcção da postura de separação das instâncias política e social; o que a nova época exigia era não apenas um acréscimo das intervenções do Estado, mas uma alteração radical na forma de conceber as suas relações com a sociedade. Constatado o perecimento da crença na auto-suficiência da esfera social, tratava-se agora de proclamar um novo ‘ethos político’: a concepção da sociedade não já como um dado, mas como um objeto susceptível e carente de uma estruturação a prosseguir pelo Estado com vista à realização da justiça social. É na plena assunção deste novo princípio de socialidade e na forma como ele vai impregnar todas as dimensões de sua actividade – e não na mera consagração constitucional de medidas de assistência ou no acentuar da sua intervenção econômica – que o Estado se revela como ‘Estado social’.

Assim, e desde logo, o Estado centra o essencial das suas preocupações em torno da distribuição e redistribuição do produto social, para o que se empenha decisivamente na direcção e controlo do processo produtivo, convertendo-se no chamado ‘Estado económico’. Tal não significa apenas que ele se envolve directamente na produção (como ‘Estado empresário’), mas, sobretudo, que encara a esfera econômica como susceptível de ser moldada em função das exigências sociais e dos objectivos políticos por ele definidos. O Estado não só toma decisões destinadas a influenciar o processo produtivo, como integra essas medidas numa planificação econômica global definida em função de uma prévia selecção e hierarquização de prioridades de desenvolvimento, sendo possível detectar uma evolução através da qual, a partir de uma primeira fase de **intervencionismo** localizado, se

torna-se instrumento da sociedade para combater a injustiça social, conter o poder abusivo do capital e prestar serviços públicos para a população. Como natural e previsível, o Estado social rompeu o equilíbrio que o modelo liberal estabelecera entre público e privado. De fato, com ele se ampliou significativamente o espaço público, tomado pela atividade econômica do Estado e pela intensificação de sua atuação legislativa e regulamentar, bem como pelo planejamento e fomento a segmentos considerados estratégicos”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65-66.

³⁹ A igualdade material veio com o escopo de garantir a efetiva igualdade, ou seja, propiciar um tratamento diferenciado àqueles que não estejam em situação de igualdade fática, no sentido de minimizar tais diferenças. Essa concepção, portanto, é diversa daquela formal, típica do Estado Liberal, que assegurava tão-somente a igualdade de todos perante a Lei, o que acabou por acarretar significativa desigualdade social, porquanto não é possível supor que, em uma sociedade plural, todos sejam, de fato, iguais. Conforme destaca Eros Roberto Grau: “argumentar-se-á, de toda sorte, diante do enunciado do art. 5º da Constituição de 1988 (‘Art. 5º. Todos são iguais **perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos”- grifos meus), com a observação de que, neste enunciado, bem distinto dos que as nossas Constituições antecedentes o institucionalizaram, há consagração do princípio da igualdade não apenas em **termos formais**, mas também em **termos materiais**. Vale dizer: o que a nova Constituição postula, expressamente, é o entendimento segundo o qual a tão-só igualdade **perante a lei** pouco ou nada significaria (Kelsen 1963/66 e ss)”. (grifos no original) GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 166.

⁴⁰ Augustin GORDILLO retrata essa passagem do Estado Liberal para o Social: “a História registra primeiro o despotismo estatal sobre os indivíduos; a seguir e como reação, a acerbação do indivíduo frente à sociedade; por fim e como ideal, o equilíbrio racional dos dois elementos essenciais do mundo livre contemporâneo: indivíduo e sociedade, indivíduo e Estado”. GORDILLO, Augustin. **Princípios gerais do direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 49.

passa para uma acção estadual sistemática sobre o processo econômico – o **dirigismo** – e, por fim, para a **planificação**.⁴¹ (grifos no original)

Essa mudança na função do Estado – antes voltado a assegurar a liberdade e a igualdade formal, agora a garantir a efetiva igualdade, de cunho material, com o intuito de diminuir as diferenças sociais – acarretou uma alteração na própria forma de se conceber o Estado de Direito. Esse novo modelo surge com a promessa de resgatar a dimensão material do direito, por meio de prestações positivas aptas a implementar os direitos fundamentais.⁴²

Assim, o Estado assume a função de garantir uma justiça social generalizada, propiciando as condições mínimas para a existência digna dos cidadãos, mediante a prestação de serviços públicos tais como: saúde, educação, fornecimento de energia elétrica, transporte público, segurança, lazer e cultura, políticas públicas condizentes à redistribuição das riquezas, dentre outros. Em suma, cumpre ao Poder Público implementar um conjunto de políticas públicas capazes de atender as necessidades da população, de forma que o advento desse modelo de Estado não pode ser vislumbrado apenas como um aumento quantitativo de direitos (os sociais) mas sim qualitativo, na medida em que a preocupação passa a ser (ou pelo menos deveria ser) com a qualidade

⁴¹ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 193-194.

⁴² Sobre o tema, colaciona-se doutrina de Daniel SARMENTO: “Até meados do século XX, as constituições tratavam apenas da estrutura básica do Estado, quando muito incorporando um elenco de direitos individuais do cidadão, concebidos exclusivamente como direitos de defesa em face dos governantes. Contudo, a partir das Constituições do México de 1917, e de Weimar de 1919, este modelo vai se alterar. A maioria das constituições editadas posteriormente agregará ao seu temário vários outros assuntos, como economia, relações de trabalho, proteção à família, cultura, etc. Muitas delas vão também garantir, além dos clássicos direitos individuais, direitos sociais e econômicos, que demandam prestações positivas do Estado, viabilizadas através de políticas públicas onerosas: direitos à educação, à saúde, à previdência, à moradia, etc. Neste novo paradigma, por outro lado, a visão sobre o papel do Estado mesmo em relação aos direitos individuais se modifica. Se até então prevalecia a idéia de que, para não desrespeitar estes direitos, bastava que os poderes públicos se abstivessem de atentar contra eles, doravante será reconhecido que o Estado tem também deveres positivos nesta esfera. Além de não violar, ele deve ainda proteger os direitos individuais dos seus cidadãos das lesões e ameaças provenientes das mais diversas fontes: conduta de outros particulares, riscos naturais, riscos decorrentes de novas tecnologias, etc. Incumbe-lhe também assegurar, no mundo real, as condições materiais mínimas para que estes direitos individuais possam ser efetivamente fruídos por todos na sociedade, inclusive pelos integrantes dos grupos mais desfavorecidos”. SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 119.

dos direitos ofertados aos cidadãos, justamente porque eles devem garantir uma vida digna.⁴³

É preciso ressaltar que este modelo de Estado é equiparado, muitas vezes, ao Estado Providência, de bem-estar ou assistencial, dentre outros. Infere-se que todos os termos colacionados acentuam a função precípua de intervenção do Poder Público na sociedade, com o fim de atender as necessidades mínimas da população mais carente, daí a conotação assistencial, por exemplo.⁴⁴

Estas concepções não se confundem com o Estado Social, cujo propósito ultrapassa a mera intervenção na ordem econômica e social com o intuito de conferir assistência aos mais necessitados. Este modelo, ao revés, visa à socialização do Estado, o que exige a submissão das políticas públicas à vontade democrática, sob pena de o qualitativo “social” não passar de mera retórica. Com efeito, para que se reconheça o Estado como Social é imprescindível a existência de um quadro político de vida democrática que permita ao cidadão a condição de participante ativo na gestão pública e não apenas uma função de receptor da intervenção do Estado.⁴⁵

Nessa linha, a atuação do Estado com o escopo de transformar a ordem econômica e social somente não se configurará em ato arbitrário caso traduza, em cada momento, a vontade democrática, daí porque é possível afirmar, com arrimo nas lições de Paulo Ricardo SCHIER, que só existe Estado Social se este for, necessariamente, democrático. Portanto, o qualitativo Social deve sempre vir acompanhado do Democrático.⁴⁶

⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 195-196.

⁴⁴ Ibidem, p. 198-200.

⁴⁵ Ibidem, p. 201-202.

⁴⁶ Consoante aduz Paulo Ricardo SCHIER, “no âmbito do Estado Social não basta o mero afã retórico de intervenção organizada e sistemática do Estado na economia, à procura de um bem-estar: é necessária a manutenção e aprofundamento de um quadro político de vida democrática que reconheça ao cidadão um estatuto de participante, e não apenas de mero recipiente da intervenção social do Estado (o que ocorreu no fascismo, nazismo e comunismo – o mero intervencionismo ou paternalismo, dependendo do caso). Então, como o Estado Social exige pressuposto democrático, todo Estado Social é necessariamente Estado de Direito Social Democrático. Se não for democrático, é apenas Estado Intervencionista ou paternalista”. SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito ...**, p. 41.

Feita esta ressalva, cumpre destacar que, para atingir tal desiderato, passou-se a limitar o exercício de direitos individuais, em prol do interesse coletivo.⁴⁷ Ademais, conferiu-se função normativa ao Executivo para a expedição de decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos, justamente para propiciar uma maior atuação desse poder.

E, como não poderia deixar de ser, o princípio da legalidade ganha nova conotação: a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. A submissão à lei, portanto, abrange toda a atividade do Poder Público, não se cogitando mais a liberdade de atuação nas hipóteses de lacuna no ordenamento jurídico.

Sob a influência do positivismo jurídico, conforme será analisado na seqüência, a atuação administrativa, inclusive nos atos discricionários, está submetida e delimitada pela lei. MERKL, seguidor da doutrina de KELSEN, expressa bem essa conotação do princípio da legalidade:

(...) o sentido jurídico do princípio da legalidade consiste em que cada uma das ações administrativas se acha condicionada por uma lei formal, da qual deve resultar a licitude ou a necessidade jurídicas da ação administrativa em questão. (...) toda ação administrativa concreta, se quer ter-se a certeza de que realmente se trata de uma ação administrativa, deverá ser examinada sob o ponto de vista de sua relação com o ordenamento jurídico. Só na medida em que possa ser referida a um preceito jurídico ou, partindo de um preceito jurídico, possa derivar dele, manifesta-se essa ação como função jurídica, como aplicação do direito e, devido à circunstância de que esse preceito jurídico tem que ser aplicado por um órgão administrativo, mostra-se como ação administrativa. Se uma ação que se pretende apresentar como ação administrativa não pode ser legitimada por um preceito jurídico que prevê semelhante ação, não poderá ser compreendida como ação do Estado.⁴⁸

Com efeito, KELSEN apresenta em sua obra Teoria Pura do Direito uma norma fundamental que serve de fundamento de validade para todas as normas pertencentes ao ordenamento jurídico vigente. Analisa a relação entre as diversas normas jurídicas, destacando a existência de um escalonamento entre elas (normas superiores e inferiores). Porém, segundo o autor, a norma de escalão superior não vincula de forma absoluta, em todas as direções e sob todos os aspectos, já que é possível vislumbrar uma margem de livre apreciação, ou seja, a norma de escalão

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade ...**, p. 30.

⁴⁸ MERKL, Adolfo. Op. cit., p. 212-213; 223.

superior funciona como uma moldura, que deverá ser preenchida pelo ato sobre o qual incidirá.⁴⁹

Essa concepção positivista acabou por influenciar a definição de discricionariedade administrativa, entendida como a margem de liberdade conferida pela lei. Essa margem de liberdade, conforme será explicitado, constitui o chamado mérito do ato administrativo.

Porém, em que pese o avanço, no sentido de limitar a atuação administrativa, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO adverte que “as dificuldades em entender onde termina a legalidade e começa a discricionariedade administrativa levam o Poder Judiciário, até mesmo por comodismo, a deter-se diante do mal definido ‘mérito’ da atuação administrativa, permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo onde deveria haver discricionariedade exercida nos limites estabelecidos em lei”.⁵⁰

Ademais, sob a influência do positivismo jurídico, o Estado de Direito era concebido como uma estrutura de poder submetida à lei, em sentido formal, sem qualquer preocupação com o conteúdo por ela veiculado, inexistindo, portanto, qualquer vinculação do direito com a justiça.⁵¹⁻⁵²

⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 388.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade ...**, p. 30.

⁵¹ Jorge Reis NOVAIS, ao analisar o fundamento teórico propugnado por Kelsen para legitimar esse modelo de estado, assevera que: “Kelsen acaba por constituir teoricamente o Estado de Direito como Estado de Legalidade. De facto, Kelsen apresenta um ‘Estado de Direito’ finalmente depurado dos valores que, explícita ou implicitamente, o acompanhavam desde a sua origem, culminando um processo que, embora partindo da formalização do conceito originário, desemboca numa construção teórica que, em nosso entender, justifica a designação autônoma de Estado de Legalidade (...) o Estado de Legalidade só é de Direito porque actua na via do Direito (Positivamente identificado com legalidade) e não porque defenda ou se sustente numa particular idéia de Direito”. NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 103-123; 124.

⁵² Sobre o tema, convém citar doutrina de Jorge Reis NOVAIS: “(...) a absolutização do princípio da legalidade como valor em si e a proclamação incondicional do dever de obediência às leis positivas – que, no fundo, constituem os traços caracterizadores da ideologia do positivismo e formalismo jurídicos – não podem deixar de ser entendidos como **cúmplices** daquela perversão dos ideais da limitação jurídica do Estado, na medida em que funcionam objectivamente como instrumentos de **legitimação** de toda a ordem vigente, enquanto ordem jurídica estabelecida. Independentemente do juízo global acerca da responsabilidade do positivismo no advento dos regimes autoritários na Europa do pós-guerra, urge reconhecer que esta postura favorecia indistintamente a estabilização e conservação de todo o Poder constituído. Se inicialmente o positivismo se podia apresentar como progressista, na medida em que atacava os alicerces ideológicos do *ancien regime*, virá posteriormente a assumir um cunho marcadamente conservador de defesa do *status*. De facto, pretendendo descobrir na sociedade as leis que a governam inexoravelmente, o positivismo só pode

Em diversos países, a onipotência da lei e o legalismo acrítico serviram de respaldo para legitimar movimentos políticos e militares que promoveram barbáries em nome da lei, a exemplo do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha.⁵³

As conseqüências funestas do positivismo formalista e a incapacidade do Estado⁵⁴ para atender as demandas da sociedade propiciaram o advento do Estado Democrático de Direito, que surge com o escopo de cumprir as promessas da modernidade.⁵⁵ Até porque, consoante destacado alhures, o Estado somente conseguirá transformar a realidade social caso esteja inserto num quadro político democrático.

Dessa feita, ao conceito de Estado Social de Direito deve ser acrescida a participação popular na gestão da coisa pública, interferindo o cidadão no processo político, na tomada de decisões e no controle dos atos do Poder Público.

A Constituição Federal de 1988 determina em seu art. 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e o pluralismo político.

pregar a resignação perante o **dado**, a aceitação do **fato** e a indiferença perante a possibilidade de transformação e mudança imprimidas pelo homem. Ainda que se disfarce de neutro e imparcial ou se convença que é anti-ideológico e anti-legitimador, o positivismo jurídico é sempre a tolerância para com o direito dado (o que o torna aceitável por todas as ordens estabelecidas), é sempre adequado, como diz Marcuse, a fundar uma teoria positiva de autoridade. Paralelamente, a construção positivista do Estado de Direito, que inicialmente se justificava pela superioridade técnica e neutralidade ética dos seus fundadores, cedo conduzia à desresponsabilidade axiológica do poder legislativo de que resultava não a autoridade impessoal do direito, mas a legitimação do arbítrio do legislador. Assim, a função legitimatária do conceito de Estado de Direito, que o positivismo jurídico procurara erradicar através da sua caracterização como **Estado de Legalidade**, reentraria paradoxalmente pela janela aberta por tal redução formalista; pois, se com ela se visava recusar a legitimação de particulares tipos históricos de Estado, na realidade tal construção proporcionaria que Estados situados nos antípodas do projecto originário de limitação jurídica do Poder pudessem – através de uma agora ambígua caracterização como Estado de Direito (*de legalidade*) – recolher parasitariamente a legitimidade resultante do prestígio acumulado por aquele ideal”. (grifos no original) Ibidem, p. 127-129.

⁵³ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 241-242.

⁵⁴ “Esse estado de busca do bem-estar social, o *welfare state*, chegou ao final do século amplamente questionado na sua eficiência, tanto para gerar e distribuir riquezas como para prestar serviços públicos. A partir do início da década de 80, em diversos países ocidentais, o discurso passou a ser o da volta ao modelo liberal, o Estado mínimo, o **neoliberalismo**. Dentre seus dogmas, estão a desestatização e desregulamentação da economia, a redução das proteções sociais ao trabalho, a abertura de mercado e a inserção internacional dos países, sobretudo através do comércio. O neoliberalismo pretende ser a ideologia da pós-modernidade, um contra-ataque do privatismo em busca do espaço perdido pela expansão do papel do Estado”. (grifos nossos) Ibidem, p. 66.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Luis Losé Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 104-105.

Por sua vez, o preâmbulo da Constituição Federal contempla os objetivos desse Estado Democrático: assegurar o exercício dos direitos individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Infere-se, na esteira de Lenio STRECK, que o Estado Democrático de Direito faz uma síntese dos modelos anteriores e acrescenta as condições de possibilidade para cumprir as promessas da modernidade, com o claro objetivo de transformar a realidade. Segundo o autor:

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo das Constituições, através do ideal de vida consubstanciado nos princípios que apontam para uma mudança no *status quo* da sociedade. Por isso, como já referido anteriormente, no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-principiológico.⁵⁶

Em outra passagem de sua obra, complementa o autor:

O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito. Registre-se que os direitos coletivos, transindividuais, por exemplo, surgem, no plano normativo, como consequência ou fazendo parte da própria crise do Estado Providência. Desse modo, se na Constituição se coloca o modo, é dizer, os instrumentos para buscar/resgatar os direitos de segunda e terceira gerações, via institutos como substituição processual, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção (individual e coletivo) e tantas outras formas, **porque no contrato social – do qual a Constituição é a explicitação – há uma confissão de que as promessas da realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas.**⁵⁷ (grifos no original)

Percebe-se, do exposto, uma vinculação direta entre a concepção de Estado Democrático de Direito e o dever de concretizar os direitos fundamentais, situação que

⁵⁶ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: 2009, p. 37.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 36.

repercute consideravelmente na esfera do direito administrativo, porquanto a Administração Pública deve pautar seus atos no sentido de viabilizar a consecução de tais direitos.

Especificamente na seara do direito administrativo, a Constituição Federal plasmou um conjunto de princípios que informam o chamado regime jurídico-administrativo (do qual avultam legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dentre outros), exigindo-se a transição de uma Administração Pública de perfil autoritário – dominante antes da promulgação da Carta de 1988 – para uma Administração Pública de perfil democrático.

Nessa esteira, propugna-se pela vinculação da lei aos ideais de justiça. Impõe-se a submissão da atuação administrativa ao direito (enquanto conjunto de princípios e regras que formam o ordenamento jurídico vigente) e não apenas à lei em sentido formal. A discricionariedade administrativa, por seu turno, também passa a ser interpretada como poder que encontra parâmetros e limites no próprio ordenamento jurídico, não sendo crível supor margem de liberdade da Administração Pública isenta de qualquer controle pelo Poder Judiciário.

Com o intuito de se garantir uma melhor compreensão acerca da discricionariedade administrativa, cumpre discorrer, ainda que de forma breve, acerca do positivismo jurídico – que serviu de respaldo para a concepção clássica de discricionariedade administrativa – para que se entenda o porquê de sua superação em face do processo de constitucionalização do direito, mormente do direito administrativo.

1.2. DO POSITIVISMO JURÍDICO AO (NEO) CONSTITUCIONALISMO.

1.2.1. Positivismo Jurídico: ascensão e decadência.

É possível identificar, na esteira de Luís Roberto BARROSO, as seguintes características do positivismo filosófico: (i) a ciência é o único conhecimento verdadeiro, isento de indagações teleológicas ou metafísicas, que visem questionar acerca de causas e princípios abstratos, não passíveis de demonstração; (ii) o

conhecimento científico, necessariamente, é objetivo; fundamenta-se na diferença entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que fique imune a opiniões, preferências ou preconceitos; e, por fim, (iii) o método científico utilizado nas ciências naturais, a partir da observação e da experimentação, deve ser aplicado a todas as áreas de conhecimento, inclusive às ciências sociais.⁵⁸

Saliente-se que o positivismo jurídico importou para o direito as características do positivismo filosófico, na tentativa de se formular uma ciência jurídica pautada na objetividade, neutralidade e imparcialidade, similar, portanto, às ciências exatas e naturais.

Urge destacar que o vocábulo positivismo apresenta muitas conotações⁵⁹, não obstante, é possível reconhecer algumas teses centrais⁶⁰, compartilhadas por diversas propostas positivistas, a saber:

a) a existência (vigência e validade) do direito está intimamente ligada às práticas sociais, sendo estas, portanto, fontes do direito;⁶¹

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 239. Marco Aurélio MARRAFON aponta as seguintes características: “(i) baseia-se no método das ciências naturais e da matemática e considera-se o único permitido; (ii) busca a ‘verdade’ existente no objeto, que pode ser a lei (formalismo) ou algo dado na realidade (realismo); (iii) opõe-se a qualquer tipo de metafísica ou crença religiosa; (iv) seu objetivo é desenvolver métodos científicos do conhecimento até a exatidão; (v) funda-se na união do princípio empírico com resultados de pesquisa lógica matemática; (vi) rejeita toda a decisão de valor (p. ex., baseada em ideais de justiça) porque eram tidos como puramente irracional”. MARRAFON, Marco. **Hermenêutica e sistema constitucional**: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitus, 2008, p. 46.

⁵⁹ Sobre tais conotações, colaciona-se doutrina de HESPANHA: “(...) as várias escolas entenderam de forma diversa o que fossem ‘coisas positivas’. Para uns, positiva era apenas a lei (positivismo legalista). Para outros, positivo era o direito plasmado na vida, nas instituições ou num espírito do povo (positivismo histórico). Positivo era também o seu estudo de acordo com as regras das novas ciências da sociedade, surgidas na segunda metade do século XIX (positivismo sociológico, naturalismo). Finalmente, para outros positivos eram os conceitos jurídicos genéricos e abstratos, rigorosamente construídos e concatenados, válidos independentemente da variabilidade da legislação positiva (positivismo conceitual). HESPANHA, Antônio Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica européia**. Sintra: Europa-América, 1977, p. 174-175.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 05-06.

⁶¹ Sobre o tema, cumpre colacionar doutrina de Norberto BOBBIO: “(...) são fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas. (Falamos de fatos ou de atos segundo os quais os eventos a que o direito se refere são acontecimentos em relação aos quais se prescinde da consideração do elemento subjetivo – conhecimento e vontade – próprio do agir humano, ou são comportamentos humanos que abrangem tal elemento subjetivo; com referência aos fatos falamos de

b) separação entre direito e moral, o que significa afirmar que a validade de uma norma independe de sua compatibilidade com a moral. O positivista desconsidera, portanto, as questões pertinentes à legitimidade da decisão, preocupando-se somente com sua compatibilidade lógico-formal em relação aos enunciados normativos;⁶²

c) considerando que as normas jurídicas são incapazes de prever todas as situações concretas, confere-se ampla margem de liberdade ao juiz para a resolução dos “casos difíceis”. É nesse ponto que o positivismo amolda-se ao paradigma da

competência, com referência aos atos falamos de **capacidade**). A importância do problema das fontes do direito está no fato de que dele depende o estabelecimento da pertinência das normas, com que lidamos a um ordenamento jurídico: tais normas lhe pertencem ou não, conforme derivem ou não dos fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção das suas normas. Formulado em outros termos, o problema das fontes do direito diz respeito à validade das normas jurídicas. Um norma é válida (isto é, existe juridicamente ...) se for produzida por uma fonte autorizada, ou, em outros termos, pode remontar a um dos fatos ou atos competentes ou capazes, segundo o ordenamento jurídico, de produzir normas jurídicas. A doutrina juspositivista das fontes assume os movimentos da situação acima descrita, isto é, da existência de ordenamentos jurídicos complexos e hierarquizados, e sustenta que a fonte predominante, quer dizer, a fonte que se encontra no plano hierárquico mais alto, é a lei, visto que ela é a manifestação direta do poder soberano do Estado e que os outros fatos ou atos produtores de normas são apenas fontes subordinadas. Esta relação de subordinação se explica ou com base num processo de **reconhecimento** (ou recepção) ou com base num processo de **delegação**, onde se fala de **fontes reconhecidas** ou de **fontes delegadas**. a) Fala-se de **reconhecimento** ou **recepção** quando existe um fato social precedente ao Estado ou, de qualquer maneira, independente deste, que produz regras de conduta a que o Estado **reconhece** (isto é, atribui) *a posteriori* (Isto é, acolhe em bloco) no próprio ordenamento sem ter contribuído para a formação do seu conteúdo. (...) Um exemplo quase que indiscutido de fonte reconhecida é representado pelo **costume**. Neste caso, com efeito, estamos diante de regras produzidas pela vida social externamente ao ordenamento jurídico do Estado, e por este último acolhidas num segundo momento como normas jurídicas. Mas até mesmo este exemplo foi submetido à discussão. Balossini, num estudo recente e amplo sobre o costume, afirma, realmente, que os usuários (isto é, os membros da sociedade), os quais com a repetição de seu comportamento dão origem à norma consuetudinária são verdadeiros órgãos do Estado e que seus atos são análogos aos atos dos membros do Parlamento que votam uma lei. A produção legislativa do direito seria apenas um modo mais rápido de produzir o direito mediante o emprego de profissionais da produção jurídica (os membros do Parlamento). A construção de Balossini é uma tentativa, conduzida de um ponto de vista formalista, de explicar o costume como fonte delegada do direito”. (grifos no original) BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 161; 164-165.

⁶² Nesse sentido são as constatações de STRECK: “Para o positivismo jurídico, pouco importava colocar em discussão – no campo da teoria do direito – questões relativas à **legitimidade** da decisão tomada nos diversos níveis do poder estatal (legislativo, executivo ou judicial). No fundo, **operou-se uma cisão entre validade e legitimidade**, sendo que as questões de validade seriam resolvidas por intermédio de uma análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos, ao passo que os problemas de legitimidade – que incluem uma problemática moral – deveriam ficar sob os cuidados de uma teoria política que poucos resultados poderiam produzir, visto que esbarravam no problema do pluralismo de idéias presente num contexto democrático o que levava inexoravelmente a um relativismo filosófico (essa problemática se agravou em países com grandes períodos de ausência de democracia, como o Brasil)”. (grifos no original) STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...**, p. 61.

consciência⁶³, porquanto o juiz, de forma solipsista, determina a melhor solução para o caso concreto, nas hipóteses de lacuna no ordenamento jurídico, ou ainda em face de situações que dão margem a diversas interpretações.

Em que pese as diversas correntes positivistas, tem relevância, em virtude da influência desempenhada no pensamento jurídico da modernidade, a corrente normativista ou formalista, cujo principal adepto foi Hans KELSEN. É possível elencar, além das já mencionadas acima, as seguintes características dessa teoria:

- (i) a aproximação quase plena entre direito e norma;
- (ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado;
- (iii) a completude do ordenamento jurídico⁶⁴⁻⁶⁵, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas que não possam ser supridas a partir de elementos do próprio sistema;

⁶³ Sobre o tema, remete-se o leitor ao terceiro capítulo deste trabalho.

⁶⁴ Com efeito, o autor não vislumbra a possibilidade de lacunas no ordenamento jurídico, pelos seguintes motivos: “Do que fica dito resulta que uma ordem jurídica pode sempre ser aplicada por um tribunal a um caso concreto, mesmo na hipótese de essa ordem jurídica, no entender do tribunal, não conter qualquer norma geral através da qual a conduta do demandado ou acusado seja regulada de modo positivo, isto é, por forma a impor-lhe o dever de uma conduta que ele, segundo a alegação do demandante privado ou do acusador público, não realizou. Com efeito, neste caso, a sua conduta é regulada pela ordem jurídica negativamente, isto é, regulada pelo fato de tal conduta não lhe ser juridicamente proibida e, neste sentido, lhe ser permitida. Este caso, porém, é entendido - sob certas condições - como uma “lacuna” da ordem jurídica. O que importa na apreciação da teoria das lacunas é determinar as circunstâncias nas quais, segundo esta teoria, se apresenta uma “lacuna” no Direito. Segundo esta teoria, o Direito vigente não é aplicável num caso concreto quando nenhuma norma jurídica geral se refere a este caso. Por isso, o tribunal que tem de decidir o caso precisa colmatar esta lacuna pela criação de uma correspondente norma jurídica. O essencial desta argumentação reside em que a aplicação do Direito vigente, como conclusão do geral para o particular, não é possível neste caso, pois falta a premissa necessária, a norma geral. Esta teoria é errônea, pois funda-se na ignorância do fato de que, quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta. A aplicação da ordem jurídica vigente não é, no caso em que a teoria tradicional admite a existência de uma lacuna, logicamente impossível. Na verdade, não é possível, neste caso, a aplicação de uma norma jurídica singular. Mas é possível a aplicação da ordem jurídica - e isso também é aplicação do Direito. A aplicação do Direito não está logicamente excluída. E, efetivamente, não se costuma de forma alguma presumir a existência de uma “lacuna” em todos os casos nos quais o dever do demandado ou acusado afirmado pelo demandante ou acusador não é estipulado por qualquer norma do Direito vigente. Vistas as coisas mais de perto, verifica-se que a existência de uma “lacuna” só é presumida quando a ausência de uma tal norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do Direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação - logicamente possível - do Direito vigente é afastada por esta razão político-jurídica, por ser considerada pelo órgão aplicador do Direito como não equitativa ou desacertada. Porém, a aplicação da ordem jurídica vigente pode ser considerada como não equitativa ou desacertada, não apenas quando esta não contenha uma norma geral que imponha ao demandado ou acusado uma determinada obrigação, mas também quando ela contenha uma tal norma. O fato de a ordem jurídica não conter qualquer norma que estabeleça uma pena para o furto de energia elétrica pode ser considerado tão iníquo ou desacertado como o fato de uma ordem jurídica conter uma norma

(iv) o formalismo: a validade de uma norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão.⁶⁶

Também exerceu considerável influência Norberto BOBBIO que, em lapidar estudo acerca do tema, destaca que o positivismo jurídico pode ser analisado sob três aspectos: a) um certo modo de abordar o estudo do direito; b) uma certa teoria do direito; c) uma certa ideologia do direito.⁶⁷

que é de aplicar tanto ao roubo acompanhado de homicídio como à hipótese de um filho matar o pai que sofre de doença incurável, a pedido deste. Lacuna no sentido da inaplicabilidade lógica do Direito vigente tampouco existe num caso como no outro; e é pelo menos inconseqüente ver num dos casos, e não no outro, uma lacuna. A isto acresce que o juízo segundo o qual a ausência de uma norma jurídica de determinado conteúdo vai contra a equidade ou é desacertada representa um juízo de valor altamente relativo que de forma alguma exclui um juízo de valor oposto. Se uma ordem jurídica não contém qualquer norma geral que imponha ao empresário o dever de indenizar o prejuízo causado por um empregado seu em serviço da empresa, e o tribunal tem, portanto, de rejeitar uma ação dirigida contra o empresário e apenas pode receber uma ação dirigida contra o empregado, a aplicação da ordem jurídica vigente será considerada como insatisfatória por parte de um socialista, mas será considerada como perfeitamente razoável por parte de um liberal. A falta de uma norma jurídica geral que conduza à rejeição de uma demanda ou à absolvição de um acusado é geralmente considerada por este ou pelo demandado como razoável e, portanto, como equitativa ou justa, e é tida pelo demandante ou acusador como insatisfatória e, portanto, como iníqua ou injusta”. KELSEN, Hans. **Teoria...**, p. 273-274.

⁶⁵ Acerca da completude do ordenamento jurídico, importa colacionar doutrina de Norberto BOBBIO: “Afirmar que o ordenamento jurídico é completo significa, pois, negar a existência de lacunas na lei. A demonstração da inexistência das lacunas diz respeito a duas teorias diversas, que podemos chamar respectivamente de **teoria do espaço jurídico vazio e teoria da norma geral exclusiva**. 1) A **teoria do espaço jurídico vazio** tem o seu maior expoente em Bergbohm e foi sustentada na Itália principalmente por Santi Romano. Estes autores afirmam que não faz sentido falar de lacunas do direito, porque, dado um fato qualquer, ou existe uma norma que o regule e, neste caso, não há evidentemente lacuna alguma, ou não existe nenhuma norma que o regule e, nem também neste caso se pode falar de lacuna, visto que o fato não regulado é **juridicamente irrelevante**, porque pertence ao ‘espaço jurídico vazio’ (isto é, ao espaço que está além da esfera jurídica). (...) 2) A **teoria da norma geral exclusiva** tem o seu maior expoente em Zitelmann e foi retomada na Itália principalmente por Donati. Segundo este último autor, não existem fatos juridicamente irrelevantes e não existem lacunas, porque cada norma jurídica particular que submete a uma dada regulamentação certos atos é sempre acompanhada de uma segunda norma implicitamente nela contida, a qual exclui da regulamentação da norma particular todos os atos não previstos por esta última e os submete a uma regulamentação jurídica antitética (por isto a segunda norma é dita geral e exclusiva). Se, por exemplo, existe uma norma que diz: ‘É proibido importar cigarros’, tal norma contém implicitamente em si uma outra norma que diz: ‘É permitido importar todas as outras coisas que não sejam cigarros’. (...) O ordenamento jurídico resulta do conjunto de todas as normas particulares e de todas as normas gerais exclusivas; estas últimas podem ser expressas numa única norma que diz: ‘É permitido tudo o que não é proibido nem comandado’. Tal norma é dita **norma de clausura**, visto que assegura a completude do ordenamento, garantindo a atribuição de uma qualificação jurídica a todos os fatos não previstos pelas outras normas”. (grifos no original) BOBBIO, Norberto. **O positivismo...**, p. 208-209.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 240.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo...**, p. 133-134.

No que tange ao modo de abordar o estudo do direito, tem-se que o positivismo jurídico considera o direito como um fato e não como um valor. “O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural”. Ainda, continua o autor, “na linguagem juspositivista o termo ‘direito’ é então absolutamente avalorativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor”.⁶⁸

Dessa feita, o direito é norma (fato, algo dado) que independe de um valor, impondo-se ao intérprete sua aplicação ao caso concreto mediante subsunção, levando-se em conta apenas sua validade formal.

Enquanto teoria do direito importa destacar as características de coerência e completitude do ordenamento jurídico. A coerência afasta a existência simultânea, em um mesmo ordenamento, de duas normas contraditórias, “visto que já está implícito no próprio ordenamento um princípio que estabelece que uma das duas, ou ambas as normas, são inválidas”.⁶⁹ A completitude, por seu turno, permite que, dentre as normas previstas explícita ou implicitamente, o juiz extraia uma *regula decidendi* para solucionar qualquer caso concreto, inexistindo, portanto, lacunas no ordenamento jurídico.⁷⁰

Um sistema, com essas características, amolda-se perfeitamente ao método de interpretação mecanicista, segundo o qual cabe ao intérprete apenas “declarar” ou “reproduzir” o direito existente, sem qualquer atividade criadora.⁷¹

⁶⁸ Ibidem, p. 131.

⁶⁹ Ibidem, p. 133.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ Conforme explica Gustavo ZAGREBELSKY: “Según la concepción positivista tradicional, en la aplicación del derecho la regla jurídica se obtiene teniendo en cuenta exclusivamente las exigencias del derecho. Exactamente eso significado la interpretación y los criterios (o ‘cánones’) para la misma elaborados por el positivismo. Como, además, una vez determinada la regla, su aplicación concreta se reducía a un mecanismo lógico sin discrecionalidad – y en caso de que hubiese discrecionalidad se afirmaba la ausencia de derecho – se comprende que los problemas de la aplicación del derecho – se comprende que los problemas de la aplicación del derecho viniesen íntegramente absorbidos en los de la interpretación. Se eliminaba así de raíz toda influencia del caso en la interpretación del derecho. La labor de la jurisprudencia se agotaba en el mero servicio al legislador y a su voluntad, es decir, en ser expresión del ‘verdadero’ significado contenido en las fórmulas utilizadas por el legislador”. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 131-132.

Por fim, no que diz respeito ao positivismo como uma certa ideologia do direito, salienta BOBBIO:

A ideologia, em vez disso, é a expressão do comportamento **avaliativo** que o homem assume face a uma realidade, consistindo num conjunto de juízos de valores relativos a tal realidade, juízos estes fundamentados no sistema de valores acolhido por aquele que o formula, e que têm o escopo de influírem sobre tal realidade.

(...) dissemos que a ambição do positivismo jurídico é assumir uma atitude neutra diante do direito, para estudá-lo assim como é, e não como deveria ser: isto é, ser uma teoria e não uma ideologia. Pois bem, podemos dizer que ele não conseguiu ser integralmente fiel a esse seu propósito, pois, na realidade, ele parece não só um certo modo de entender o direito (de destacar-lhe os caracteres constitutivos), como também um certo modo de querer o direito; parece, portanto, não somente uma teoria, mas também uma ideologia.⁷² (grifos no original)

Nessa perspectiva positivista, o direito é composto pelas normas jurídicas em vigor, emanadas do Estado, e vislumbrado como um sistema coerente e perfeito e, como tal, suficiente em si mesmo para a solução de qualquer problema jurídico. O intérprete, por mera subsunção, conseguiria “extrair” do próprio ordenamento a solução para o caso concreto.

Ademais, a busca da objetividade científica acabou por apartar o direito da moral, já que a ciência jurídica fundava-se em juízos de fato e não de valor. As discussões pertinentes à justiça e legitimidade eram estranhas, portanto, ao direito.

Além disso, a metodologia lógico-dedutiva do positivismo formalista, e a influência que o paradigma da filosofia da consciência exerceu nessa teoria, acabaram por legitimar a concepção de que caberia ao intérprete “extrair” da norma sua verdade única.⁷³

Conforme asseverado, essa teoria utiliza o método de interpretação mecanicista, fundamentado na crença de um julgamento neutro, imparcial e objetivo por parte do intérprete que, por mera subsunção, conseguiria “descobrir” o real sentido do texto legal. Nessa linha, cumpre colacionar as lições de Carlos MAXIMILIANO:

⁷² BOBBIO, Norberto. **O ordenamento...**, p. 223.

⁷³ Essa crença que ainda está presente nos manuais de direito e em algumas jurisprudências, sob a influência da escola da exegese, já há muito foi superada por outros autores também positivistas, a exemplo de KELSEN e HART. Dessa feita, não é possível generalizar tal afirmação, como decorrência de qualquer postura positivista. De qualquer sorte, o que importa, para os limites deste trabalho, é a constatação de que parcela da doutrina ainda vislumbra que a interpretação tem por escopo extrair a verdade da norma, como se aquela estivesse contida nesta.

Com a promulgação, a lei adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais previdente que seu autor. Consideram-na como ‘disposição mais ou menos imperativa, materializada num texto, supremo do Direito’. Logo, ao intérprete incumbe apenas determinar o sentido objetivo do texto, a *vis ac potestas legis*; deve ele olhar menos para o passado do que para o presente, adaptar a norma à finalidade humana, sem inquirir da vontade inspiradora da elaboração primitiva.⁷⁴

Esse raciocínio até pode ser aplicado, embora não seja imune a críticas, em um sistema jurídico composto por regras, as quais já especificam, com certa clareza e completeza, a conduta a ser adotada pelos destinatários. Daí tal metodologia ser suficiente à doutrina positivista que vislumbrava o ordenamento jurídico apenas como um conjunto de regras, conferindo-se pouca, quando não nenhuma normatividade aos princípios (na verdade, essa proposta confere normatividade subsidiária aos princípios, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil).

A história demonstra que o abandono do ideal de justiça, em prol da segurança jurídica tributária do positivismo, custou caro à humanidade. Com efeito, em diversos países, a onipotência da lei e o legalismo acrítico serviram de respaldo para legitimar movimentos políticos e militares que promoveram barbáries em nome da lei, a exemplo do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha.⁷⁵

E foi justamente o fracasso destes movimentos que viabilizou a derrocada do positivismo jurídico, e denunciou a necessidade de um novo movimento teórico compatível com os ideais de justiça, atento à necessária relação entre princípios, regras e valores.⁷⁶

O que importa frisar, em face dos limites do presente trabalho, é que qualquer corrente positivista, independentemente das variações que esta sofreu, aposta na

⁷⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 30-31.

⁷⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 241-242.

⁷⁶ Idem. No mesmo sentido adverte Daniel SARMENTO: “Ademais, eventos traumatizantes, como o Holocausto nazista, demonstraram que o legislador, mesmo quando eleito pelo povo, pode perpetrar ou ser cúmplice das mais atroz barbaridades, sendo portanto necessário estabelecer mecanismos de controle para a contenção dos seus abusos. Neste contexto, o culto à lei como forma, à qual pode ser atribuído qualquer conteúdo, desde que ditado pelas autoridades competentes, dá lugar a um desencanto geral com o Positivismo Jurídico”. SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade...**, p. 117.

discricionarietà do intérprete/juiz para decidir os chamados “casos difíceis”.⁷⁷ É justamente esta discricionarietà interpretativa que se visa combater, na medida em que ela amplia em demasiado a própria discricionarietà administrativa, precisamente no momento em que o agente público confere sentido aos enunciados normativos, com o escopo de traçar as balizas para a prática do ato discricionário.

Com o intuito de se traçar tais limites e combater a crença positivista na discricionarietà, importa tecer alguns comentários acerca do (neo) constitucionalismo.

1.2.2. Alterações Promovidas pelo (Neo) constitucionalismo.

O advento do (neo) constitucionalismo⁷⁸⁻⁷⁹ traz em seu bojo a concepção de que o sistema jurídico é formado não apenas por regras, mas também por princípios.

⁷⁷ Conforme pondera STRECK: “Uma coisa todos esses positivismos têm até hoje em comum: a discricionarietà. E isso se deve a um motivo muito simples: a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma Constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático. **Isso tem conseqüências drásticas para a concepção d o direito como um todo!**”. (grifos no original) STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...**, p. 81.

⁷⁸ Luis Prieto SANCHÍS destaca que essa terminologia não apresenta um conceito unísono: “neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporâneo o, a veces también, constitucionalismo a secas son expresiones o rúbricas de uso cada día más difundido y sirven para aludir, de forma no siempre muy precisa, a distintos aspectos de una presuntamente nueva cultura juridical. Creo que son cuatro las acepciones principales. En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para describir o explicar las características de dicho modelo. Asimismo, por constitucionalismo cabe entender la ideología o filosofía política que justifica o defiende la fórmula así designada. Finalmente, el constitucionalismo se proyecta en ocasiones sobre un amplio capítulo que en sentido lato pudiéramos llamar de filosofía jurídica y que afecta a cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición del Derecho, el estatus de su conocimiento o la función del jurista; esto es, cuestiones tales como la conexión, necesaria o contingente, del Derecho y de la moral, la obligación de obediencia, la neutralidad del jurista o la perspectiva adecuada para emprender una ciencia jurídica”. SANCHÍS, Luís Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 101-102.

⁷⁹ Precisos são os esclarecimentos de SCHIER: “não se olvide que aquilo que a doutrina tem designado como ‘neoconstitucionalismo’, em princípio, não substancia, organicamente, uma nova teoria constitucional ou um movimento doutrinário. Antes disso, parece tratar-se, o ‘neoconstitucionalismo’, em verdade, de um momento teórico em que os constitucionalistas buscam a superação de modelos jurídicos positivistas e formalistas projetados ao discurso e dogmática constitucionais. Um momento em que se busca soluções mais adequadas para as questões constitucionais diante das insuficientes respostas positivistas. Daí, então, justificar-se o entendimento

Há que se reconhecer a existência de princípios que informam o ordenamento jurídico e servem tanto para colmatar eventuais lacunas quanto para propiciar a adequada interpretação de determinada regra, proporcionando ao intérprete chegar à solução que melhor se adéqua ao sistema constitucional.

Assim, a constatação de que o direito não se resume a regras; de que é impossível a separação estanque entre direito e moral; e que a interpretação mecanicista não resolve toda a complexidade dos problemas jurídicos colocaram em xeque as principais teses do positivismo⁸⁰ e, portanto, propiciaram a ascensão da teoria pós-positivista⁸¹⁻⁸²⁻⁸³.

de não haver sempre convergência entre os diversos modelos do pensamento ‘neoconstitucionalista’”. SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n. 24, p. 135, nota de rodapé n. 6, 2005.

⁸⁰ Sobre a nova conotação proporcionada pelo constitucionalismo, importa destacar as lições de Luis Prieto SANCHÍS: “Por último, la dimensión conceptual y metodológica del neoconstitucionalismo, que ya fue aludida en el capítulo precedente, representa una revisión de algunas de las tesis centrales del positivismo, al menos de la version más ortodoxa de este último, y, de forma muy esquemática y simplificadora, puede resumirse así: dado que el constitucionalismo es el modelo óptimo de Estado de Derecho e incorpora un nutrido conjunto de valores o principios de naturaleza moral, al menos allí donde existe ese modelo cabe sostener una conexión necesaria entre el Derecho y la moral. A su vez, de aquí se pueden derivar varias consecuencias: la primera es que la validez de las normas o decisiones ya no depende de su mera existencia u origen social, sino de su adecuación formal y sustantiva a la Constitución y, más aún, de su consistencia práctica con esse horizonte de moralidad que preside y se recrea en la argumentación constitucional. La segunda consecuencia, que tal vez pudiera llamarse constitucionalismo dogmático, implica una nueva visión de la actitud interpretativa y de las tareas de la ciencia y de la teoría del Derecho, propugnando bien la adopción de un punto de vista interno o comprometido por parte del jurista, bien una labor constructiva y no solo descriptiva por parte del científico del Derecho. Finalmente, no cabe excluir una tercera derivación relativa al problema de la obediencia, y es que si el Derecho presenta ese lado ético y sus normas se identifican con arreglo a ciertas pautas morales, entonces bien puede postularse alguna forma más o menos vigorosa de obligación de obediencia (moral, claro está) a las normas jurídicas. Desde luego, no comparto esa forma de entender el constitucionalismo, es decir, no creo que el modelo de Estado constitucional, ni por cierto cualquier outro modelo, obligue a modificar nuestras creencias a propósito de las relaciones entre Derecho y moral, de la obligación de obediencia o de la perspectiva que haya de adoptarse para el conocimiento del Derecho, pero, no obstante, ejemplos notables de todas estas implicaciones pueden encontrarse en los planteamientos de autores como R. Dworkin, J. Habermas, R. Alexy, C. S. Nino o G. Zagrebelsky”. SANCHÍS, Luís Prieto. *Justicia...*, p. 103-104.

⁸¹ Albert CALSAMIGLIA assevera que pode ser considerado pós-positivista quem ataca uma das teses fundamentais do positivismo jurídico: “em primeiro lugar, a defesa da teoria das fontes sociais do direito e em segundo lugar, a tese da separação entre o direito, a moral e a política”. CALSAMIGLIA, Albert. Pospositivismo. In *Doxa – cuadernos de filosofía del derecho*, n. 21-I, 1998, p. 210.

⁸² Alfonso García FIGUEROA aduz sobre o tema: “Se há denominado genéricamente ‘constitucionalismo’ (y más precisamente ‘neoconstitucionalismo’ com el fin de acentuar el nuevo

carácter que há adquirido en la actualidad) a la teoría o conjunto de teorías que han proporcionado una cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas”. Aínda, o autor assevera alguns efectos implícitos que decorren desse proceso de constitucionalizaçã, quais sejam: “1) El aspecto material de la constitucionalización del ordenamiento consiste en la consabida recepción en el sistema jurídico de ciertas exigencias de la moral crítica bajo la forma de derechos fundamentales. En otras palabras, el Derecho ha adquirido una fuerte carga axiológica; se ha materializado. El aspecto material de la constitucionalización ha tendido así ac reforzar entre los juristas un concepto no positivista de Derecho en el que el sistema jurídico está vinculado a la moral conceptualmente. Seguramente éste sea uno de los elementos que distinga al constitucionalismo actual (neoconstitucionalismo) de sus versiones precedentes. El constitucionalismo tradicional era sobre todo una ideología, una teoría meramente normativa, mientras que el constitucionalismo actual se ha convertido en una teoría del Derecho opuesta al positivismo jurídico como método. 2) El aspecto estructural de la constitucionalización del ordenamiento tiene que ver con la estructura de las normas constitucionales. El aspecto funcional se expresa a través del tipo de argumentación que éstas fomentan. a) Los principios constitucionales permiten por su particular estructura expandir inmensamente su ámbito de influencia. Alexy habla en este sentido de una ‘omnipresencia de la Constitución’ (*Allgegenwart der Verfassung*) que incide sobre el ordenamiento y sobre la aplicación del ordeonamiento. En primer lugar, incide sobre todo el ordenamiento jurídico, que se encuentre ‘impregnado’ por los principios constitucionales. En expresión del Tribunal Constitucional alemán, se produce un ‘efecto irradiación’ (*Ausstrahlungswirkung*) de los principios contitucionales sobre todo el ordenamiento jurídico, cuya interpretación se somete a los principios constitucionales. En segundo lugar, incide sobre la aplicación del Derecho, pues los principios constitucionales son capaces de disciplinarlo todo, amplían la aplicabilidad del sistema jurídico, de modo que nada queda fuera de su calificación deóntica. Ya hemos visto que Riccardo Guastini se refiere a este fenómeno como ‘sobreinterpretación de la Constitución’ (*sovrainterpretazione della costituzione*): ‘no existen espacios vacíos – esto es, libres – del Derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerrugulada [...] no existe, pues, lugar para la discreción legislativa’. b) Bajo su aspecto funcional, los principios constitucionales alientan una forma distinta de aplicar el Derecho, la ponderación. Tal ponderación remite necesariamente a un razonamiento jurídico completo cuyas premisas van más allá del Derecho legal y cuya aplicación no responde propiamente al esquema subsuntivo de la aplicación del Derecho como se había concebido tradicionalmente. La teoría de los principios remite en última instancia a una teoría de la argumentación jurídica, cuyo núcleo es en la llamada ‘teoría estándar de la argumentación jurídica’ la conocida como ‘tesis del caso especial’ (*Sonderfallthese*). Según la tesis del caso especial, ‘el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento práctico general’. (...) 3) En términos políticos, tanto el aspecto material como el estructural y funcional del sistema jurídico constitucionalizado presentan consecuencias importantes en la relación de fuerzas de los poderes del Estado. La consecuencia más importante consiste en la acentuación del desplazamiento del protagonismo desde el Legislativo hacia el Judicial”.

FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 164-167.

⁸³ Susanna POZZOLO, a partir da obra de Norberto BOBBIO, apresenta algumas incompatibilidades entre a proposta positivista e a do neoconstitucionalismo: “a) ‘Iuspositivismo como ideología’ *versus* constitucionalismo. La incompatibilidad entre estos dos ‘objetos’ sería total y evidente. El positivismo ideológico sostiene que El Derecho positivo, por El solo hecho de ser positivo, es justo y debe ser obedecido, em virtud de um deber moral. El constitucionalismo parece, por el contrario, La ideología política menos complaciente com el poder. b) ‘Iuspositivismo como teoría’ *versus* constitucionalismo. La incompatibilidad en este caso derivaría sobre todo de la posición soberana que posee la ley ordinária em la conceptualización iuspositivista. En el Estado constitucional, por el contrario, la función y la jerarquía de la ley tienen un papel subordinado a la Constitución. Y tal subordinación no sería solo formal, sino también substancial. El autor de la ley, de hecho, no sería el órgano supremo del sistema institucional sino que estaría subordinado a la Constitución y sería esta última la ‘norma suprema’ del ordenamiento. Es justamente com el Estado constitucional, de hecho,

O pós-positivismo defende a revalorização da “razão” prática, confere normatividade aos princípios⁸⁴⁻⁸⁵, destaca a necessidade de uma leitura moral da Constituição e das leis, prima pela justiça e pela legitimação democrática⁸⁶ e, seguindo a linha adotada no presente trabalho, requer, também, a superação do esquema sujeito-objeto vinculado ao paradigma da consciência⁸⁷ (tema este que será analisado no terceiro capítulo).

O primeiro aspecto diz respeito ao uso da “razão”⁸⁸ no sentido de estabelecer padrões racionais para a ação humana, para a justificação e controle da atividade do intérprete. Contrapõe-se, portanto, à “razão” teórica, típica do positivismo jurídico,

como según algunos se alcanzaría la antigua aspiración Del ‘gobierno del Derecho’ contrapuesto AL ‘gobierno de los hombres’. Serían, de hecho, los principios de justicia constitucional los que determinarían la dirección que debería tomar el Derecho positivo. c) ‘Iuspositivismo como metodología’ *versus* constitucionalismo. La incompatibilidad, en este caso, derivaría de que el primero separo el Derecho y la moral, expulsando a ésta Del horizonte jurídico. Esta separación, y la consiguiente afirmación de que el Derecho puede ser estudiado simplemente como hecho social por un observador neutral, determinaría la incompatibilidad, ya que el Derecho Del Estado constitucional necesitaría, para ser estudiado y comprendido, de una toma de postura moral, requeriría una actitud ética. El Derecho constitucional estaría plagado de principios morales positivizados, que habrían reconducido al interior del discurso jurídico las problemáticas morales”. POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 194-195.

⁸⁴ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid. Fundacion Beneficência et peritia iuris, 2004.

⁸⁵ Nesse sentido, Castanheira NEVES: “Um outro elemento, a impor-se como um outro pólo de uma diferente normatividade jurídica, temo-lo no actual reconhecimento de **princípios** normativos a transcenderem também a lei, e a sua estrita legalidade, convocados como fundamentos normativo-jurídicos da juridicidade e que a própria lei terá de respeitar e cumprir – e em grande parte obtidos como um resultado normativamente constitutivo e final da ‘jurisprudência’ a que fizemos referência. Princípios estes que se distinguem decisivamente dos ‘princípios gerais de direito’ que o positivismo normativista-sistemático via como axiomas jurídico-rationais do seu sistema jurídico, pois são agora princípios normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade, expressões normativas de ‘o direito’ em que o sistema jurídico positivo cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade”. (grifos no original) CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva habilitação**. Coimbra Editora, 2003, p. 107-108.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 249.

⁸⁷ Conforme destaca STRECK: “Em síntese – e quero deixar isso bem claro –, para superar o positivismo, é preciso superar também aquilo que o sustenta: **o primado epistemológico do sujeito** (da subjetividade assujeitadora) e **o solipsismo teórico da filosofia da consciência** (sem desconsiderar a importância das pretensões objetivistas do modo-de-fazer-direito contemporâneo, que recupera, dia a dia, a partir de enunciados assertóricos, o ‘mito do dado’). **Não há como escapar disso**. Apenas com a superação dessas teorias que ainda apostam no esquema sujeito-objeto é que poderemos escapar das armadilhas positivistas”. (grifos no original) STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...**, p. 95.

⁸⁸ Seguindo a linha de STRECK, mais adequado seria substituir o termo razão por mundo, conforme explicitado na nota de rodapé nº. 91.

que se caracterizava pelo conhecimento dos objetos, justificando, portanto, a concepção de que o papel da ciência jurídica era apenas o de descrever o direito exatamente como posto pelo Estado, não cabendo a justificação das normas. Por conta disso, não era tarefa da ciência jurídica a investigação acerca da melhor interpretação dentre as compatíveis com o texto normativo. Ao contrário, referida função era eminentemente política e não permitia qualquer justificativa racional que pudesse comprovar a adequação da opção adotada. O restabelecimento do mundo prático pelo pós-positivismo torna possível a definição racional da norma que incidirá no caso concreto, por meio de artifícios racionais construtivos.⁸⁹

Na verdade, hodiernamente, a partir de uma leitura da hermenêutica filosófica, tem-se que teoria e prática fundem-se na unidade da *applicatio*, na medida em que a faticidade já está inserida na pré-compreensão do sujeito, condição de possibilidade para qualquer interpretação.⁹⁰

No que tange à normatividade aos princípios, consoante já destacado, o positivismo defende que o ordenamento jurídico é composto apenas por regras, negando a normatividade aos princípios que desempenham um papel secundário, nas hipóteses de lacuna do direito.

Isso porque, essa teoria adota uma metodologia lógico-dedutiva que concebe a interpretação como uma atividade puramente mecânica, na qual a solução é alcançada por meio de um silogismo onde a norma é a premissa maior, o fato a premissa menor e a decisão o resultado do enquadramento do fato à norma.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso...*, p. 249.

⁹⁰ Conforme explica Lenio STRECK: “(...) Heidegger inverte a polaridade clássica que reconhecia um privilégio teórico na formação do conhecimento, demonstrando o significado prático da compreensão que desde-sempre temos do mundo. O aparecimento de conhecimentos mais sofisticados, como é o caso do conhecimento científico, será demonstrado pela relação – igualmente circular – entre **logos hermenêutico** e o **logos apofântico**, sendo que sempre restará uma dimensão prática acentuada no nível hermenêutico, compreensivo. Disso exsurge que a relação entre prática e teoria terá essa característica circular, mas ambas estão articuladas numa unidade, que é a antecipação de sentido. Ocorre que, desse modo, não podemos mais falar em ‘razão teórica’ ou em ‘razão prática’, uma vez que o termo ‘razão’ vem imbuído da idéia solipsista que revestia o sujeito moderno. É por isso que, a partir de Heidegger, ocorre uma (re)introdução do mundo prático na filosofia. Note-se: **mundo prático e não razão prática**. Mundo aqui implica transcendência. Aponta para o fato de o ser-á estar sempre ‘fora’ de si mesmo na relação cotidiana que tem com os entes”. (grifos no original) STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...**, p. 92-93.

Esse raciocínio é aplicável – embora não imune a críticas, conforme já pontuado – em um sistema jurídico composto por regras, as quais já especificam, com certa clareza e completude, a conduta a ser concretizada pelos destinatários. Não se amolda, porém, a enunciados dotados de elevada carga axiológica, baixa densidade normativa e alto grau de indeterminação, características intrínsecas aos princípios. Assim, por não se encaixarem nesse método, julgou por bem o positivismo negar a normatividade desses enunciados principiológicos.⁹¹

O pós-positivismo resgata essa normatividade ao defender que tanto princípios quanto regras são normas jurídicas que desempenham funções diversas no ordenamento.

Ronald DWORKIN confere normatividade aos princípios, diferenciando estes das regras mediante um critério lógico, “de modo que os dois conjuntos de padrões (...) distingue-se quanto à natureza de orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.⁹² Na hipótese de antinomia de regras aponta o autor que uma delas não pode ser válida. Os princípios, por seu turno, possuem uma dimensão de peso e importância que as regras não têm. Em caso de conflito entre princípios, o intérprete tem de levar em conta a força relativa de cada um. Dessa feita, quando dois princípios entrarem em colisão, o intérprete, com fundamento no critério de ponderação, deverá optar por um deles, sendo necessário considerar o peso relativo de cada um dos princípios aplicáveis ao caso.

⁹¹ Nesse sentido, Paulo Ricardo SCHIER pontua que: “o processo da subsunção estritamente formal não funcionava nestes casos. Daí porque, como solução, o positivismo retirou dos princípios a sua normatividade, colocando-os como ‘cano de escape’ do ordenamento jurídico em vista de não se enquadrarem na sua lógica. Ou seja, em não conseguindo a teoria explicar a realizada normativa dos princípios, negava-se a juridicidade destes para salvaguardar o modelo teórico. Algo como afirmar-se que a realidade não se enquadra no conceito e, por isso, a realidade está errada”. SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos ...**, p. 137-138.

⁹² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-46.

⁹² ALEXY, Robert. **Epílogo...**, p. 34-48.

No entanto, impende destacar que, diferentemente do que ocorre com as regras, a escolha de um princípio em detrimento do outro em um caso concreto não acarretará a perda de sua eficácia em outras hipóteses.

Além disso, assevera o autor que, em determinadas situações, a distinção entre princípio e regra é meramente formal, porquanto ambos desempenham papéis semelhantes, a exemplo de quando a regra utiliza expressões vagas ou ambíguas, como “injusto”, “razoável, o que exige, portanto, uma complementação por meio de princípios para sua aplicação. Por fim, DWORKIN destaca que referidos princípios possuem muita utilidade nos “casos difíceis”, nos quais o juiz se vê obrigado a justificar a utilização de uma nova regra, uma nova interpretação do texto legal da qual advém uma regra particular, apta a solucionar o caso concreto.⁹³

É preciso diferenciar, para evitar equívocos, os princípios e regras nas perspectivas da teoria da argumentação e da hermenêutica filosófica.

Robert ALEXY, adepto da teoria da argumentação, também confere aos princípios valor normativo, destacando que tanto eles quanto as regras são normas que integram o ordenamento jurídico. Para o referido autor, os princípios expressam mandados de otimização, sendo a ponderação o melhor método para a aplicação dessa espécie de norma. Portanto, essa concepção parte da premissa de que os princípios expressam valores que devem ser realizados de forma ótima, ou seja, são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível, em consonância com as possibilidades fáticas e jurídicas. Essa conceituação demonstra a importância do princípio da proporcionalidade nesse processo de ponderação, princípio este que será objeto de análise em tópico próprio.⁹⁴

Fácil perceber que, nessa concepção, os princípios, em face da sua carga axiológica e ambiguidade, conferem grande margem de liberdade ao intérprete que, de forma solipsista, ponderará a fim de constatar qual primado deverá prevalecer no caso concreto. Ainda que o intérprete tenha o dever de justificar sua escolha, a partir de uma argumentação racional, estando sujeito, portanto, ao controle posterior, percebe-

⁹³ DWORKIN, Ronald. **Levando...**, p. 39-46.

⁹⁴ ALEXY, Robert. **Epílogo...**, p. 34-48.

se que, na maior parte dos casos, a ponderação entre princípios acaba resultando na escolha subjetiva do intérprete em prol de um dos princípios em detrimento do outro.⁹⁵

Por conta disso é que, na perspectiva da teoria da argumentação, os princípios abrem o sistema, já que conferem ampla margem de discricionariedade ao intérprete.⁹⁶

E tal concepção é assim porque as propostas vinculadas à teoria da argumentação ainda estão reféns do paradigma da consciência, da relação sujeito-

⁹⁵ Não obstante seja esta a leitura que a doutrina brasileira faz acerca da proposta da ponderação de Robert ALEXY, Lenio Luiz STRECK assevera que tal concepção deturpa a tese alexyana. Vejamos as críticas do autor à ponderação, bem como a diferente leitura da proposta de ALEXY: “Como se sabe, em nome do ‘sopesamento entre fins e meios’ (a assim denominada ‘ponderação’) é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da ‘ponderação’ e suas decorrências. Veja-se, por exemplo, que, em nome de princípios *ad-hoc* (e todos os dias são inventados novos *Standards que se pretendem* ‘princípios’), como o **‘da confiança no juiz da causa’** (sic), e, em nome de supostos ‘sopesamentos’ (ponderações), um acusado é posto em liberdade no Rio Grande do Sul e outro é mantido preso em Santa Catarina. Há que se ter cuidado com o manejo dos princípios e mormente com esse corriqueiro ‘sopesamento’. Outra advertência que se impõe, no contexto de uma análise sobre a teoria do direito a partir da hermenêutica filosófica (portanto, delimitando a matriz teórica ou, se se quiser, o ‘lugar da fala’) diz respeito exatamente a essa dependência que a ponderação tem em relação à discricionariedade. Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de **que é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso**. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – **não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que ‘pesa mais’** (sic), algo do tipo ‘entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um’ (sic). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy mesmo que com ele não estejamos de acordo; sua tese sobre a ponderação não envolve essa ‘escolha direta’. Na verdade, a ponderação é um procedimento que serve para resolver uma colisão em abstrato de princípios constitucionais. Dessa operação resulta uma regra – **regra de direito fundamental adscripta** – essa sim, segundo Alexy, apta a resolução da demanda da qual se originou o conflito de princípios. E um registro: essa aplicação da regra de ponderação se fará por subsunção (por mais paradoxal que isso possa ser)”. (grifos no original) STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...**, p. 49-50.

⁹⁶ Ademais, essa situação é reconhecida pelo próprio ALEXY, no pós-fácio de sua obra: “os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. **Neste caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário**”. (sem grifos no original). ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Luis Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 611. Da análise das teses de DWORKIN e ALEXY parece irrefutável a crítica elaborada por Marco Aurélio MARRAFON, no sentido de que ambas podem dar ensejo a uma decisão judicial de caráter retórico, “pois se considerada a norma como resultado da compreensão do caso e do direito pelo intérprete, é forçoso concluir que, em *ultima ratio*, prevalece sempre a discricionariedade subjetiva na atribuição de maior peso ou importância, na ordem de precedência condicionada, na força relativa de um princípio, na escolha de qual regra deve prevalecer em caso de antinomias”. MARRAFON, Marco. **Hermenêutica...**, p. 130. De qualquer sorte, não se pode olvidar a importância das duas teorias, que fomentaram a superação do positivismo jurídico ao conferirem normatividade aos princípios, propiciando, dessa feita, a abertura do sistema para o fim de permitir seu constante diálogo com a realidade.

objeto, segundo a qual o sujeito, de forma solipsista, domina os objetos, tema a ser melhor explorado no terceiro capítulo.⁹⁷

Nesse sentido, Lenio Luiz STRECK aduz:

Penso, aqui, que o calcanhar de Aquiles da ponderação – e, portanto, das diversas teorias argumentativas (e suas derivações) – reside no deslocamento da hierarquização ‘ponderativa’ em favor da ‘subjetividade’ (assujeitadora) do intérprete, com o que a teoria da argumentação (para falar apenas desta), como sempre denunciou Arthur Kauffman, não escapa do paradigma da filosofia da consciência. Ou seja, independentemente das colorações assumidas pelas posturas que, de um modo ou de outro, deriva(ra)m da teoria da argumentação de Robert Alexy, o cerne da problemática está na continuidade da ‘delegação’ em favor do sujeito da relação sujeito-objeto. Isto é assim porque a ponderação implica essa ‘escolha’ subjetiva. Daí a incompatibilidade com a circularidade hermenêutica, uma vez que o círculo atravessa o esquema sujeito-objeto (é através dele que se dá a antecipação de sentido, impedindo qualquer interpretação em etapas).

No fundo, volta-se, com a ponderação, ao problema tão criticado da discricionariedade, que, para o positivismo (por todos, Kelsen e Hart) é resolvido por delegação ao juiz. Assim, também nos casos difíceis dos quais falam as teorias argumentativas, a escolha do princípio aplicável ‘repristina’ a antiga ‘delegação positivista’ (na zona de penumbra, em Hart, ou no perímetro da moldura, em Kelsen). Isto é, cabe ao intérprete dizer qual princípio aplicável, ou seja, tal como no positivismo, é tarefa (prerrogativa?) do juiz decidir nas ‘zonas de incertezas’ e em face das ‘insuficiências ônticas’ (para usar aqui uma expressão que faz parte do repertório que identifica a ‘dobra da linguagem’ que sustenta a ausência de cisão entre *hard e easy cases*).⁹⁸

Dessa feita, somente uma proposta atenta ao giro provocado pelo paradigma da linguagem e, por conseqüência, que tenha superado a relação sujeito-objeto é capaz de afastar a discricionariedade, da qual ainda é refém a teoria da argumentação.

Também por esse motivo é que não se cogita a defesa de um neoconstitucionalismo (ou pós-positivismo) como uma continuidade ou complementaridade do positivismo jurídico. Na verdade, tem-se que as teorias que se

⁹⁷ Conforme destacado por Lenio STRECK: “Ainda outro lembrete necessário: pode-se dizer que, tanto na operacionalidade *strictu sensu* como na doutrina, são perceptíveis no mínimo dois tipos de manifestação do paradigma da subjetividade (filosofia da consciência), que envolve exatamente as questões relativas ao ativismo, decisionismo e a admissão do poder discricionário. O primeiro trata do problema de forma mais explícita, ‘assumindo’ que o ato de julgar é um ato de vontade (para não esquecer o oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito de Kelsen); ainda nesse primeiro grupo devem ser incluídas as decisões que, no seu resultado, implicitamente trata (ra)m da interpretação ao modo solipsista. São decisões que se baseiam em um conjunto de métodos por vezes incompatíveis ou incoerentes entre si ou, ainda, baseadas em leituras equivocadas de autores como Ronald Dworkin ou até mesmo Gadamer, confundindo a ‘superação’ dos métodos com relativismos e/ou irracionalismos. No segundo grupo, encontramos as decisões que buscam justificações no plano de uma racionalidade argumentativa, em especial, os juristas adeptos das teorias da argumentação jurídica, mormente a matriz alexyana. Também nestas estará presente o problema paradigmático, uma vez que as teorias da argumentação são dependentes da discricionariedade”. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...**, p. 25.

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade...**, p. 178-179.

amoldam a qualquer característica positivista – a exemplo da separação entre direito e moral; da defesa da discricionariedade judicial, dentre outros – são inconciliáveis com o novo constitucionalismo de viés compromissório, dirigente e compatível com a concepção de Estado Democrático de Direito, daí porque somente quando operada uma efetiva ruptura com as teses positivistas é que determinada teoria poderá ser considerada, de fato, como adequada ao nosso modelo de constitucionalismo.

Nesse sentido é a tese defendida por Lenio STRECK:

Qualquer postura que, de algum modo, se enquadre nas características ou teses que sustentam o positivismo, entra em linha de colisão com esse (novo) tipo de constitucionalismo. Isso significa afirmar que a separação do direito da moral, a tese das fontes sociais e a discricionariedade, em qualquer grau, são componentes que afastam qualquer forma de positivismo do neoconstitucionalismo. (...) Não é possível continuar a sustentar, por exemplo, a separação do direito da moral nestes tempos de superação do paradigma da filosofia da consciência e da inserção do mundo prático na filosofia, proporcionado pelo giro linguístico ontológico. Também não é possível sustentar qualquer forma de discricionariedade judicial neste momento histórico, uma vez que a discricionariedade está ligada ao subjetivismo (portanto sujeito-objeto), avesso ao paradigma intersubjetivo. Estado democrático de direito e discricionariedade são incompatíveis e essa questão é fulcral. Por isso, discutir discricionariedade significa discutir as condições de possibilidade da **permanência** ou **superação** do esquema sujeito-objeto.⁹⁹ (grifos no original)

Por conta disso, seguindo a linha de STRECK, as diversas propostas da teoria da argumentação não conseguiram superar os principais problemas propiciados pelo positivismo, principalmente no que diz respeito à discricionariedade. Conforme já analisado, algumas destas teorias apostam na ponderação de valores (ALEXY), recaindo, portanto, na discricionariedade tão cara ao positivismo jurídico. Outras defendem, por seu turno, a construção de discursos prévios de justificação/fundamentação, incorrendo na problemática que mais criticaram no positivismo jurídico: a desconexão entre direito e faticidade. O que se verifica, em suma, é que as diversas propostas de teoria da argumentação ainda estão reféns do paradigma da consciência e da relação sujeito objeto, sendo incompatíveis com o constitucionalismo defendido neste trabalho.¹⁰⁰

⁹⁹ Ibidem, p. 08.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 08-11.

Conforme será explicitado no terceiro capítulo, a hermenêutica filosófica defende que em qualquer interpretação/aplicação, seja de uma regra ou de um princípio, há um sentido anterior propiciado pela pré-compreensão do intérprete (que decorre da sua condição de ser no mundo) que limita o processo de atribuição de sentido, afastando qualquer possibilidade de discricionariedade, na medida em que referida pré-compreensão não fica à disposição do intérprete, ou seja, o sujeito não é capaz de controlar essa atribuição prévia de sentido.¹⁰¹ Na verdade, “trata-se de um existencial, sobre o qual não temos domínio (e isso especialmente os adeptos das teorias argumentativas não conseguem entender)”.¹⁰²

É preciso discordar, portanto, da concepção segundo a qual as regras são aplicadas por mero processo de subsunção, a maneira do tudo ou nada, porquanto essa perspectiva olvida de uma circunstância relevante a qualquer processo compreensivo, qual seja, de que há sempre algo que antecipa e que é condição de possibilidade a qualquer interpretação, ainda que pertinente à aplicação de regras. Assim, mesmo diante desta hipótese, a subsunção não se mostra adequada.

Da mesma forma, é inaceitável a tese que vislumbra os princípios enquanto meros postulados, como mandados de otimização, exigindo uma ponderação do intérprete para sua concretização. Na verdade, tem-se que os princípios introduzem o mundo prático ao direito, institucionalizam a moral entendida como “ideal de vida boa” da sociedade.¹⁰³ A moral, portanto, passa a ser co-originária ao direito,

¹⁰¹ Conforme explica Lenio STRECK: “Repito: para o solipsismo filosófico – e pensemos aqui na discricionariedade positivista, louvada até mesmo pelos setores críticos da teoria do direito – **o mundo seria/é apenas o resultado das representações que realizamos a partir de nosso ‘feixe de sensações’**. Ora, definitivamente, depois do giro ontológico-lingüístico, não é mais possível pensar que a realidade passa a ser uma construção de representações de um sujeito isolado (solipsista). O giro ontológico-lingüístico já nos mostrou que somos, desde sempre, seres-no-mundo, o que implica dizer que, originariamente, já estamos ‘fora’ de nós mesmos nos relacionando com as coisas e com o mundo. Esse mundo é um ambiente de significância; um espaço no interior do qual o sentido – definitivamente – não está à nossa disposição. Este é um espaço compartilhado a partir do qual temos que prestar contas uns aos outros, como que para dar uma espécie de ‘testemunho da verdade’”. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...**, p. 57-58.

¹⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade...**, p. 177.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 172.

permitindo a penetração da faticidade no ordenamento jurídico, antes tão distante na concepção positivista.¹⁰⁴

Justamente por isso, por internalizarem a faticidade, é possível defender que os princípios, a partir de uma leitura da hermenêutica filosófica, fecham e não abrem o sistema¹⁰⁵, e podem, dessa feita, servir de balizas ao controle da discricionariedade.

Nas claras lições de STRECK:

Dizendo de outra maneira, eis mais uma vez presente a diferença entre a hermenêutica e a teoria da argumentação: enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica – como já referido à saciedade – **parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, ‘fechando’ a interpretação, isto é, diminuindo ao invés de aumentar o espaço da discricionariedade do intérprete.** Claro que, para tanto, a hermenêutica salta na frente para dizer que, primeiro, são incindíveis os atos de interpretação e aplicação (com o que se supera o método) e, segundo, não há diferença estrutura entre *hard cases* e *easy cases*”.¹⁰⁶ (grifos no original)

Ademais, é preciso concordar com STRECK quando este afirma que, muito embora princípios e regras tenham funções distintas perante o ordenamento jurídico, estas categorias não podem ser apartadas, como se as regras pudessem subsistir sem os

¹⁰⁴ Segundo as lições de STRECK, é a partir dessa moral institucionalizada que será possível falar-se em resposta correta no direito: “É – por assim dizer – desse comportamento moral que se dá na pré-compreensão que podemos extrair – no campo da aplicação do direito – a idéia de **resposta correta** (ou, se se quiser, adequada à Constituição) e de institucionalização do mundo prática pelos princípios”. (grifos no original) STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...**, p. 60-61.

¹⁰⁵ Nas precisas lições de Luis Prieto SANCHÍS: “Desde la perspectiva de las relaciones entre juez y legislador, las normas materiales de la Constitución presentan um rostro jánico. De un lado, y por mucha fe que se tenga en la argumentación racional, parece que la aplicación de este tipo de normas comporta mayores riesgos de subjetividad valorativa que la aplicación de las reglas legales. Sin embargo, de otra parte, que es la que ahora más nos interesa, lo que parecen hacer los principios constitucionales es justamente cercenar la discrecionalidad o el arbitrio del legislador. En el esquema del positivismo la Constitución era fundamentalmente una Constitución de reglas formales, de manera que allí donde éstas no resultaban concluyentes o sencillamente aparecían como irrelevantes por su falta de contenido material se abría una amplia discreción legislativa no fiscalizable por ningún tribunal. En el esquema del constitucionalismo contemporâneo, en cambio, el sistema queda por así decirlo saturado mediante los principios; con la particularidad de que estos principios, que antes han limitado la libertad política del legislador, se muestran después como dúctiles instrumentos en manos del juez. La conclusión, tal vez poço matizada, puede formularse así: la rematerialización de la Constitución supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial; bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, y la diferencia debe o debería ser esencial: la del legislador há sido siempre uma discrecionalidad inmotivada, justificada en el mejor de los casos en su legitimidad democrática, mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional”. SANCHÍS, Luís Prieto. **Justicia...**, p. 114-115.

¹⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade...**, p. 181.

princípios. Na verdade, entre regras e princípios há apenas uma diferença que, no plano da hermenêutica, chama-se de “diferença ontológica”¹⁰⁷, porquanto é condição de possibilidade da compreensão da regra a existência do princípio que a instituiu. O princípio, portanto, é o elemento que confere existência à regra, sendo que a aplicação tanto da regra, quanto do princípio que a instituiu, ocorre em um único processo, denominado de *applicatio*, conforme será analisado no terceiro capítulo.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Sobre o tema, remete-se o leitor ao terceiro capítulo deste trabalho.

¹⁰⁸ A fim de apresentar o debate, quanto ao conceito de regras e princípios, importa colacionar doutrina de Humberto ÁVILA: “as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 78-79. Salutar é a crítica de STRECK no sentido de que, embora princípios e regras desempenhem diferentes funções no ordenamento jurídico, tais categorias não podem ser apartadas, posicionamento ao qual nos filiamos: “Regra e princípio não são coisas separadas, que existam em si e por si. Nem tampouco os princípios são ‘mandados de otimização’ ou ‘meros’ ‘postulados’”. É preciso entender que entre regra e princípio há apenas uma diferença de caráter compreensivo, isto é, uma diferença que no plano da hermenêutica filosófica é chamada de ‘diferença ontológica’. Daí o equívoco de se dizer que no conflito de regras está-se diante de um ‘tudo ou nada’ (equívoco que é repetido na doutrina há muito tempo sem maiores questionamentos) ou que uma regra afasta a outra, e que no conflito entre princípios ocorre uma ponderação (afinal, quando é que não se pondera?). Isso (somente) seria possível se uma regra fosse aferível sem o princípio, isto é, isso (somente) seria possível se uma regra pudesse ser interpretada sem o recurso aos princípios, que representam a razão prática do direito. Pensar que uma regra pode ser interpretada independente dos princípios ou que uma pode “valer” mais do que um princípio é **uma concessão ao positivismo ou uma espécie de retorno ao positivismo**, como se regra e princípio contivessem uma ambigüidade, e que pudessem ser, ao mesmo tempo, um ‘critério’ de conhecimento ‘regra’ e um ‘critério’ de explicação (princípio), aferíveis a partir do esquema representacional sujeito-objeto. Daí a questão de fundo para a compreensão do fenômeno: antes de estarem cindidos, há um acontecer que aproxima **regra e princípio** em duas dimensões, a partir de uma anterioridade, isto é, a condição de possibilidade da interpretação da regra é a existência do princípio instituidor. Ou seja, a regra está ‘subsumida’ no princípio. Nos ‘casos simples’ (utilizando aqui, argumentativamente, a distinção que a teoria da argumentação faz), ela apenas encobre o princípio, porque consegue se dar no nível da pura objetivação. Havendo, entretanto, ‘insuficiência’ (*sic*) da objetivação (relação causal-explicativa) proporcionada pela interpretação da regra. Isto é, ele (sempre) está na regra. O princípio é elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele instituiu. Só que está encoberto. Por isso, é necessário, nesse ponto, discordar de Dworkin, quando diz que as regras são aplicáveis à maneira do **tudo ou nada** e que os princípios enunciam uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas ainda assim necessitam de uma decisão particular”. (grifos no original) STRECK, Lenio Luiz. A crise paradigmática do direito no contexto da resistência positivista ao (neo) constitucionalismo. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. In: **Vinte anos da constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 213-214.

Traçadas essas premissas, é possível concluir que princípios e regras não podem ser cindidos e ambos são aplicados a partir da unidade que compõe a *applicatio*. De qualquer forma, cada uma dessas normas desempenha funções diferentes no ordenamento jurídico. As regras servem para conferir segurança jurídica, na medida em que estipulam, com certo grau de clareza e objetividade, a conduta esperada de seus destinatários, assim como as respectivas sanções, na hipótese de afronta ao mandamento legal. Os princípios, por permitirem a internalização dos valores presentes na sociedade, garantem o critério de justiça e permitem a penetração da faticidade no mundo jurídico, aproximando o direito da realidade social.¹⁰⁹ Com efeito, um ordenamento composto apenas por regras é temerário, na medida em que inviabiliza o necessário diálogo entre o direito e a realidade, obstando a evolução daquele. Por outro lado, um sistema composto apenas por princípios também não é desejável, pela falta de objetividade, segurança jurídica e previsibilidade das condutas. Por conta disso, como o direito traz em si esses dois vetores – segurança e justiça – uma ordem jurídica democrática deve permitir o equilíbrio entre princípios e regras.¹¹⁰

É essa a conotação do novo constitucionalismo, ou (neo) constitucionalismo que, dentre outras coisas, salienta a importância dos princípios e regras, conferindo normatividade a ambos. Ademais, é por meio dos princípios que se faz uma leitura moral da Constituição e das leis, coadunando-se o direito com a justiça. Essa dimensão principiológica da Constituição faz com que ela seja o verdadeiro fundamento material de toda a ordem jurídica, “de modo que será possível sustentá-la como um Pacto dotado de verdadeira reserva de justiça”.¹¹¹

Cumpra deixar claro, em face do exposto, o marco teórico no qual se funda o presente estudo, qual seja, o (neo) constitucionalismo de cariz hermenêutico-filosófico que, justamente por superar o esquema sujeito-objeto, tributário do positivismo jurídico, visa afastar, a partir da concepção de Estado Democrático de Direito, a

¹⁰⁹ Conforme crítica de STRECK, “a grande maioria dos juristas não se deu conta de que a separação do modelo de regras implica uma profunda alteração no direito. Ou seja, não se deram conta os juristas que é através dos princípios que ocorre a canalização para o âmbito das Constituições do elemento do mundo prático (a razão prática obnubilada pelo positivismo)”. *Idem*.

¹¹⁰ Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 208 – 209; SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos ...**, p. 141.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 139.

discricionarieidade na interpretação/aplicação do direito¹¹², consoante estudo desenvolvido nos próximos capítulos.¹¹³

Sendo a Constituição Federal o principal norte para o controle da discricionarieidade, cumpre, nesse momento, tecer alguns comentários acerca do sistema constitucional brasileiro.

¹¹² Em sentido contrário, Gustavo ZAGREBELSKY defende que a discricionarieidade não é algo a ser combatido: “En estas condiciones, la pluralidad de métodos y su equivalencia no es un defecto, sino una posibilidad de êxito cuando se interpreta la ley buscando la regla adecuada. La interpretación legislativa abierta no es un error que la actual ciencia del derecho deba corregir, sino un aspecto irrenunciable a la vista de su objetivo. Las posibilidades de la interpretación dependen además de la actitud del propio legislador. La discrecionalidad de que goza el intérprete para reconducir a la ley las exigencias de regulación que presenta el caso no sólo depende de los métodos de interpretación y de su número, sino también de la estructura de la propia ley. A veces, incluso, el derecho, por así decirlo, no presenta resistencia a ser interpretado de acuerdo con estas exigencias ‘casuísticas’. Esto sucede sobre todo con las normas ‘elásticas’ o ‘abiertas’, es decir, las que utilizan las llamadas ‘cláusulas generales’, cruz de toda concepción estrictamente positivista del derecho y de la función judicial y delicia de todo crítico de la misma”. Cuando se expresa de este modo (‘buenas costumbres’, ‘buena fé’, ‘buen padre de familia’, ‘interés público’, relaciones sociales justas’, etc.), es el próprio legislador quien declara su incapacidad para prever la concreta aplicación y quien autoriza expressamente que los casos y sus exigencias obtengan reconocimiento”. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 136.

¹¹³ Conforme pondera Lenio Luiz STRECK: “Portanto, para se realizar uma efetiva teoria pós-positivista dois elementos são, inexoravelmente, necessários: a) ter total consciência do nível teórico sob o qual estão assentadas as projeções teóricas efetuadas, ou seja, uma teoria pós-positivista não pode fazer uso de **mixagens teóricas**; b) enfrentar o problema do solipsismo epistemológico que unifica todas as formas de positivismo”. Ainda, continua o autor, ao apontar as seguintes exigências para a elaboração de uma teoria pós-positivista: I. Em um Estado Democrático de Direito, o direito deve ter por escopo a reconstrução da sociedade, a fim de cumprir as promessas da modernidade que, até hoje, não foram adimplidas em nosso país; II. Impõe-se a construção de uma nova teoria das fontes, sendo a Constituição o *locus* da elaboração do direito, ou seja, nenhuma norma poderá ser julgada válida se incompatível com a Constituição, assim como o texto maior passa a ter aplicabilidade imediata, sem a necessidade de *interpositio legislatoris*; III. Há uma institucionalização da moral no direito, sendo que “é por isso que o Estado Democrático de Direito não admite discricionarieidade (nem) para o legislador, porque ele está vinculado à Constituição (lembramos sempre a ruptura paradigmática que representou o constitucionalismo compromissório e social)”; IV. O direito ganha uma autonomia que propicia uma blindagem em face das dimensões que o engendram (economia, política, moral, etc.); V. Os princípios constitucionais, ao contrário do que muitos defendem, não propiciam uma limitação na autonomia do direito, ao revés, contribuem para seu fortalecimento; VI. Nos casos ditos “difíceis”, não se justifica mais a delegação de discricionarieidade ao juiz para a resolução do problema. “Isto porque não podemos mais aceitar que, em pleno Estado Democrático de Direito, ainda se postule que a luz para determinação do direito *in concreto* provenha do protagonista da sentença. Isso significa que, para além da cisão estrutural entre casos simples e casos difíceis, não pode haver decisão judicial que não seja **fundamentada e justificada** em um todo coerente de princípios que repercutam a história institucional do direito. Desse modo, tem-se por superada a discricionarieidade a partir do dever fundamental de resposta correta que recai sobre o juiz no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito”. (grifos no original) STRECK, Lenio Luiz. **Verdade...**, p.466 - 470.

1.3. A CONSTITUIÇÃO ENQUANTO SISTEMA NORMATIVO.

Hodiernamente, os constitucionalistas voltam seus esforços no sentido de conferir maior efetividade ao texto constitucional. Com efeito, uma das mais importantes alterações ocorridas no bojo do direito público, ao longo do século XX, foi o reconhecimento do *status* de norma jurídica à Constituição, o que implica, em apertada síntese que:

a) a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata às situações que regulamenta, principalmente no que se refere à concretização dos direitos fundamentais;

b) a Constituição é o fundamento de validade das demais normas que compõem o ordenamento jurídico, de sorte que tais normas somente serão aplicadas se com ela forem compatíveis;

c) os valores e fins esculpidos no texto constitucional servem de parâmetro para o intérprete determinar o sentido e alcance das normas infraconstitucionais.¹¹⁴

Indubitável, portanto, que a Constituição, sendo norma jurídica, possui uma força normativa capaz de vincular todos a seus termos. Ao discorrer sobre o tema, Konrad HESSE destaca três proposições indispensáveis ao reconhecimento dessa força normativa: a) condicionamento recíproco entre a Constituição Jurídica e a realidade político-social; b) análise dos limites e possibilidades da Constituição Jurídica e; c) constatação dos pressupostos de eficácia da Constituição Jurídica.¹¹⁵

No que tange ao primeiro aspecto, HESSE assevera que o fundamento da força normativa da Constituição não pode ser encontrado exclusivamente nos fatores reais de poder, como pretendia LASSALE¹¹⁶, nem tampouco apenas na Constituição

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 197.

¹¹⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 13.

¹¹⁶ Importante discussão surge, acerca da força normativa da Constituição, do diálogo entre Ferdinand LASSALE e Konrad HESSE. Para LASSALE, a força normativa está na dimensão fática do poder e não na Constituição Jurídica, porquanto esta é mera “folha de papel”, que somente será eficaz na medida em que for compatível com os fatores reais do poder presentes na sociedade. No conflito travado entre Constituição Jurídica e Constituição Real, aquela sempre será a parte mais fraca.

Jurídica. É indispensável o reconhecimento de que ambas as realidades – fática e jurídica – estão em constante relação dialética, sendo que a normatividade constitucional reside precisamente em sua pretensão de eficácia, ou seja, de atuação e conformação sobre a realidade fática, real.¹¹⁷

Quanto à segunda proposição, aponta o autor a relação de coordenação e condicionamento mútuo entre Constituição Jurídica e Constituição Real (fatores reais do poder existentes na sociedade). Nesse sentido, a Constituição Jurídica, para que tenha efetiva condição de se concretizar, não pode ter a pretensão de regular nada que já não esteja na realidade presente. Muito embora a Constituição Jurídica, por si só, não tenha condições de realizar nada, ela poderá impor tarefas que serão concretizadas na medida em que existir uma vontade de constituição.¹¹⁸

Colacionam-se as lições do autor: “Sendo a Constituição a **lei fundamental** de uma nação, será – e agora já começamos a sair das trevas – qualquer coisa que logo poderemos definir e esclarecer, ou, como já vimos, uma força ativa que faz, por uma **exigência da necessidade**, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são. Promulgada, a partir desse instante, não *se pode* decretar, naquele país, embora possam querer, **outras leis contrárias à lei fundamental**. Muito bem, pergunto eu, será que **existe** em algum país – e fazendo esta pergunta os horizontes clareiam – alguma força ativa que possa influir de tal forma em todas as leis do mesmo, que **as obrigue a ser necessariamente**, até certo ponto, **o que são e como são, sem poderem ser de outro modo?** Esta incógnita que estamos investigando apóia-se, simplesmente, nos **fatores reais do poder** que regem uma determinada sociedade. **Os fatores reais do poder** que atuam no seio de cada sociedade são essa **força ativa** e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que **não possam ser**, em substância, **a não ser tal como elas são**. (...) Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: **a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação**. Mas que relação existe com o que vulgarmente chamamos Constituição? Com a Constituição Jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos os conceitos guardam entre si. Juntam-se esses **fatores reais** do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples **fatores reais do poder**, mas sim verdadeiro **direito** – instituições **jurídicas**. (...) Onde a Constituição reflete os fatores reais e efetivos do poder, não pode existir um partido político que tenha por lema o respeito à Constituição, porque ela já é respeitada, é invulnerável. Mau sinal quando esse grito repercute no país, pois isso demonstra que na constituição **escrita** há qualquer coisa que não reflete a constituição *real*, os fatores reais do poder. E se isto acontecer, se esse divórcio existir, a constituição escrita está liquidada: não existe Deus nem força capaz de salvá-la”. (grifos no original) LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 10-11; 17-18; 39.

¹¹⁷ “Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”. HESSE, Konrad. Op. cit., p. 15.

¹¹⁸ Nas palavras do próprio autor: “mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A

Por fim, no que concerne à terceira proposição, HESSE conclui que a força normativa da Constituição será tanto maior quanto mais seu conteúdo for compatível com os fatores reais do poder presentes na sociedade que pretende regular.¹¹⁹

Das lições do autor, é possível extrair duas conclusões¹²⁰:

a) a Constituição Jurídica apresenta certa normatividade e vinculatividade. Dessa feita, todas as normas constitucionais, mesmo as programáticas, possuem um mínimo de imperatividade, pois “são capazes de surtir uma série de efeitos, revogando as normas infraconstitucionais anteriores com elas incompatíveis, constituindo parâmetro para a declaração da inconstitucionalidade por ação e omissão, e fornecendo o conteúdo material para a interpretação das demais normas que compõem o sistema constitucional”.¹²¹ Isso porque, não se pode olvidar que a produção de efeitos jurídicos independe da produção de todos os efeitos sociais da norma constitucional, porquanto eficácia não se confunde com efetividade.¹²²

Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que projeta o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana”. Ibidem, p. 19-20.

¹¹⁹ “Quanto mais o **conteúdo** de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Tal como assentado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral”. (grifos no original) Idem.

¹²⁰ Cf. SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem ...**, p. 76.

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 214.

¹²² Nesse sentido, a pertinente ressalva de SCHIER: “contudo, embora constituam características diversas, efetividade e eficácia não se afastam. Afinal, referindo-se a efetividade à realização do direito (o desempenho concreto de sua função social), não pode prescindir de uma prévia análise sobre as condições de eficácia. Assim, inobstante uma Constituição possa não lograr alcançar a efetividade máxima ou integral de suas regras, isso não lhe retira a capacidade de produção de efeitos jurídicos, ainda que numa dosagem mínima”. Cf. SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem...**, p. 76.

b) necessidade de se substituírem as noções de Constituição em sentido material e formal, ambas parciais e incompletas, pela concepção de sistema constitucional que permite constante diálogo entre a esfera jurídica e a realidade material.¹²³ Nas precisas lições de SCHIER, “a compreensão do fenômeno constitucional, hoje, está a exigir a leitura da Constituição enquanto norma e, ainda, enquanto sistema possibilitador de diálogos entre a sua realidade jurídica e material (real e histórica).”¹²⁴

Sendo assim, a Constituição Federal, dotada de força normativa, vincula todos os poderes do Estado e a sociedade civil, conforme assevera Clèmerson Merlin CLÈVE:

As Constituições, agora, são documentos normativos do Estado e da sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Ela não apenas regula o exercício do poder, transformando a *potestas* em auctoritas, mas também impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou

¹²³ Conforme destaca Paulo BONAVIDES: “enquanto as instituições liberais funcionaram a contento, não se questionava o aspecto político das Constituições: a Sociedade estava despolitizada e a Constituição podia margeá-la ou quase ignorá-la, sendo aquela, pois, a idade de ouro do positivismo liberal e constitucional dos normativistas. Confiados na abstração tranqüila dos textos, alcançaram eles as surpreendentes extremidades de uma teoria meta-empírica capaz de pretensiosamente dispensar os elementos sociológicas e filosóficos da realidade e proclamar com a exacerbação unilateralista do normativismo puro a identidade absoluta do Direito e do Estado. Todo o problema constitucional ainda hoje procede, contudo, da ausência de uma fórmula que venha combinar ou conciliar essas duas dimensões da Constituição: a **jurídica** e a **política**. A verdade é que ora prepondera uma, ora outra. No constitucionalismo clássico e individualista preponderou a primeira; no constitucionalismo social e contemporâneo, a segunda. E quando uma delas ocupa todo o espaço da reflexão e da análise, os danos e as insuficiências de compreensão do fenômeno constitucional se fazem patente. O sistema constitucional surge pois como expressão elástica e flexível que nos permite perceber o sentido tomado pela Constituição em face da ambiência social, que ela reflete, e a cujos influxos está sujeita, numa escala de dependência cada vez mais avultante. A terminologia **sistema constitucional** não é, assim, gratuita, pois induz a globalidade de forças e formas políticas a que uma Constituição necessariamente se acha presa. Essa inserção da Constituição formal num sistema material e orgânico não só busca evitar o grave inconveniente de um normativismo extremo e abstrato, esvaziado de conteúdo material, a que de certo conduziria a posição Kelseniana – constitucionalismo jurídico impotente perante a Constituição real – como, por outra parte, serve ainda de valioso anteparo contra aqueles que, presos ao sociologismo de realidades inarredáveis e fatais, exprimem negação e ceticismo em face da eficácia normativa das Constituições. Nestas, a privação de juridicidade importa sempre subalternização e desprestígio, com graves danos para a proteção das liberdades humanas”. (grifos no original) BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo:Malheiros, 2006, p. 95.

¹²⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem...**, p. 87.

negativamente, os Poderes Públicos. Os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou omissão do legislador.¹²⁵

Referida vinculação não é apenas negativa, na medida em que o texto constitucional expressa diversos fins públicos a serem alcançados pelo Estado, impondo-se a este o dever de empregar todos os esforços para a consecução dessas finalidades. Consoante já destacado, mesmo as normas programáticas, que contemplam tais programas de ação, são dotadas de certa imperatividade, submetendo o Poder Público aos seus termos.

Na esteira de Marco Aurélio MARRAFON, a concretização dos ditames constitucionais deve coordenar toda a prática jurídica, no sentido de permitir uma ação emancipatória fundamentada em três pontos principais:

- a) efetivação dos direitos fundamentais;
- b) vinculação da prática política e legislativa na concretização desses direitos;
- c) submissão da Administração Pública à implementação dos objetivos constitucionalmente idealizados.¹²⁶

Indubitável, portanto, ser dever da Administração Pública a concretização dos objetivos e fins esculpidos na Constituição, mormente no que diz respeito aos direitos fundamentais, por meio de uma ação administrativa que, quase sempre, comporta certo grau de discricionariedade. O exercício discricionário, para não se transmutar em arbitrariedade, deve se coadunar com os princípios e valores previstos no sistema constitucional.

Em suma, a atual concepção da Constituição exige o reconhecimento de sua força normativa e de sua caracterização enquanto sistema. A Constituição encontra-se no ápice do ordenamento jurídico, não estando subordinada a qualquer parâmetro normativo anterior ou superior.

¹²⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 22.

¹²⁶ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica...**, p. 119.

Disso resulta que todas as demais normas devem conformar-se a ela. Dessa conclusão advém a preeminência normativa da Constituição que, na esteira de Paulo Ricardo SCHIER, apresenta dupla direção.¹²⁷ A primeira pode ser analisada sob dois aspectos: positivo e negativo. Na concepção positiva, a normatividade constitucional exige que as normas infraconstitucionais sejam interpretadas à luz da Constituição. O sentido negativo decorre da própria concepção positiva, na medida em que, se as normas infraconstitucionais devem coadunar-se com a Constituição, quando com ela forem incompatíveis impõe-se a negação da normatividade infraconstitucional, salvo se for possível empreender uma interpretação conforme, conferindo-se máxima efetividade ao texto constitucional.

Essa idéia materializa o princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual nenhuma lei ou ato jurídico poderá subsistir validamente no ordenamento jurídico se for com ela incompatível. Para assegurar tal supremacia, a própria ordem jurídica contempla diversos mecanismos para invalidar e/ou paralisar os efeitos dos atos contrários ao texto constitucional, ou seja, para propiciar o controle de constitucionalidade dos referidos atos¹²⁸.

Aventa-se a preservação da normatividade dos atos infraconstitucionais, quando for viável a interpretação conforme a Constituição. Esta incide tanto em face do controle de constitucionalidade – no qual o tribunal confere interpretação que se coaduna com a Constituição, afastando outras interpretações contrárias que também poderiam ser extraídas do mesmo enunciado normativo – assim como técnica de interpretação – dentre as várias interpretações possíveis, deve-se adotar aquela que melhor se coaduna com os fins e valores da Constituição Federal.

A interpretação conforme é de importância salutar para o tema em voga, mormente nesse segundo aspecto, impondo-se aos agentes públicos a aplicação desse princípio¹²⁹ quando do exercício da função administrativa, principalmente nas

¹²⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem...**, p. 102.

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 299.

¹²⁹ Sobre o tema, disserta Lenio Luiz STRECK: “alçada à categoria de princípio, a interpretação conforme a Constituição é mais do que princípio, é **um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela.** Desse modo,

hipóteses de discricionariedade administrativa. Assim, quando estiver o intérprete (aparentemente) diante de duas opções abstratamente válidas perante o direito, deve escolher a mais compatível com a Constituição, já que uma das finalidades da Administração Pública é a concretização dos fins e valores previstos na Carta Constitucional. Na verdade, nesta hipótese em que subjaz uma interpretação mais conforme a Constituição, não há que se cogitar de qualquer discricionariedade, existindo vinculação à opção que melhor concretiza o texto constitucional. E a interpretação mais compatível resultará da *applicatio*, conforme será analisado no terceiro capítulo deste estudo.

A segunda direção que decorre da preeminência normativa da Constituição é a filtragem constitucional que, ao contrário da situação anterior¹³⁰, exige um sistema aberto de regras e princípios, permitindo-se o constante diálogo do direito com a realidade social, política e econômica. Sobre o tema, Paulo Ricardo SCHIER aduz:

Então, com a filtragem constitucional fala-se da preeminência normativa da Constituição pressupondo uma teoria da norma constitucional que compreenda a sua dimensão normativo-linguística e também material. Bem como, ainda, fala-se de uma teoria da norma englobante da esfera da pré-compreensão do intérprete, enquanto sujeito integrante da realidade e do contexto material do Direito e, de conseqüência, integrante da própria estrutura da norma (categoria que exige a existência de um caso concreto posto a resolver, não se confundindo com as regras e princípios em sua perspectiva puramente linguística – o enunciado do texto).

(...)

Sob o viés da dialeticidade direito positivo/realidade material, a atualização do direito infraconstitucional à luz da axiologia Constitucional será decorrência que viabilizará o diálogo com a realidade social, aprendendo com ela através da abertura dos princípios e,

em sendo um princípio (imane), os juízes e tribunais não podem (continuar a) (só) negar a sua aplicação, sob pena de violação da própria Constituição”. (grifos no original) STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 573-574.

¹³⁰ Conforme explica SCHIER: “Deveras, a idéia de preeminência normativa da Constituição (aqui não estamos ainda a nos referir à filtragem constitucional) prescinde de uma concepção da realidade constitucional enquanto sistema aberto de regras e princípios. Portanto, pode ser concebida no plano estritamente lógico-jurídico. (...) Destarte, **as conseqüências que se pode extrair da preeminência normativa da Constituição prescindem de um pensamento sistemático aberto, nos termos do apresentado no capítulo anterior, exigindo, apenas, um pensamento sistemático (ainda que fechado, ainda que no plano puramente lógico-jurídico-dogmático, etc.)**. A filtragem constitucional, diversamente, sustenta-se aqui, deverá pressupor a preeminência normativa da Constituição. Contudo, projetá-la-á não para qualquer concepção: a da Constituição enquanto **sistema aberto de regras e princípios**, que permitirá pensar o Direito Constitucional em sua perspectiva jurídico-normativa em diálogo com as realidades social, política e econômica”. (grifos no original) SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem...**, p. 104-106.

destarte, permitindo a capacidade de aprendizagem da ordem jurídica com a sociedade e, por sua vez, desses aspectos, será compreensível a evolução da ordem jurídica sem que seja necessário implementar-se reformas legislativas que modifiquem a textualidade normativa.¹³¹

Do exposto, exsurge a conclusão já anunciada: as concepções pertinentes à Constituição formal e material devem ser substituídas pela idéia de sistema, permitindo-se, assim, um constante diálogo entre essas duas realidades (jurídica e material) que se complementam dialeticamente. Para tal desiderato, faz-se premente reconhecer a abertura do sistema, a fim de que as normas constitucionais possam acompanhar e internalizar as alterações promovidas na sociedade, propiciando uma correlação entre direito e justiça.

O agente público, quando do exercício da função administrativa, deve atentar para as características e especificidades desse sistema constitucional, amoldando sua atividade a essas peculiaridades, para bem desempenhar seu mister.

Portanto, na conformação do ato discricionário, o agente deve buscar subsídios na lei (quando esta for compatível com o texto constitucional) e na Constituição Federal, que possui força normativa, aplicabilidade direta e imediata.¹³²

Além disso, no processo de interpretação/aplicação das normas constitucionais, é preciso reconhecer o princípio da unidade da Constituição, “impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas. A superior hierarquia das normas constitucionais impõe-se na determinação

¹³¹ Ibidem, p. 106-108.

¹³² Sobre o princípio da efetividade da Constituição, assevera Lenio STRECK: “(...) no paradigma neoconstitucionalista, a efetividade das normas constitucionais já é compreendida pela hermenêutica como um pressuposto essencial. Não existe norma constitucional sem perspectiva de eficácia. Concepção diferente pode ser vista na teoria das normas clássica, construídas sobre as bases de um positivismo nominalista de cariz privatístico e individual. Aqui há que se ter cuidado com qualquer recaída em direção à subsunção. **Uma teoria da efetividade não significa ‘subsunção’**. Para essa doutrina a aplicabilidade de várias normas constitucionais, as chamadas programáticas – local onde, por excelência, se encontravam os princípios constitucionais – ficavam dependentes da *interpositio legislatoris*. Hodiernamente, a hermenêutica filosófica (jurídico-constitucional) faz com que a efetividade da Constituição se comprometa com uma idéia prescritiva e revolucionária, proporcionada pela jurisdição constitucional através de mecanismos como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para falar apenas de alguns dos mecanismos com tal finalidade. Sendo mais enfático, o hermeneuta não consegue pensar em uma decisão que deixe de lado a efetividade das normas constitucionais”. (grifos no original) STRECK, Lenio Luiz. **Verdade...**, p. 478.

de sentido de todas as normas do sistema”.¹³³ Havendo conflito entre normas constitucionais, por possuírem a mesma hierarquia, deve-se promover a concordância prática dos bens jurídicos em jogo, preservando-se o máximo possível de cada um.¹³⁴

Ademais, deve-se primar pela efetividade das normas constitucionais, ou seja, pela produção dos seus efeitos sociais, o que ocorre quando da efetiva realização no mundo dos fatos dos valores tutelados pelo direito. A concretização desse princípio, portanto, permite a aproximação entre dever-ser normativo e ser da realidade social.¹³⁵

Especificamente na seara da discricionariedade administrativa, novamente este princípio impõe ao agente público a consecução dos fins e valores esculpidos na Constituição quando do exercício da função administrativa.

Em face de todo o exposto, na conformação do ato discricionário, não pode o administrador olvidar a existência de princípios que informam o ordenamento jurídico e servem tanto para colmatar eventuais lacunas quanto para propiciar a adequada interpretação de determinada regra, proporcionando ao intérprete chegar à solução adequada/compatível com o sistema constitucional. Até porque, seguindo os passos de Eros Roberto GRAU, o intérprete não aplica uma regra ou um princípio de forma isolada, mas sim o direito como um todo¹³⁶, o que bem demonstra a importância do processo hermenêutico que leve em conta a totalidade de princípios e regras.

Nesse compasso, não se cogita mais a argumentação no sentido de que os princípios incidem apenas nas hipóteses de lacuna no ordenamento jurídico, como pretendia HART. Ao contrário, o papel desempenhado por eles é bem maior, na medida em que informam todo o ordenamento jurídico e a interpretação de qualquer regra jurídica deve perpassar pelos princípios aplicáveis.

Seguindo essa linha, o exercício da função administrativa, principalmente quando discricionária, deve coadunar-se não apenas às leis e atos normativos incidentes, mas também aos princípios que informam o regime jurídico administrativo.

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 300.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 301.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 302.

¹³⁶ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 210.

Traçadas estas premissas que delineiam o conceito de discricionariedade administrativa, cumpre, nesse momento, apresentar a referida concepção à luz da doutrina clássica, a fim de se destacar a necessidade de uma releitura desse instituto.

1.4. DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVAS: DA CONCEITUAÇÃO CLÁSSICA À NECESSÁRIA RELEITURA.

Conforme explicitado, o direito administrativo começou a se desenvolver, como ramo autônomo e com a roupagem que hoje conhecemos, com o advento do Estado de Direito, o qual se fundava, paradoxalmente, em duas concepções opostas: proteção aos direitos individuais e necessidade de satisfação dos interesses coletivos.¹³⁷

Nesse compasso, em meados do século XIX, a concepção de Estado de Direito trouxe em seu bojo a bipolaridade do Direito Administrativo: restrições e prerrogativas. Por um lado, com vistas a garantir a liberdade individual, condiciona-se a atuação administrativa à lei, restrição essa que se expressa no princípio da legalidade. Por outro, para se viabilizar a consecução do interesse público, são outorgados à Administração prerrogativas e privilégios, em decorrência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.¹³⁸

Em um Estado Democrático de Direito, consoante já asseverado, a ordem normativa impõe uma série de objetivos a serem alcançados pelo Poder Público, conformando a atuação deste em prol do interesse coletivo. A consecução desses

¹³⁷ Conforme destaca GARRIDO FALLA: “Es curioso observar que fuese el próprio fenómeno histórico político de la Revolución francesa al que haya dado lugar simultáneamente a dos ordenamientos distintos entre sí: el orden jurídico individualista y el régimen administrativo. El régimen individualista se ha ido alojando en el campo del Derecho civil, mientras el régimen administrativo ha ido a formar la base del Derecho público administrativo”. GARRIDO FALLA, Fernando. **Las transformaciones del régimen administrativo**. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 44-45.

¹³⁸ Saliente-se que, nos dias atuais, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado exige uma releitura. Porém, considerando os objetivos desse trabalho, não adentraremos nessa discussão. Sobre essa problemática, vide: SCHIER, Paulo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: **Revista JML de Licitações e Contratos Administrativos**, Curitiba, ano I, n. 02, março de 2007, p. 46-55. Ainda: BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 7-11.

objetivos consubstancia um dever jurídico, caracterizado como função administrativa.¹³⁹

Segundo pontua Lúcia Valle FIGUEIREDO, “existe função quando alguém está investido no **dever** de satisfazer dadas finalidades em prol do **interesse de outrem**, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las”.¹⁴⁰ (grifos no original)

Para que a Administração Pública possa realizar as finalidades que lhe incumbe, o próprio ordenamento jurídico lhe confere prerrogativas, poderes. Não se pode olvidar, portanto, que esses poderes são simples instrumentos colocados à disposição da entidade para viabilizar a consecução dos interesses essenciais¹⁴¹ que se encontram sob sua tutela, de sorte que seu exercício só será legítimo se voltado única e exclusivamente para o atendimento dessas finalidades, sob pena de desvio de poder, o que torna o ato ilegal.

Em suma, a função está intrinsecamente relacionada a um dever, a uma finalidade, cuja realização somente é crível porque o ordenamento jurídico outorga determinados poderes à Administração Pública. É justamente a referibilidade a um fim que torna o poder mero instrumento, meio para a concretização desse escopo estatuído

¹³⁹ Odete MEDAUAR explica que, no direito público, a palavra função apresenta diversas conotações, dentre as quais destaca: “a) atribuição ou competência ou encargos de um órgão – por exemplo: esse órgão tem a função de fiscalizar as construções; b) fim a que se destina a atividade do órgão público – por exemplo: a medida teve a função de propiciar livre acesso às informações. Também se diz que a função significa poder exercido no interesse alheio, isto é, interesse estranho ao sujeito que o exerce. Publicistas modernos ponderam, no entanto, que as autoridades e órgãos públicos não têm interesses próprios, daí parecer incompatível contrapor, nesse âmbito, interesse próprio e interesse alheio – embora todas as autoridades e órgãos públicos atuem, em princípio, no interesse alheio (interesse da população), tais publicistas preferem outro elemento para caracterizar a essência da função: o exercício do poder preordenado a um fim”. MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 106.

¹⁴⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 30. Daniel FERREIRA conceitua função administrativa como “o ‘dever-poder’ operativo, exercitado em nome da coletividade e concretizador dos comandos primários, gerais e abstratos contidos na norma legislativa ou, excepcionalmente, na norma constitucional”. FERREIRA, Daniel. A função administrativa e seu regime jurídico. **Cadernos de Direito**, Faculdade de Direito de Curitiba, Curitiba, n.º. 6, p. 19, 1999.

¹⁴¹ Terminologia adotada por Marçal JUSTEN FILHO, ao conceituar função administrativa: “a função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente, e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 30.

na ordem jurídica. Por seu turno, para garantir a vinculação do exercício do poder à realização do fim para o qual foi criado, é mister que o próprio ordenamento jurídico fixe os limites para tal exercício.¹⁴²

A Constituição Federal, ao vincular em seu art. 37, *caput*, a atuação administrativa aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dentre outros que decorrem de forma implícita do texto constitucional, deixou clara a preponderância das sujeições da Administração em face das prerrogativas. Consoante aduzido, tais prerrogativas foram conferidas apenas para viabilizar a consecução desses deveres impostos pela Constituição. Referidos princípios vinculam o Poder Público, expressando deveres a serem implementados para bem desempenhar a função administrativa.¹⁴³

Dentre os poderes administrativos, importa para o presente trabalho a análise dos assim denominados discricionários e vinculados.¹⁴⁴

Segundo defende considerável parcela da doutrina, há vinculação quando a lei já estabelece de antemão e em termos de incontestável objetividade¹⁴⁵ a única solução a ser adotada em face da ocorrência de determinada situação fática.¹⁴⁶

¹⁴² MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 106-107.

¹⁴³ Conforme esposado em trabalho anterior: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo; VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Administração pública brasileira e os 20 anos da constituição de 1988: momento de predomínio das sujeições constitucionais em face do direito fundamental à boa administração pública. **Revista Fórum Administrativo – Direito Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 95, p. 23-34, janeiro de 2009.

¹⁴⁴ Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO adverte que “na ciência do Direito Administrativo, erradamente e até de modo paradoxal, quer-se articular os institutos do direito administrativo, - inobstante ramo do direito público – em torno da idéia de poder, quando o correto seria articulá-los em torno da idéia de **dever**, de finalidade a ser cumprida. Em face da finalidade, alguém – a Administração Pública – está posta numa situação que os italianos chamam de ‘*doverosità*’, isto é, sujeição a esse dever de atingir a finalidade. Como não há outro meio para se atingir esta finalidade, para obter-se o cumprimento desse dever, senão irrogar a alguém certo poder *instrumental*, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como **mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever**. Mas é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público. Assim, o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõem-se, para qualquer agente público, como um ímã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico”. (grifos no original) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit., p. 14-15. Não obstante a crítica do autor, corroboramos com o posicionamento de Odete MEDAUAR, no sentido de que o esclarecimento da concepção dada ao vocábulo “poder”, enquanto instrumento para a realização de um dever, torna prescindível a fórmula composta dever-poder. MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 106.

¹⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit., p. 16.

¹⁴⁶ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade ...**, p. 66.

Eduardo GARCIA DE ENTERRÍA e Tomás Ramón FERNÁNDEZ asseveram que quando a Administração Pública limita-se apenas a constatar a ocorrência da hipótese fática estampada na norma, estar-se-á diante de um poder vinculando.¹⁴⁷ Caberá ao agente administrativo, por simples subsunção, extrair da norma o único caminho possível, sem qualquer juízo subjetivo.

Para ilustrar essa concepção, Odete MEDAUAR colaciona o seguinte exemplo: “o poder vinculado teria seu exercício comparado ao da funcionária de um teatro a quem o espectador mostra sua entrada numerada, cabendo a ela somente indicar o lugar marcado no bilhete”.¹⁴⁸

Em suma, adotando-se a concepção da doutrina clássica¹⁴⁹, são vinculados os atos praticados sem qualquer margem de liberdade, sem qualquer avaliação subjetiva do intérprete. A própria lei estabelece se, quando e como a Administração Pública deve atuar.

Contrapondo-se à vinculação, a competência discricionária¹⁵⁰ é conceituada como o poder outorgado ao agente administrativo para escolher, em face do caso concreto, dos critérios delimitados na norma e segundo seu juízo de oportunidade e conveniência, uma dentre as diversas soluções possíveis, todas válidas perante o direito.¹⁵¹

¹⁴⁷ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 453.

¹⁴⁸ MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 106.

¹⁴⁹ Nessa linha, cite-se: GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 81. Na mesma esteira, embora reconhecendo a dificuldade de tal hipótese: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit., p. 16.

¹⁵⁰ Conforme adverte Odete MEDAUAR: “na atualidade, diferentes expressões são utilizadas para designar a matéria: **poder discricionário, atividade discricionária, discricionariedade**. Se considerado, de modo rigoroso, o sentido desses vocábulos, o **poder discricionário** seria a atribuição legal de decidir com possibilidade de escolha; **atividade discricionária** refere-se ao exercício de funções com utilização do poder discricionário, enquanto **discricionariedade** é a própria possibilidade de escolha. No entanto, o uso indistinto das expressões não implica erro, facilitando a exposição do tema, que, em essência, é o mesmo nas citadas denominações”. (grifos no original) MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 108.

¹⁵¹ Valiosa é a contribuição do professor Romeu Felipe BACELLAR FILHO na definição de discricionariedade: “haverá de chegar um momento, contudo – uma encruzilhada com várias vertentes -, em que a lei não o informará qual a direção a ser seguida. Incumbirá ao maquinista, administrador público, sem se afastar dos trilhos da lei, aferir a oportunidade e a conveniência da escolha do caminho ou da vertente apropriada. Incumbir-lhe-á, sempre, inclinar-se pela melhor opção”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 61.

O Estado de Direito, que tem como alicerce o princípio da legalidade, exige que todos os poderes da Administração Pública sejam delimitados pela lei, no intuito de se afastar eventuais arbitrariedades. Em determinadas situações, essa limitação atinge todos os aspectos da atividade administrativa, hipótese em que se fala de vinculação. Em outros casos, porém, o regramento não abarca todas as condições dessa atuação, deixando certa margem de liberdade para que, diante do caso concreto, verifique o agente qual é a solução adequada, dentre as admitidas pelo ordenamento jurídico. Nessa última hipótese, estar-se-á diante de um poder discricionário, cabendo ao agente perquirir, em face de seu juízo de oportunidade e conveniência, a solução adequada para a situação em tela.¹⁵²

¹⁵² Nessa linha, cumpre colacionar doutrina de Almiro do COUTO E SILVA: “1. A noção de poder discricionário está ligada ao princípio da legalidade, que é, por sua vez, conatural ao Estado de Direito e um dos seus principais pilares de sustentação. No Estado de Direito há necessariamente a submissão de toda atividade pública a uma rede ou malha legal, cujo tecido não é, entretanto, homogêneo. Por vezes ela é composta por fios tão estreitos, que não deixa qualquer espaço aos órgãos e agentes públicos que lhes estão submetidos. Outras vezes, porém, os fios dessa rede são mais abertos, de modo a permitir que entre eles exista liberdade de deliberação e ação. Certo, num modelo ideal, o Estado de Direito estaria a exigir que os executores da lei, fossem eles juízes, administradores ou legisladores (suposta, neste último caso, a existência de uma lei superior), se limitassem a ser aplicadores mecânicos dos comandos contidos na norma. A metáfora da boca que pronuncia as palavras da lei, da passagem célebre de Montesquieu, exprime esse anseio de onisciência e de onipresença, a um tempo só, do legislador e da lei. Esta, mesmo nas minúcias da sua aplicação concreta, do executor só deveria ter o braço e a voz, mas nunca o cérebro, a colaboração integradora da sua inteligência e da sua vontade. Na submissão dos órgãos e dos agentes públicos à ‘vontade geral’ expressa na lei estaria assim eliminada (como também de resto, de toda a superfície do Estado), de forma absoluta, a *voluntas* individual do governante, do administrador, do juiz e, em certas hipóteses, até mesmo do legislador (quando houvesse uma lei mais alta a respeitar), substituída sempre por uma *ratio* objetiva, que lhe é preeminente e condicionante, contida na norma legal. (...) 4. No que diz respeito ao Poder Executivo, quanto à vinculação à lei, é ele, por certo, menos livre do que o Poder Legislativo, mas, se comparado com o Judiciário, goza de uma margem de liberdade incomparavelmente maior. O Judiciário age, ordinariamente, por provocação das partes. Ele atua, por assim dizer, sobre o passado, resolvendo litígios entre os sujeitos de direito. Em razão disso, e como decorrência do princípio da segurança jurídica, cuidam as leis de definir com a máxima precisão possível as normas de direito formal que não de ser observadas pelo Poder Judiciário. A função criadora do juiz, fora das hipóteses excepcionais, algumas delas aqui já referidas, pode-se dizer que se exaure na atividade interpretativa, não sendo dado ao julgador, em princípio, pelo menos nos sistemas chamados de Direito Romano, diante do caso concreto, escolher qual a solução que, a seu juízo, seria a mais conveniente, adequada e oportuna. Tudo se passa diferentemente com o Poder Executivo, a quem incumbe, primordialmente, o exercício da função administrativa. A administração pública é voltada para o futuro. No Estado contemporâneo, extremamente complexo, seria impensável que a lei sempre determinasse, até os últimos pormenores, qual deveria ser o comportamento e a atuação dos diferentes agentes administrativos. A noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador. Por certo, não prescinde a Administração Pública de uma base ou de uma autorização legal para agir,

Diante disso, defende-se que – sob a égide de um Estado de Direito e em consonância ao prescrito no art. 5º, II¹⁵³, da CF/88 – a atuação administrativa deve ser exercida nos estritos termos da lei, daí ser clássica a conceituação de discricionariedade como a margem de liberdade conferida pela lei. Seguindo essa lógica, o poder discricionário jamais poderá resultar da ausência de disciplina legal acerca de determinado tema.¹⁵⁴

Assim é que o ordenamento jurídico admite, em diversas situações, a opção do administrador público, pautada em critérios de oportunidade e conveniência, para assegurar uma atuação que se coadune com as demandas da sociedade. Com efeito, a discricionariedade justifica-se: na impossibilidade de o legislador antever todas as situações que serão enfrentadas pelo agente;¹⁵⁵⁻¹⁵⁶ na indispensável flexibilidade que deve permear a atuação administrativa, porquanto somente assim estará ela apta a atender as complexas, infinitas e crescentes necessidades coletivas, cuja dinâmica

mas, no exercício da competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se visualizado o Estado globalmente, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público. SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre 27 (57): 95-109, 2004.

¹⁵³ Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

¹⁵⁴ Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO obtempera que: “Por isto – já se vê – o ‘poder’ discricionário **jamais poderia resultar da ausência de lei que dispusesse sobre dado assunto**, mas tão somente poderá irromper como fruto de um certo modo pelo qual a lei haja regulado, porquanto não se admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em lei. Comportamento administrativo que careça de tal supedâneo (ou que contrarie a lei existente) seria pura e simplesmente **arbítrio**, isto é, abuso intolerável, pois discricionariedade e arbitrariedade são noções radicalmente distintas”. (grifos no original) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit., p. 13.

¹⁵⁵ Acerca da impossibilidade de o legislador prever todas as soluções, Régis Fernandes de Oliveira disserta que: “diante disso, impõe-se notar que, caso possível fosse o legislador descer a minúcias e, utilizando-se da cibernética, pudesse prever, na atividade legiferante, todas as ocorrências possíveis, então teríamos, pura e simplesmente, a substituição de um órgão do poder por outro, ou seja, teríamos a supressão do órgão administrativo ou executivo. Este não passaria de mero cumpridor de ordens emanadas, concretamente, do Poder Legislativo. Em sendo assim, ocorreria verdadeira invasão dos órgãos encarregados do exercício do poder, com a dualidade deles e perderia validade a noção tripartida, consagrada em nosso direito positivo”. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 68-69.

¹⁵⁶ Sob essa óptica “a discricionariedade não é um recurso excepcional e derogatório da vinculação, mas uma técnica ordinária, uma solução normal em face da impossibilidade de tudo se prever na letra da norma”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 37.

impede que a entidade pública aguarde eventual manifestação do Poder Legislativo.¹⁵⁷-

158

Ao conceituar a discricionariedade como o dever imposto ao administrador público de encontrar, em face do caso concreto, dos critérios delimitados no sistema e segundo seu juízo de oportunidade e conveniência, solução adequada para o caso concreto, tem-se que referido juízo de oportunidade e conveniência constitui o que a doutrina costuma chamar de “mérito” do ato administrativo.

Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO conceitua mérito como:

(...) o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.¹⁵⁹

O mérito, portanto, expressa o juízo de oportunidade e conveniência¹⁶⁰ do agente administrativo manifestado quando da escolha dentre as opções admitidas pelo direito. Já se ressaltou, com fulcro na doutrina do autor anteriormente citado, que

¹⁵⁷ “O fundamento material considera que nem sempre a lei poderá prever objetivamente qual o comportamento apto a atingir de modo perfeito a finalidade normativa, em face da realidade polifacética dos fatos e circunstâncias da vida. Ademais, o administrador, por estar em contato com o mundo empírico, saberá, em determinada ocasião, tomar as decisões referentes aos casos novos. Merece, também, ser levada em consideração a dinâmica do interesse público, impossível de se fazer acompanhar pelo legislador. Assim, caso o legislador estipulasse, em todos os casos, uma vinculação radical à atividade do administrador, provavelmente casos existiriam em que a sua conduta não alcançaria, de forma satisfatória, a finalidade da norma”. TOURINHO, Rita. Op. cit., p. 91-160.

¹⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade ...**, p. 67.

¹⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit., p. 38. Ainda, salutar é a definição de Renato Alessi, por vincular o mérito à legitimidade, exigindo correlação com o interesse público concreto a proteger: “o conceito de mérito pode ser considerado sob dois aspectos diversos: sob o aspecto meramente negativo, como limite ao poder de cognição do juiz de mera legitimidade (em sentido estrito) e sob o aspecto positivo, para indicar o pleno e perfeito ajustamento da medida à norma jurídica, ou seja, sua correspondência ao concreto interesse público, segundo um critério de efetiva oportunidade e conveniência”. ALESSI, Renato. **Diritto amministrativo**. Milão: Guiffré, 1949, p. 135-136.

¹⁶⁰ Quanto à distinção entre oportunidade e conveniência, cumpre colacionar o posicionamento de Daniele Coutinho Talamini: “A conveniência diz respeito ao próprio conteúdo e forma da conduta administrativa. Ao decidir acerca da conveniência a Administração indaga se deve ou não deve agir; se a prática do ato é conveniente, e de que forma é conveniente. É **conveniente** aquilo que é adequado ao interesse público, aquilo que cria ou melhora uma utilidade pública. (...) A oportunidade tem significado mais restrito. Diz respeito ao momento de agir. A Administração decide se o ato é oportuno na medida em que analisa **quando** deve agir. O ato é oportuno quando praticado em momento adequado a produzir a finalidade legal”. (grifos no original) TALAMINI, Daniele Coutinho. **Revogação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 101-102.

referida escolha não é indiferente. Mesmo que a norma contemple, em abstrato, diversas opções, cabe ao administrador aferir a solução compatível, em face das peculiaridades do caso concreto e do sistema constitucional. Não mais se cogita a concepção positivista segundo a qual poderia o agente optar, indistintamente, por uma dentre as soluções compatíveis com a “moldura”.¹⁶¹

Em suma, ainda que não se possa falar em única resposta correta a ser “extraída da norma”, é imprescindível a demonstração, por meio de escorreita motivação, de que, segundo as concepções do agente e o sistema constitucional posto, a solução adotada coaduna-se com o interesse público a ser alcançado.

Esse raciocínio de forma alguma esvazia a margem de opção ou a liberdade do agente. Ao revés, entende-se que o mérito, o juízo de oportunidade e conveniência, é imprescindível para assegurar uma gestão pública eficaz, apta a atender as complexas demandas da sociedade.

Porém, não tem o intérprete liberdade para escolher qualquer opção, dentre aquelas contempladas em abstrato pela norma. Impõe-se uma análise hermenêutica que possa demonstrar a solução adequada para o caso concreto, à luz do sistema constitucional. O importante é que o agente ateste porque, segundo seu juízo de oportunidade e conveniência, a solução adotada atende a finalidade que se pretende atingir. Para esse mister, a motivação deve ser consistente, passível de aprovação no teste da racionalidade intersubjetiva.¹⁶²

¹⁶¹ KELSEN explica o que se entende por moldura: “A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. (...) Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. (...) O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desde quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”. KELSEN, Hans. Op. cit., p. 388-390.

¹⁶² Juarez FREITAS propõe o controle da discricionariedade por meio de uma racionalidade intersubjetiva, ou seja, a razão está centrada na comunicação, em procedimentos argumentativos “porque a melhor hermenêutica supõe racionalidade dialógica, numa fundamentação que não deve ser paralisadora de outras angulações, sob pena de supressão do próprio diálogo (parafraseando Heráclito, não se pode interpretar duas vezes a mesma disposição administrativa sem reconhecer os efeitos da fluência do tempo)”. FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 23-39.

Defende-se o aprofundamento da sindicabilidade¹⁶³ das razões explicitadas, no intuito de averiguar sua aceitabilidade perante o sistema e as especificidades do caso concreto. Isso em nada afronta a liberdade política conferida ao agente público, apenas a submete ao controle que é indispensável para assegurar sua correição. Com efeito, a necessidade de controle dos atos administrativos decorre da própria concepção de Estado Democrático de Direito, o qual exige a compatibilidade do exercício da função administrativa não apenas com a lei, mas com todo o ordenamento jurídico (princípio da juridicidade).¹⁶⁴ Além disso, esse modelo de Estado prima pela legitimidade das decisões administrativas, exigindo uma perfeita harmonia com as demandas da sociedade.

Justamente porque a concepção acerca da melhor escolha poderá variar, de acordo com as pré-compreensões (inautênticas) de cada intérprete, do contexto, dentre outros requisitos¹⁶⁵, é que se mostra irretorquível a motivação do ato, a fim de que a discricionariedade não se converta em arbitrariedade, em margem indistinta de escolha dentre as opções que se encaixem na moldura positivista.

Por ser o mérito definido como essa margem de liberdade de apreciação conferida ao agente, há grande discussão acerca da possibilidade de controle pelo Poder Judiciário.

Considerável parcela da doutrina, inspirada na tese desenvolvida por Seabra FAGUNDES¹⁶⁶, afasta a possibilidade de controle judicial do mérito, justamente por entender que ele “está no sentido político do ato administrativo”.¹⁶⁷ Ao se referir ao aspecto político, Diogo Figueiredo MOREIRA NETO assevera que ele “decorre da

¹⁶³ Na feliz expressão de Juarez FREITAS. *Ibidem*, p. 23.

¹⁶⁴ Sobre o referido princípio, remete-se o leitor ao segundo capítulo deste trabalho.

¹⁶⁵ Conforme análise que será realizada no terceiro capítulo deste estudo.

¹⁶⁶ Salienta o autor: “(...) uma vez conhecido o ato administrativo de exoneração e sobre ele provocado o pronunciamento dos tribunais, entram estes no exame do inquérito, fundamento do ato, tanto para constatar se se fez como manda a lei, para aferir a conformidade do ato como o que apurou o processo. A primeira questão é manifestamente de legalidade, a segunda, entretanto, poderá parecer de mérito, mas não é. O Judiciário se limita a verificar se o processo administrativo apurou um dos motivos dado pela Lei como capazes de justificar a exoneração do funcionário. Não se indaga se o motivo é razoável, ou não, mas se a lei o especifica. Não se inquire se o ato foi vantajoso aos interesses do serviço público, mas se o processo que lhe serviu de esteio apurou causa legal capaz de autorizar a demissão”. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 118.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 127.

função de atender ao interesse público, para o desempenho do qual a Administração deve preencher uma definição específica incompletamente feita na lei. Trata-se, portanto, de uma **integração administrativa da legitimidade**”.¹⁶⁸ (grifos no original)

Diz-se, portanto, que não cabe ao juiz adentrar ao exame do mérito, da oportunidade e conveniência do agente, ou seja, na esfera estritamente política da decisão administrativa, sob pena de burla à separação dos poderes.¹⁶⁹ Caberia ao judiciário, tão-somente, o exame da legalidade.¹⁷⁰ É preciso, porém, colocar a questão em seus devidos termos, já que, não raro, sob o escudo da discricionariedade, a Administração pratica atos arbitrários e funestos que fogem ao controle do Poder Judiciário.

Seguindo a linha adotada neste trabalho, não é defensável a ausência de controle da discricionariedade administrativa. Qualquer ato exarado pela Administração Pública, seja ele vinculado ou discricionário, submete-se ao controle jurisdicional. Ademais, a discricionariedade está limitada pelo sistema constitucional, não apenas pela lei. Mesmo que, em abstrato, a norma aponte diversas soluções, igualmente válidas perante o direito, cabe ao agente perquirir a opção que se coadune aos fins preconizados na Constituição Federal. Portanto, a escolha administrativa, ainda que configure ato político, encontra limites no próprio ordenamento jurídico, limites este que devem ser aferidos pelo Poder Judiciário.

¹⁶⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade ...**, p. 31-33.

¹⁶⁹ Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade ...**, p. 130. CARDOZO, José Eduardo Martins. Op. cit., p. 57.

¹⁷⁰ Nessa linha, cumpre colacionar doutrina de José Eduardo Martins CARDOZO: “ao tomar o administrador público como adequada um das alternativas que integram o **mérito** discricionário da sua atuação, ele sempre estará realizando um ato adequado à lei e que, portanto, não comporta a possibilidade de ser revisto pelas vias jurisdicionais. Diz-se, por isso, e com razão, que não se admite ao juiz o exame do **mérito** de um ato administrativo. A ele sempre se admitirá a revisão daquilo que for realizado de forma inválida, ou contrária à lei, no exercício de uma competência administrativa, seja ela vinculada ou discricionária. Jamais, porém, poderá rever aquilo que foi decidido com liberdade pelo administrador, a partir de um universo previamente estabelecido de alternativas legais e válidas. (...) Quando o agente administrativo, ignorando as alternativas que integram o **mérito** da sua ação discricionária, segue caminho em que ultrapassa os limites que a lei lhe impõe, abusa de seus poderes legais e age em desconformidade com a ordem jurídica, e em decorrência disso passa a atuar não mais com **discricionariedade**, mas com **arbitrariedade**, seus atos serão qualificados por um evidente **abuso de poder** e, por conseguinte, por uma manifesta e indubitosa **invalidade**. Ao Judiciário, como acontece em nosso país, ou ao órgão responsável pelo exercício da função jurisdicional, como acontece em outros, caberá naturalmente rever esses atos”. (grifos no original) CARDOZO, José Eduardo Martins. Op. cit., p. 43-77.

Impõe-se verificar se o agente respeitou os parâmetros traçados pelo ordenamento jurídico; a compatibilidade do ato com os princípios, como eficiência, razoabilidade, proporcionalidade; se as razões explicitadas em sede de motivação são suficientes para justificar a decisão adotada. Em síntese, cabe ao juiz realizar o teste da racionalidade intersubjetiva a que fizemos alusão em momento anterior.

Ainda que o mérito propriamente dito não seja controlável, indubitável o controle do que Juarez FREITAS designou de “demérito” do ato administrativo:

De sorte que não se aceita a figura da decisão administrativa completamente insindicável, uma vez que a motivação há de indicar, de modo suficiente, os fundamentos da juridicidade da escolha realizada. Nesse panorama, **o controlador, não esquecendo de ver a ‘trave no próprio olho, precisa fazer as vezes de ‘administrador negativo’**. Sem exceção, **o controle do ‘demérito’ alcança até a incoerência da conduta administrativa, à luz dos princípios**. E ponto nodal: não se aceita qualquer motivação, pois se exige uma justificação congruente, salvo se se tratar de atos de mero expediente, autodecifráveis e naqueles casos em que a Constituição admite a falta de motivação (exemplo: nomeação para cargos em comissão). Todos, porém, devem ser, no mínimo, motiváveis, é dizer, passíveis de aprovação no teste da racionalidade intersubjetiva, coibida toda arbitrariedade, inclusive a do controlador.¹⁷¹ (grifos no original)

O demérito, portanto, resta caracterizado quando a competência discricionária é exercida em descompasso com os limites impostos pelo ordenamento jurídico (regras, princípios, direitos fundamentais, dentre outros), dando conta de que a escolha administrativa, sob a roupagem da discricionariedade, nada mais representou do que arbítrio do agente público. Ocorrendo tal hipótese, o Poder Judiciário não poderá ficar inerte.

Por outro lado, tão nocivo quanto a inexistência de controle é o excesso deste, fazendo o Judiciário às vezes de administrador. O que se almeja é a sindicabilidade suficiente para atestar a conformidade da atuação administrativa ao direito, a legitimidade da escolha, aferindo-se se a motivação apresentada está apta a justificar a decisão tomada, sem adentrar especificamente em seu aspecto político. Ou seja, cabe ao Poder Judiciário atestar se a solução é correta-adequada-à Constituição.¹⁷²

Corroborar-se com as precisas lições de Lúcia Valle FIGUEIREDO:

¹⁷¹ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade...**, p. 23.

¹⁷² STRECK, Lenio Luiz. **A crise ...**, p. 220.

Especificamente, cabe-nos salientar, ainda que em breve bosquejamento, a atividade judicial controlada da Administração Pública.

Até onde pode chegar? Pode atingir a chamada ‘área discricionária’ da Administração? Tem também o magistrado discricionariedade, ou sua atividade é apenas de subsunção?

Afigura-se-nos, sem sombra de dúvida, que a prestação judicial há de ser implementada sempre que solicitada, como também já afirmamos em tópico próprio referente à discricionariedade.

E concluímos que o ato administrativo, individual ou de caráter normativo, deve ser esmiuçado até o limite em que o próprio magistrado entenda ser seu campo de atuação. Não há atos que se preservem ao primeiro exame judicial.

O exame judicial terá de levar em conta não apenas a lei, a Constituição, mas também os valores principiológicos do texto constitucional, os *standards* da coletividade.¹⁷³

Do exposto, é possível concluir que a discricionariedade administrativa não pode mais ser vislumbrada – como anteriormente defendido pela doutrina, ainda arraigada à concepção positivista – como margem indistinta de escolha dentre as opções que se encaixem na moldura positivista. Com efeito, o processo de constitucionalização do direito e a conseqüente vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais e aos valores esculpidos na Constituição exigem uma reformulação desse conceito, tornando-o mais restrito, em face dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico.

Não obstante, a vinculação da Administração aos princípios previstos na Constituição Federal, ao contrário de restringir a discricionariedade administrativa, acabou por alargá-la de forma demasiada, na medida em que, consoante já destacado, na leitura positivista, confere-se alto grau de indeterminação aos princípios jurídicos. Essa problemática será enfrentada no segundo capítulo deste trabalho, com o escopo de apresentar as conseqüências do processo constitucionalização à discricionariedade para, ao final, no terceiro capítulo, buscar um mecanismo para minimizar tal abertura, a partir dos aportes da hermenêutica filosófica.

¹⁷³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso...*, p. 316.

2. PROBLEMAS ADVINDOS DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A NECESSIDADE DE CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

2.1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A NECESSIDADE DE CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A concepção pós-positivista principialista aqui adotada pressupõe uma Constituição rígida, escrita, hierarquicamente superior, normativa e obrigatória, com mecanismos específicos de controle de constitucionalidade, aplicação direta, interpretação conforme, bem como a compatibilização entre princípios e regras, dentre outros requisitos.¹⁷⁴ Defende, também, o processo de constitucionalização do direito¹⁷⁵, do qual resulta a necessidade de se interpretar os diversos ramos do direito à luz da Constituição Federal¹⁷⁶⁻¹⁷⁷, cuja força normativa vincula todos os poderes do

¹⁷⁴ MARRAFON, Marco Aurélio. Jurisdição constitucional em tempos de ‘horror político’. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 259-279. Sobre o tema, vide: SANCHÍS, Luís Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 116-117.

¹⁷⁵ Segundo pondera Riccardo GUASTINI, “por constitucionalização do ordenamento jurídico proponho entender um processo de transformação de um ordenamento, ao término do qual o ordenamento em questão resulta totalmente impregnado pelas normas constitucionais. Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação quanto a jurisprudência e o estilo doutrinal, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais”. Ainda, destaca o autor sete condições que um ordenamento deve satisfazer para ser considerado como impregnado pelas normas constitucionais, a saber: a) uma constituição rígida; b) a garantia jurisdicional da constituição; c) a força vinculante da constituição; d) a “sobreinterpretação” da constituição; e) a aplicação direta das normas constitucionais; f) a interpretação conforme das leis e; g) a influência da constituição sobre as relações políticas”. GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 49-58.

¹⁷⁶ Conforme destacado por Gustavo BINENBOJM, o neoconstitucionalismo “impõe aos juristas a tarefa de revisitar os conceitos de suas disciplinas, para submetê-los a uma releitura a partir da ótica constitucional. Trata-se de realizar uma verdadeira **filtragem constitucional** do direito, de modo a reinterpretar os seus institutos, buscando-se não só evitar conflitos com a Lei Maior, mas também potencializar os valores e objetivos que esta consagra”. (grifos no original) BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 65. No mesmo sentido, Daniel SARMENTO: “Enfim, a conjugação dos diversos fenômenos acima mencionados catalizou o processo de constitucionalização do Direito, que, a rigor, envolve duas facetas distintas: (a) a Constituição passa a tratar, em maior ou menor detalhe, de temas que antes eram disciplinados pelo legislador, retirando uma série de decisões do alcance das majorias legislativas de cada momento; e (b) os princípios e

Estado. Especificamente na seara do direito administrativo, é a Constituição – enquanto sistema de regras e princípios – que parametriza a atuação administrativa, exigindo que ela esteja em consonância com o direito como um todo e não apenas com a lei. Por conta disso, a discricionariedade administrativa não está vinculada somente à lei, mas sim e, principalmente, à Constituição Federal.

A Administração Pública, portanto, está submetida a esse núcleo de valores esculpido na Constituição Federal, sendo esta, na lição de Gustavo BINENBOJM, a mais importante consequência da constitucionalização do direito administrativo:

Talvez o mais importante aspecto dessa **constitucionalização** do Direito Administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como **núcleos de condensação de valores**. A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um Direito Administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem.¹⁷⁸ (grifos no original)

valores da Constituição penetram em todo o ordenamento jurídico, impondo uma ‘filtragem’ constitucional do ordenamento, vale dizer, a releitura dos conceitos e institutos dos mais diversos ramos do Direito à luz da Constituição”. E complementa o autor: “No Direito Administrativo, a filtragem tem ocasionado mudanças igualmente importantes em conceitos e institutos fundamentais. Por exemplo, a idéia, antes sagrada, da insindicabilidade judicial do mérito do ato administrativo, vem cedendo espaço diante de possibilidade de controle calcado em princípios abertos, como proporcionalidade, razoabilidade, moralidade administrativa e eficiência. Por outro lado, a arraigada noção de supremacia do interesse público sobre o particular também tem perdido terreno diante da valorização dos direitos fundamentais, concebidos como ‘trunfos’ em face dos interesses das maiorias. E o próprio princípio da legalidade administrativa, segundo o qual o Estado só pode agir quando autorizado por lei, tem sido repensado em razão do reconhecimento da força normativa da Constituição. Afinal, se as normas constitucionais são, em regra, diretamente aplicáveis, independentemente de mediação legislativa, não faz muito sentido exigir que a Administração abstenha-se de agir para dar cumprimento à Constituição, em razão da inércia do legislador”. SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade...**, p. 122; 135.

¹⁷⁷ A constitucionalização do ordenamento jurídico é defendida pelo pós-positivismo de cunho principialista, tendo como principais adeptos Ronald DWORKIN e Robert ALEXY, característica não encontrada na teoria constitucional da democracia deliberativa. Sobre o tema, recomenda-se a leitura de: MARRAFON, Marco Aurélio. **Jurisdição...**, p. 259-280.

¹⁷⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Temas...**, p. 12. Também sobre o tema manifestou-se Luiz Roberto Barroso: “na quadra presente, três conjuntos de circunstâncias devem ser considerados no âmbito da constitucionalização do direito administrativo: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a seqüência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias desse ramo do Direito. Todas elas se somam para a configuração do modelo atual, no qual diversos paradigmas estão sendo repensados ou superados. (...) mais decisivo que tudo para a constitucionalização do direito administrativo, foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais – não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade da pessoa humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre

O art. 37, *caput*, é claro ao prescrever que “a administração pública, direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)”.

Outros princípios, de caráter geral, incidem na atividade administrativa, a exemplo da dignidade da pessoa humana. Com efeito, a dignidade da pessoa humana está consagrada no art. 1º, III, do texto constitucional, como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, consubstanciando-se em núcleo fundamental do ordenamento jurídico. Nessa esteira, todas as normas que integram o ordenamento jurídico devem ser interpretadas à luz da dignidade da pessoa humana, havendo um comprometimento da Carta Magna com a realização desse princípio. Também o Poder Público, no exercício da função administrativa, deve pautar sua atuação no sentido de concretizar esse primado.¹⁷⁹

Além disso, cumpre destacar que a Constituição Federal, principalmente em seu art. 5º, arrolou um conjunto de direitos fundamentais, os quais vinculam a atuação do administrador público, conforme será explicitado na sequência.

Conclui-se, do exposto, que o processo de constitucionalização do direito e a consagração no texto constitucional de um extenso rol de direitos fundamentais romperam com muitos dos paradigmas tradicionais do direito administrativo, dentre os quais é possível destacar:

- a) reformulação da idéia de supremacia do interesse público sobre o privado;

Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 373.

¹⁷⁹ Nas lições de Ingo Wolfgang SARLET, nossa Constituição, em seu art. 1º, III: “erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de nosso Estado Democrático de Direito. Assim, na esteira do que já se afirmou em relação à Lei Fundamental da Alemanha, também a nossa Constituição – pelo menos de acordo com o seu texto – pode ser considerada como sendo uma Constituição comprometida com a plena realização da pessoa humana, ainda que não raras vezes este dado venha a ser desconsiderado e não corresponda muitas vezes à realidade”. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e ‘novos’ direitos na constituição federal de 1988: algumas aproximações. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **A Constituição dos novos direitos**. Nuria Fabris: Porto Alegre, 2008, p. 177-210.

- b) vinculação do administrador público à Constituição e não apenas à lei ordinária;¹⁸⁰
- c) possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo.

Importa, para os específicos fins deste trabalho, a análise mais detida dos dois últimos citados, porquanto exigem uma completa reformulação da concepção clássica de discricionariedade administrativa.

Sabe-se que o regime jurídico aplicável à Administração Pública está assentado em deveres constitucionais, para o fim de promover a realização das necessidades da sociedade, mormente a promoção e proteção dos direitos fundamentais.

Para o cumprimento desse mister, exige-se da Administração uma atuação pautada na juridicidade, moralidade, impessoalidade, transparência, eficiência, motivação, dentre outros.

Mesmo quando a Administração Pública atua de forma discricionária (principalmente nessa hipótese), exige-se uma atuação conforme a esses parâmetros.¹⁸¹ É nesse sentido que se defende a concepção de discricionariedade subordinada ao sistema constitucional e aos direitos fundamentais:

De sorte que, toda discricionariedade, exercida legitimamente, encontra-se, sob determinados aspectos, vinculada aos princípios constitucionais, acima das regras concretizadoras. Nessa ordem de idéias, quando o administrador público age de modo inteiramente livre, já deixou de sê-lo. Tornou-se arbitrário. Quer dizer, a liberdade apenas se

¹⁸⁰ Luigi FERRAJOLI bem destaca que: “la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuese su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución”. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Introducción de P. Andrés, trad. de P. Andrés y A. Greppi, Trotta, Madrid, 2002, p. 26.

¹⁸¹ Consoante asseverado por Luís Roberto BARROSO: “o conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade), e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade, permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz). BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 376.

legítima ao fazer aquilo que os princípios constitucionais, entrelaçadamente, deslegitimam.¹⁸²

A concepção de discricionariedade, da forma como defendida pela doutrina clássica, não se sustenta mais em face do processo de constitucionalização do direito. Na verdade, este instituto já representava uma contradição em relação aos primórdios do Estado de Direito que, ao menos em tese, teve por intuito submeter integralmente a Administração Pública à lei. Ora, essa concepção não se amolda à idéia de margem de liberdade decisória dos gestores públicos, intrínseca ao conceito de discricionariedade administrativa, mormente se pensarmos que grande parte dos atos administrativos é praticada de forma discricionária, dada a diversidade de situações que reclamam a atuação do Poder Público, sem que haja lei que especifique todos os contornos dessa atuação.¹⁸³ Com maior razão, dito instituto, da forma como tem sido vislumbrado por muitos doutrinadores, é incompatível com o constitucionalismo.

A Administração Pública tem o dever de proceder a escolhas legítimas. Saliente-se que o Estado da escolha administrativa legítima deve ser o da proporcionalidade, interpretada como a vedação ao excesso e a omissão, do controle de legitimidade, ao lado da eficiência e da eficácia, exigindo-se a motivação dos atos discricionários e vinculados.

É nesse sentido que Juarez FREITAS assevera que, na relação entre discricionariedade e os princípios da eficiência, da eficácia e da economicidade, o administrador público está obrigado a adotar a solução adequada ao sistema constitucional. Qualquer exercício de discricionariedade legítima exige um controle das motivações, ou seja, a vigilância quanto aos aspectos pertinentes à compatibilidade plena do ato administrativo com os princípios¹⁸⁴.

Dessa feita, o dever de boa administração – que cristaliza a obrigação do Poder Público de agir com eficiência e em consonância com os demais princípios esculpidos na Constituição Federal, almejando-se sempre a concretização dos direitos

¹⁸² FREITAS, Juarez. **Discricionariedade...**, p. 08.

¹⁸³ Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria...**, p. 19.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 17-18.

fundamentais – vincula, e a liberdade é concedida apenas para que o bom administrador desempenhe de forma exemplar o seu mister.¹⁸⁵

Assim, em pleno Estado Democrático de Direito, não basta mais agir com legalidade. Exige-se uma atuação focada na eficiência e na consecução das necessidades da sociedade, o que impõe uma reestruturação do modelo de Administração Pública, a fim de que ela esteja apta a desempenhar seus misteres, na medida em que a Administração é detentora de prerrogativas apenas para que ela possa cumprir de forma satisfatória os deveres impostos pelo ordenamento jurídico vigente. E, o seu dever último, é o de boa administração, entendida esta como a atuação pautada nos princípios e deveres constitucionais, primando-se, sempre, pela concretização dos direitos fundamentais.

Novamente convém trazer à colação, as lições de Juarez FREITAS: “assim, a inibição auto-restritiva da sindicabilidade cede lugar sensato ao direito fundamental à boa administração e ao correspondente dever de a administração pública observar a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”¹⁸⁶.

Quanto à vinculação da discricionariedade aos princípios constitucionais, convém colacionar julgado do Superior Tribunal de Justiça:

(...) Esse bem fundamentado parecer deve ser acolhido. Com efeito, a autorização para funcionamento de cursos de ensino superior situa-se, inegavelmente, no domínio do poder discricionário da Administração Pública, sendo defeso ao Judiciário examinar o seu mérito quando alicerçado no interesse público. Tal autorização, ademais, é regida pela conveniência e pela oportunidade da Administração Pública, cabendo somente a ela decidir o momento oportuno para sua outorga. Entretanto, isso não significa que o ato administrativo assim praticado esteja inteiramente insuscetível de controle judicial. Os atos administrativos requerem a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência (CF, art. 37, *caput*), além daqueles previstos no art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/99, dentre os quais destacam-se os da finalidade, motivação, razoabilidade, segurança jurídica e interesse público, que devem ser levados em consideração no momento da providência administrativa. E o controle judicial dos atos administrativos se estende, inevitavelmente, ao exame da observância a tais princípios, sem que isso possa significar ingerência indevida do Judiciário. É o que está assentado nas lições da doutrina clássica, reproduzida também pela mais moderna.¹⁸⁷

¹⁸⁵ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade...**, p. 08.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 41.

¹⁸⁷ Superior Tribunal de Justiça, MS nº. 9.944/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 13.06.2005.

Concluindo-se que os princípios constitucionais e os direitos fundamentais passam a vincular o exercício discricionário da Administração Pública, importa analisar, de forma mais detida como efetivamente se opera tal vinculação, para, ao final, enfrentar a seguinte problemática: como o modo de compreensão e aplicação de tais princípios constitucionais tem acarretado um alargamento na discricionariedade administrativa.

2.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À DISCRICIONARIEDADE.

2.2.1 Juridicidade.

O princípio da legalidade expressa o dever da Administração de amoldar-se ao ordenamento jurídico vigente, de forma que os atos praticados devem estar em conformidade com as normas a ela aplicáveis. Importa destacar que o conceito de legalidade para o direito público é diverso daquele de direito privado. Na esfera privada este princípio assegura ao particular o direito de fazer tudo aquilo que a lei não veda, enquanto que para a Administração o princípio informa ao administrador, mero gestor da coisa pública, que ele só poderá agir nos casos previstos em lei.

Em decorrência do processo de constitucionalização do direito, a concepção inicial do princípio da legalidade passou a ter conotação diversa para a doutrina majoritária. Assim sendo, atualmente referida doutrina defende que esse princípio deve ser interpretado num sentido mais amplo, qual seja, de que a conduta da Administração deve amoldar-se ao ordenamento jurídico como um todo e não apenas à lei formal. Há, portanto, a necessidade de adequação da conduta administrativa ao conjunto de regras e princípios que formam o regime jurídico-administrativo.¹⁸⁸

¹⁸⁸ Na esteira de Gustavo BINENBOJM: “o agir administrativo pode encontrar espeque e limite diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de *mediação* do legislador, ações ou omissões da Administração. Em outros casos, a lei será o fundamento básico do ato administrativo, mas outros princípios constitucionais, operando em juízos de ponderação com a legalidade, poderão **validar** condutas **para além** ou mesmo **contra** a disposição legal”. (grifos no original) BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria...**, p. 71.

Essa nova conotação do primado da legalidade vem sendo denominada como princípio da juridicidade. A fim de elucidar a idéia acima esposada, convém transcrever as lições de Carmen Lúcia Antunes ROCHA:

Em sua primeira afirmação de conteúdo, o princípio da legalidade administrativa era entendido como a obrigatoriedade de adequação entre um ato da Administração Pública e uma previsão legal na qual ele tivesse a sua fonte.

Daí por que *Hauriou* baseou-se no princípio “da legalidade” para elaborar a sua teoria sobre o regime administrativo, no qual não era a lei que se submetia à Administração Pública, antes era esta que à lei se sujeitava. A lei passou a ser considerada, então, sede única do comportamento administrativo, sua fonte e seu limite.

Sendo a lei, entretanto, não a única, mas principal fonte do Direito, absorveu o princípio da legalidade administrativa toda a grandeza do Direito em sua mais vasta expressão, não se limitando à lei formal, mas à inteireza do arcabouço jurídico vigente no Estado. Por isso este não se bastou como Estado de Lei, ou Estado de Legalidade. Fez-se Estado de Direito, num alcance muito maior do que num primeiro momento se vislumbrava no conteúdo do princípio da legalidade, donde a maior justeza de sua nomeação como “princípio da juridicidade”.¹⁸⁹ (grifou-se)

Também sobre o tema disserta Gustavo BINENBOJM:

A crise da lei administrativa é uma manifestação setorial e potencializada da crise da lei formal. Em nenhum outro segmento jurídico, como no Direito Administrativo, o papel da lei formal sofreu tantas transformações. Na plataforma liberal, a legalidade administrativa seria uma limitação externa ao exercício do poder autônomo da Administração Pública (vinculação **negativa** à lei). Já na plataforma democrática, a legalidade administrativa seria não apenas um limite externo, mas o fundamento necessário de toda a atuação da Administração (vinculação **positiva** à lei).

(...)

Com a constitucionalização do Direito Administrativo, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. A Constituição – entendida como **sistema de regras e princípios** – passa a constituir o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. A legalidade, embora muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais.¹⁹⁰ (grifos no original)

Infere-se, portanto, que é condição inafastável para que a conduta administrativa goze de juridicidade que ela esteja em perfeita harmonia com o conjunto de regras e princípios que informam o regime jurídico-administrativo, não bastando a simples compatibilidade com a lei formal. Nesse sentido, é forçoso concluir que o exercício da função administrativa, mesmo nas hipóteses de discricionariedade,

¹⁸⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 79

¹⁹⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Temas...**, p. 12.

está vinculado a esse conjunto de regras e princípios, daí afirmar-se que a discricionariedade administrativa está limitada pela Constituição e pelos direitos fundamentais. Impõe-se um controle do ato discricionário orientado pelos princípios constitucionais, não sendo suficiente a simples alegação de oportunidade ou conveniência.

Assim, obtempera Gustavo BINENBOJM:

A emergência da noção de **juridicidade administrativa**, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre os atos vinculados e atos discricionários, mas em **diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade**. O antigo **mérito** do ato administrativo sofre, assim, um sensível estreitamento, por decorrência desta incidência direta dos princípios constitucionais.¹⁹¹ (grifos no original)

A alteração de paradigma, da legalidade para a juridicidade, exige uma reformulação no conceito de discricionariedade. Com efeito, a normatividade decorrente da principiologia constitucional acaba por redefinir a concepção tradicional de discricionariedade administrativa, que deixa de ser cogitada como um espaço aberto de liberdade decisória, impondo-se ao administrador a concretização dos diversos interesses jurídicos tutelados pela Constituição, no intuito de adotar sempre solução compatível com a ordem constitucional.

2.2.2. Importância do Princípio da Motivação.

Em face das previsões disciplinadas nos arts. 1º, II, e parágrafo único, 5º, XXXV, da CF, conclui-se, de forma implícita, que a Administração tem o dever de motivar as razões de fato e de direito que respaldam suas decisões.

Ressalte-se que, ao contrário do que muitos autores defendiam, o princípio da motivação deve estar presente em qualquer tipo de ato administrativo e não somente nos discricionários, uma vez que tal formalidade é requisito *sine qua non* para viabilizar o controle de legalidade e da juridicidade de todo e qualquer ato exarado no exercício da função administrativa.

¹⁹¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria...**, p. 71.

Referido princípio está expressamente previsto no art. 2º da Lei 9.784/99, diploma que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal: “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, **motivação**, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.¹⁹² (grifou-se)

Ainda que não houvesse previsão expressa nesse sentido, restaria o dever da Administração Pública de motivar seus atos, por decorrência lógica da concepção de Estado Democrático de Direito, o qual exige uma atuação pública transparente e em consonância com o ordenamento jurídico, permitindo-se o controle por toda a sociedade dos atos praticados pelo Poder Público, o que só se mostra possível quando presente a motivação nos referidos atos.

A concepção de Estado Constitucional está diretamente relacionada à noção de Estado das escolhas administrativas legítimas, de forma que não se cogita qualquer forma de discricionariedade pura, sem limites. Ao revés, faz-se necessário um controle dos vícios cometidos. E, para que tal seja possível, impõe-se a acurada motivação.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo. Mandado de Segurança. Indeferimento de autorização para funcionamento de curso superior. Ausência de motivação do ato administrativo. Nulidade.

1. A margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação. O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, I, e § 1º da Lei nº. 9.784/99). Não atende a tal requisito

¹⁹² No mesmo sentido é a previsão do art. 50 da referida Lei: “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito”.

a simples invocação da cláusula interesse público ou a indicação genérica da causa do ato (...).
2. Segurança parcialmente concedida, para declarar a nulidade do ato administrativo.¹⁹³

Com efeito, o controle do exercício da função administrativa somente é factível por meio da motivação do ato administrativo, ou seja, quando for possível constatar as razões de fato e de direito que levaram a Administração Pública a adotar determinada conduta. É a motivação que explicita se o ato foi praticado em consonância com uma finalidade pública, bem como se optou o intérprete por solução adequada à Constituição, além de outros elementos imprescindíveis à juridicidade da ação administrativa.

Consoante destacado, na hipótese de discricionariedade administrativa, não tem o intérprete liberdade para escolher qualquer opção, dentre aquelas contempladas em abstrato pelo ato normativo. Impõe-se uma análise hermenêutica que possa contribuir para uma solução adequada para o caso concreto, à luz do sistema constitucional. O importante é que o agente ateste porque, segundo seu juízo de oportunidade e conveniência, a solução adotada é a que melhor atende a finalidade que se pretende atingir. Para esse mister, a motivação deve ser consistente.

Defende-se, portanto, o aprofundamento da sindicabilidade¹⁹⁴ das razões explicitadas, no intuito de averiguar sua aceitabilidade perante o sistema e as especificidades do caso concreto. Isso em nada afronta a liberdade política conferida ao agente público, apenas a submete ao controle que é indispensável para assegurar sua correção.¹⁹⁵

¹⁹³ Superior Tribunal de Justiça, MS nº. 9.944/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 13.06.2005.

¹⁹⁴ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade...**, p. 23.

¹⁹⁵ Sobre a necessidade de motivação, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO aduz: “Em suma, a motivação deve ensejar que se confira, nos casos em que o agente disponha de alguma discricção (seja sobre que aspecto for), se a decisão foi adequada, proporcional ao demandado para cumprir a finalidade pública específica que deveria atender ante o escopo legal. Com efeito, os ‘poderes’ de que um agente dispõe – e são antes deveres-poderes, que poderes-deveres, conforme já se assinalou – lhe são conferidos única e exclusivamente para servir do melhor modo possível interesses alheios, os da coletividade, pois correspondem ao exercício de ‘função’, consoante inicialmente deixou-se averbado. Logo, têm caráter meramente **instrumental, ancilar, serviente**, de uma dada finalidade (nada tendo a ver com a idéia de ‘direito’, de ‘domínio, de ‘propriedade’ ou de ‘autonomia da vontade’, do Direito Privado). (...) De outra parte, por mais honrados, dignos e confiáveis que sejam certos agentes públicos, nem por isso são seres perfeitos. A perfeição é atributo divino. Todos

Precisas são as lições de Juarez FREITAS:

Na era do direito administrativo da racionalidade aberta, o bom administrador público cumpre o dever de indicar, na prática dos atos vinculados e discricionários, **os fundamentos de fato e de direito, em face da inafastável margem de apreciação, presente no mais vinculado dos atos**. Imperativo, pois, que **todos os atos administrativos, sobretudo se afetarem direitos, ostentem uma explícita justificação, em analogia com o que sucede com os atos jurisdicionais, excetuados os de mero expediente, os ordinatórios de feição interna e, ainda, aqueles que a Carta Constitucional admitir como de motivação dispensável**".

(...)

Ponto nodal para a boa motivação: numa visão dialeticamente adequada, o sistema administrativo é mais que a soma de suas normas, dado que estas o excedem, em suas potencialmente ilimitadas correlações. Nessa mirada, **compreende-se o direito administrativo como rede de princípios, de regras e de valores jurídicos, cuja função é a de dar cumprimento aos objetivos superiores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição, tendo como meta máxima tutelar o direito fundamental à boa administração pública**.

Esposada tal compreensão, assimila-se, com naturalidade, **que somente se admite a discricionariedade legítima se motivadamente vinculada aos princípios constitucionais**.¹⁹⁶ (grifos no original)

Em suma, a motivação é indispensável para viabilizar o controle da ação administrativa, mormente nas hipóteses de discricionariedade, em que se faz indispensável a análise da legitimidade da opção feita pelo intérprete, bem como serve para afastar eventual responsabilização do agente público, na medida em que somente diante da análise das justificativas explicitadas por este é que se poderá aferir se não houve desvio de poder ou ilegalidade.

os homens são passíveis de se equivocar ou incorrer nas inevitáveis falências inerentes a seres conaturalmente limitados, sobretudo quando proferirem decisões administrativas. O Direito, quando outorga competências públicas, compõe um quadro de legalidade em que se confinam as liberdades de opção do agente público. Ao expressar os requisitos para a prática de um ato, propõe-se justamente a reduzir a possibilidade de que as falências humanas acarretem descompassos entre o projeto normativo e a atuação das autoridades que devem levá-lo à concreção. Bem por isso, decisões imotivadas, sigilosas, entregues ao exclusivo e irrevisível 'arbítrio' ou 'juízo de consciência' dos próprios autores do ato são radicalmente inconvenientes com o 'Estado de Direito', além de se chocarem com o simples senso comum, que postula naturalmente a aceitação da falibilidade humana e conseqüentes mecanismos de seu controle". (grifos no original) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit., p. 101-102.

¹⁹⁶ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade...**, p. 47-48.

2.2.3. Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

O princípio da razoabilidade tem por escopo impedir a prática de atos incoerentes e discrepantes do razoável por parte da administração quando do exercício de sua competência discricionária. Assim, o administrador público deverá se pautar em critérios razoáveis do ponto de vista racional, sendo defesa a adoção de conduta que afronte o senso comum de normalidade.

A proporcionalidade, por sua vez, tem o intuito de evitar que a conduta administrativa seja excessiva, devendo a Administração praticar o ato na proporção suficiente à consecução da finalidade, adotando os meios mais benéficos. É a relação, portanto, entre o fim a ser alcançado e o meio adotado.

José Roberto Pimenta OLIVEIRA, a partir das lições de Humberto ÁVILA, apresenta a seguinte distinção entre razoabilidade e proporcionalidade:

Com base nesta diferença, sublinha Humberto Bergmann Ávila, no direito brasileiro, que o dever de proporcionalidade não se identifica com o dever de razoabilidade. Na proporcionalidade está em jogo a análise de dois **bens jurídicos** constitucionalmente protegidos e a **medida** relacionada com sua proteção. ‘A pergunta a ser feita é: a medida adotada é adequada e necessária em relação ao fim e não implica a não realização substancial do bem jurídico correlato? Trata-se de um **exame abstrato** dos bens jurídicos envolvidos (segurança, liberdade, vida etc.) especificamente em função da medida adotada’. Por outro lado, na razoabilidade, a contrastabilidade judicial tem como principal parâmetro, não a relação meio-fim subjacente à determinada medida, mas a **situação pessoal** do sujeito envolvido. A pergunta a ser feita é: a concretização da medida abstratamente prevista implica a não-realização substancial do bem jurídico correlato **para determinado sujeito?** Trata-se de um **exame concreto-individual** dos bens jurídicos envolvidos, não em função da medida em relação ao fim, mas em razão da **particularidade ou excepcionalidade** do caso individual.¹⁹⁷

Saliente-se que do princípio da proporcionalidade, na perspectiva de ALEXY, filiado à teoria da argumentação, decorrem outros três: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.¹⁹⁸

Os sub-princípios da idoneidade e da necessidade destacam o dever da maior realização possível de acordo com as possibilidades fáticas. Assevera ALEXY que a

¹⁹⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 64-65.

¹⁹⁸ ALEXY, Robert. **Epílogo...**, p. 48.

idoneidade expressa um critério negativo, no sentido de demonstrar quais meios são idôneos para a consecução de um determinado fim.

A necessidade, por seu turno, ordena que, dos meios igualmente idôneos, seja eleito o mais benéfico ao direito diretamente afetado. Dessa forma, deve-se escolher o meio que for menos restritivo.

Porém, em determinados casos concretos, alguns meios mais benéficos em relação ao direito afetado favorecem, na mesma medida, a finalidade almejada, porém, acabam por restringir um terceiro princípio ou fim. Para a resolução desse problema, portanto, é que se mostra importante a ponderação, no sentido de assegurar a maior realização possível, considerando as hipóteses jurídicas.

Nesse sentido é que surge o terceiro sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, aduzindo que não é suficiente apenas a maior realização possível em face das possibilidades fáticas, exigindo-se que a maior realização leve em conta as possibilidades jurídicas. Esse princípio equivale à lei da ponderação, a qual prescreve que quanto maior é o grau de insatisfação ou de afetação de um dos princípios, tanto maior deverá ser a importância ou satisfação do outro.¹⁹⁹

A ponderação exige, portanto, a relação de pertinência e necessidade entre os meios adotados e a finalidade a ser alcançada. Assim, cabe ao intérprete a adoção dos meios mais benéficos para que a solução adequada ao caso concreto não importe sacrifício desnecessário de outros interesses ou direitos que estejam em jogo.

Nessa linha, a restrição de cada interesse em jogo somente se justificará quando: a) for indispensável para a manutenção do interesse contraposto; b) não for possível adotar solução menos gravosa; c) o benefício alcançado com a restrição de um interesse compensar o sacrifício imposto ao interesse contrário.²⁰⁰

Em suma, a proporcionalidade e a razoabilidade condicionam a opção feita pelo intérprete dentre as hipóteses previstas em abstrato na norma, impondo-se o

¹⁹⁹ Idem.

²⁰⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Temas...**, p. 84.

afastamento de determinadas situações que, diante das especificidades do caso concreto, sejam desproporcionais ou destituídas de razoabilidade.²⁰¹

Especificamente quanto à função desempenhada pelo princípio da razoabilidade, no sentido de limitar o exercício da discricionariedade administrativa, cumpre citar doutrina de José Roberto Pimenta OLIVEIRA:

Independente do aspecto que a regra de competência estabelece à esfera de decisão administrativa para cada caso concreto a conformar, a razoabilidade exige adequação valorativa da eleição administrativa realizada na individualização da norma. Atribui à autoridade o dever de estabelecê-la com base em um critério jurídico-material ajustado às circunstâncias e à necessidade de proteção do bem jurídico em vista da qual movimenta sua atuação.

Não se pode esquecer que a atribuição abstrata de circunstancialidade da ação administrativa é a força matriz da outorga da discricionariedade. Disso resulta que as exigências do quadro fático, impulsionador da atuação, são fundamentais para a discricionariedade. Demonstrar a razoabilidade do exercício da competência discricionária é sinônimo de tornar público a correção axiológica da ponderação comparativa concreta realizada no exercício da função.

A razoabilidade atua como um **limite interno da discricionariedade**, no sentido de ser um dos fatores que condicionam a própria escolha entre os possíveis indiferentes legais, catalogados *in abstracto* na norma de competência, impondo a rejeição a certa ou certas alternativas autorizadas pelo marco normativo, em função dos vetores jurídico-materiais incidentes concretamente na atuação administrativa.

Com a razoabilidade, impõe-se o dever de **adequada ponderação, não determinada ponderação**, sob pena de negar a existência da própria discricionariedade enquanto categoria acolhida pelo Direito. Assim, em regra, serve veículo impositivo de um cânone que

²⁰¹ Conforme esposado por Gustavo BINENBOJM: “assim, sempre que a própria Constituição ou a lei (desde que agindo constitucionalmente) não houver esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à Administração lançar mão da ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando a sua máxima realização. De modo análogo às Cortes Constitucionais, a Administração Pública deve buscar utilizar-se da ponderação para superar as regras de preferência estáticas atuando situativa e estrategicamente com vistas à formulação de certos *Standards* de decisão. Tais *Standards* permitem flexibilização das decisões administrativas de acordo com as peculiaridades do caso concreto, mas evitam o mal reverso, que é a incerteza jurídica total provocada por juízos de ponderação discricionários produzidos caso a caso. Veja-se que tal raciocínio ponderativo funciona como verdadeiro requisito de legitimidade dos atos da Administração Pública, traduzindo postura mais objetivamente comprometida com a realização dos princípios, valores e aspirações sociais expressos no documento constitucional. Considerando que, na lógica da separação dos poderes, compete precipuamente à Administração Pública implementar projetos legislativos e políticas públicas, fazem parte da rotina do administrador público situações diversas as quais lhe demandam a tomada de decisões investidas, não raro, de larga margem de discricionariedade. Nessas situações, conforme esposado, não é livre o agente público para decidir por um ou outro caminho. Chamado a realizar um interesse de índole difusa, para cuja implementação se deprende, frontalmente, com um interesse particular juridicamente protegido, deve o administrador, à luz das circunstâncias peculiares ao caso concreto, bem como dos valores constitucionais concorrentes, alcançar solução ótima que realize ao máximo cada um dos interesses públicos em jogo. Como resultado de um tal raciocínio de ponderação, tem-se aquilo que se convencionou chamar de melhor interesse público, ou seja, o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública”. BINENBOJM, Gustavo. **Temas...**, p. 83-84.

delineará o *iter* lógico que a autoridade administrativa público, dentro das circunstâncias do caso”.²⁰² (grifos no original)

Na leitura feita por STRECK, o problema fulcral dessa concepção de proporcionalidade – concretizada a partir da ponderação – reside na inexistência de parâmetros objetivos que possam determinar, de fato, qual a solução adequada ao caso concreto, ficando tal análise à mercê da subjetividade do intérprete, ainda vinculada, portanto, à relação sujeito-objeto característica do paradigma da filosofia da consciência. Conforme pondera o autor, “o problema é saber como é feita essa escolha”²⁰³, ou seja, a concepção acerca de qual princípio deverá prevalecer, no caso concreto, dependerá de opção discricionária do intérprete. Por conta disso, não se pode olvidar que a proposta de ponderação em muito se assemelha a concepção positivista segundo a qual, diante de casos difíceis, não regulados de forma clara pelo direito, confere-se ampla margem de liberdade ao juiz para decidir no caso concreto.

Seguindo essa linha, fácil perceber que tal conceito de proporcionalidade – por conferir ampla margem de discricionabilidade ao intérprete – não se amolda à proposta defendida neste trabalho. Ao contrário, a proporcionalidade deve ser interpretada a partir dos aportes da hermenêutica filosófica, entendida, portanto, enquanto dever de integridade e coerência que deve persistir em qualquer interpretação.

Nesse sentido é a tese perfilhada por Lenio Luiz STRECK:

Na verdade, segundo essas (corretas) críticas de Habermas, não se deve ponderar valores, nem no abstrato, nem no concreto. Por isso, a proporcionalidade **não** será legítima se aplicada como sinônimo de equidade. Proporcionalidade será, assim, o nome a ser dado a necessidade de coerência e integridade de qualquer decisão (aqui há uma aproximação de Habermas com Dworkin).

Por isso, para a hermenêutica (filosófica), o princípio da proporcionalidade não tem – e não pode ter – o mesmo significado que tem para a teoria da argumentação jurídica. Para a hermenêutica, **o princípio da proporcionalidade é como uma metáfora**, isto é, um modo de explicar que cada interpretação – que nunca pode ser solipsista – deve obedecer a uma reconstrução integrativa do direito, para evitar interpretações discricionárias/arbitrárias sustentadas em uma espécie de ‘grau zero de sentido’, que, sob o manto do caso concreto, venham a estabelecer sentidos para alguém ou para além da Constituição (veja-se que o próprio Habermas admite o uso da proporcionalidade, se esta ocorrer nos espaços semânticos

²⁰² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Op. cit., p. 362-363.

²⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade...**, p. 186.

estabelecidos nos discursos de fundamentação, que tem em uma Constituição democrática o seu corolário).

(...)

A diferença é que, para a compreensão hermenêutico-filosófica, a resposta correta não decorre desse juízo de ponderação do juiz, mas, sim, da **reconstrução principiológica do caso, da coerência e da integridade do direito**. Seria uma decisão sustentada em argumentos de princípio e não em raciocínios finalísticos (ou de políticas). É por isso que a hermenêutica salta do esquema sujeito-objeto para a intersubjetividade (sujeito-sujeito).²⁰⁴ (grifos no original)

Conclui-se que, enquanto a concepção de proporcionalidade na perspectiva da teoria da argumentação – concretizada a partir da ponderação de princípios no caso concreto – confere margem de discricionariedade ao intérprete, na medida em que ele, de forma solipsista, escolherá qual princípio deverá prevalecer no caso concreto, referido primado, na leitura da hermenêutica filosófica, ganha nova conotação e tem por escopo, precisamente, a limitação da discricionariedade, porquanto exige do intérprete uma reconstrução integrativa do direito, ou seja, o dever de integridade e coerência em face da ordem jurídica.

Além do dever de coerência e integridade, a proporcionalidade e a razoabilidade consubstanciam duas exigências, quais sejam: proibição de excesso ou da proteção insuficiente. Dessa feita, a afronta à proporcionalidade decorrerá de atuação que tenha excedido ao estritamente necessário ou, por outro lado, que tenha se mostrado insuficiente. De qualquer sorte, a constatação da desproporcionalidade do ato – seja negativo (proibição do excesso) ou positivo (proteção insuficiente) – somente poderá ocorrer a partir da obediência à integridade do direito, jamais poderá exsurgir, portanto, de um decisionismo solipsista do intérprete.²⁰⁵

Por oportuno, convém frisar que as críticas apontadas neste tópico de forma alguma retiram a importância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na interpretação do direito, apenas apontam para uma leitura à luz da hermenêutica filosófica. Tais críticas, portanto, são pertinentes à forma como estes princípios têm sido aplicados pelo judiciário brasileiro e por muitos doutrinadores, no sentido de respaldar eventuais arbitrariedades.

²⁰⁴ Ibidem, p. 186-187.

²⁰⁵ Ibidem, p. 490-491.

A partir dos limites apresentados, é possível defender que, tanto a proporcionalidade quanto a razoabilidade devem guiar o intérprete a cada volta do círculo hermenêutico, na medida em que, na ampliação de seu projeto inicial, ele deve levar em conta a adequação entre meios e fins, além da integridade e da coerência do direito, afastando-se eventuais excessos.

2.3. A VINCULAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Sabe-se que a Constituição Federal, principalmente em seu art. 5º, arrolou um conjunto de direitos fundamentais²⁰⁶, impondo ao Estado a sua concretização.

Os direitos fundamentais surgem das lutas do homem por sobrevivência e desenvolvimento, consoante explica BOBBIO, “são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.²⁰⁷ Como tais direitos surgem de forma gradual, ao longo da história, convencionou-se dividi-los em gerações ou dimensões.²⁰⁸

Os direitos de primeira dimensão surgiram a partir da ideologia do Estado liberal (século XVIII), de cunho marcadamente individualista, com o escopo de proteger o indivíduo contra eventuais arbitrariedades do Estado. São conceituados

²⁰⁶ Ingo Wolfgang SARLET conceitua direitos fundamentais nos seguintes termos: “direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91.

²⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

²⁰⁸ Prefere-se o termo dimensão, na medida em que esses direitos não existem de forma isolada. Ainda que surjam em épocas distintas, complementam-se, de forma que o aparecimento de uma nova dimensão não importa a exclusão da anterior. Nessa linha, SARLET: “(...) não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfiar, na esteira da mais moderna doutrina”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 54.

como direitos de defesa, de viés negativo, posto que exigem tão-somente uma abstenção por parte do Estado, podendo-se citar, a título de exemplo: direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Tratam-se, portanto, dos denominados direitos civis e políticos.²⁰⁹

É possível inferir, portanto, que os direitos fundamentais, em sua primeira dimensão, apresentavam apenas uma perspectiva subjetiva, ou seja, enquanto direitos individuais que poderiam ser pleiteados pelo indivíduo em face do Estado. Nas precisas lições de Daniel SARMENTO, “cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica”²¹⁰.

Sobre o tema, Ingo Wolfgang SARLET destaca que quando “nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)”²¹¹.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, por seu turno, são aqueles de natureza social, cultural e econômica. Essa segunda dimensão surgiu diante da constatação de que o individualismo e o abstencionismo do Estado Liberal acarretaram grandes injustiças sociais e evidenciaram a necessidade de intervenção efetiva do Estado na ordem social e econômica, para o fim de minimizar as desigualdades sociais que assolavam a sociedade. Isto porque, em uma sociedade caracterizada por grandes injustiças sociais, não é suficiente a mera abstenção do Estado no sentido de não violar os direitos fundamentais. Ao contrário, é imprescindível uma efetiva atuação do Poder

²⁰⁹ Conforme destaca Jorge Reis NOVAIS: “Associada ao ineliminável individualismo que acompanha a separação Estado-sociedade, a caracterização liberal dos direitos fundamentais concebe-os essencialmente como esferas de autonomia a preservar da intervenção do Estado; a sua realização não pressupõe a existência de prestações estaduais, mas apenas a garantia das condições que permitem o livre encontro das autonomias individuais. Enquanto objectivo central de um projecto de racionalização dirigido contra o Estado absoluto, os direitos fundamentais assumem, naturalmente, o carácter de direitos contra o Estado, de garantias da autonomia individual contra as invasões do soberano. Ou seja, e de acordo com a classificação de Jellinek (cf. infra, III.2.1.1) são direitos à liberdade, reconduzíveis a um *status* negativo do indivíduo, a uma esfera livre da intervenção estatal onde se prosseguem os fins estritamente individuais”. NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 73-74.

²¹⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 133.

²¹¹ Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 178.

Público, no sentido de assegurar direitos sociais mínimos, a fim de concretizar uma justiça social que minimize as diferenças entre classes.

Assim, o surgimento do Estado Social acarretou uma mudança significativa na concepção dos direitos fundamentais, destacando a perspectiva objetiva desses postulados. Nesse contexto, pode-se concluir, com fulcro na doutrina de BÖCKENFÖRDE²¹² que os direitos fundamentais apresentam dupla perspectiva, na medida em que podem ser considerados direitos subjetivos do indivíduo frente ao Estado, mas também na dimensão objetiva²¹³ enquanto “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”²¹⁴.

Na mesma linha defende Daniel SARMENTO:

Na verdade, os direitos fundamentais – coração das constituições contemporâneas – deixarão de ser compreendidos exclusivamente como direitos subjetivos. Serão acrescida a eles uma ‘mais valia’, conhecida como ‘dimensão objetiva’. Em razão desta dimensão objetiva, estes direitos serão considerados também como valores dotados de uma força irradiante, que permitirá a eles penetrarem em relações jurídicas distintas daquelas para as quais foram inicialmente concebidos – inclusive em relações privadas – e influenciarem na interpretação e aplicação de outras normas jurídicas, especialmente as expressas em linguagem mais aberta e indeterminada.²¹⁵

²¹² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. In: **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. de Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: nomos Verl.-Ges., 1993, p. 44-71.

²¹³ Sobre o tema, cumpre colacionar as lições de Gustavo ZABREBELSKY: “a) Los derechos entendidos como pretensiones de la voluntad tienen naturaleza esencialmente subjetiva en un doble sentido. Son, en efecto, instrumentos para la realización de intereses individuales, confiados a la autónoma valoración de sus titulares, y además su violación autoriza a estos últimos a procurar su tutela (en las diversas formas posibles: autotutela, recurso judicial, resistencia). Ahora bien, tratándose de derechos orientados a un interés particular, el titular también podrá decidir no ejercitarlos o renunciar a ellos, posibilidad totalmente incompatible con cualquier visión objetivista. b) En la concepción ‘antigua’, en cambio, los derechos no sirven para liberar la voluntad del hombre, porque ésta, de per se, es origen de arbitrio y desorden. Sirven, por el contrario, para reconducirla a su justa dimensión. Su realización consiste en la adopción de medidas políticas orientadas a la justicia o, como suele decirse, al bien común. Por tanto, la visión que se ofrece de ellos es esencialmente de derecho objetivo: los derechos como consecuencia o reflejo de un derecho justo; los derechos como tarea a realizar por los gobernantes, como deber de los poderosos en favor de los más débiles”. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 85.

²¹⁴ Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 168.

²¹⁵ SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade...**, p. 120.

Os direitos fundamentais, portanto, espriam-se por todo o ordenamento jurídico, sendo vislumbrados como valores que devem ser perseguidos e concretizados por toda a sociedade e, obviamente, pelo Estado. As ações dos poderes públicos, portanto, devem ser parametrizadas por tais direitos, visando sempre sua concretização.

Exsurge, dessa concepção, também uma eficácia interpretativa, em face da centralidade e proeminência axiológica de tais direitos, qualquer atividade interpretativa/aplicativa deve ser realizada à luz dos direitos fundamentais.

Nessa linha, José Carlos Vieira de ANDRADE, assevera que “os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares”, sendo salutar reconhecê-los também “como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir”.²¹⁶

Em suma, na dimensão objetiva, os direitos fundamentais funcionam como balizas e limites para atuação do Estado, cabendo a este a obrigação permanente de concretização desses direitos fundamentais, não apenas de cunho individual, mas, também, de natureza coletiva.

Nesse sentido é a doutrina de Gustavo BINENBOJM:

Uma importante decorrência do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o surgimento dos chamados **deveres de proteção** do Estado, de quem se passa a exigir não apenas uma **abstenção**, mas também condutas positivas de **proteção e promoção**. Assim, por exemplo, a dimensão puramente subjetiva trata a liberdade de expressão como um direito individual à não interferência externa do Estado na livre manifestação das idéias do emissor da mensagem; já a dimensão objetiva reclama, mais que isso, uma postura tanto **protetiva** (não permitir que terceiros impeçam o cerceamento indevido da livre expressão do emissor) como **promotora** do mesmo direito fundamental (adotar regulações que assegurem a abertura e o pluralismo do debate público, de forma a alcançar o maior grau possível de difusão e circulação de idéias). Entende-se, destarte, por que a dimensão objetiva poderá servir de fundamento até para a restrição a aspectos meramente individuais de um direito fundamental, como seria o caso, no exemplo aviltado, da regulação que imponha obrigações à liberdade editorial de veículos de comunicação de massa.²¹⁷ (grifos no original)

²¹⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**, 2001, p. 144-145.

²¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Temas...**, p. 53.

Com isso, não se retira, de forma alguma, a importância dos direitos subjetivos individuais. Ao contrário, a perspectiva objetiva, constitui um reforço à proteção jurídica dos direitos subjetivos.

Nessa esteira, conclui Stefania Becattini VACCARO que “a sucessão de paradigmas do Estado liberal para o Estado social não pode ser interpretada como uma simples soma de direitos, é imprescindível uma redefinição dos direitos anteriormente consagrados”²¹⁸.

A terceira dimensão visa assegurar os direitos que decorrem da solidariedade e fraternidade, a exemplo da proteção ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos. Portanto, são os direitos metaindividuais, coletivos e difusos, sendo que seu titular não é mais o indivíduo, como nas outras duas dimensões, mas sim grupos de pessoas (família, povo, nação).

Em face das diversas transformações ocorridas na sociedade, poder-se-ia ampliar o rol desses direitos de terceira dimensão, incluindo-se os direitos da criança, do idoso, dos deficientes físico e mental, das minorias, assim com os novos direitos da personalidade²¹⁹.

Alguns autores, a exemplo de Antonio Carlos WOLKMER, ainda vislumbram uma quarta e quinta dimensões. Os direitos de quarta dimensão dizem respeito à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. São exemplos desses direitos, a reprodução humana assistida, aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética, contracepção, dentre outros.

A quinta dimensão diz respeito aos direitos das tecnologias de informação, do ciberespaço e da realidade virtual. De fato, a passagem do século XX para o século XXI acarretou uma significativa mudança na sociedade que, de industrial, passou a era virtual.²²⁰

²¹⁸ VACCARO, Stefania Becattini. A reinvenção da democracia e o direito de ter direitos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 481-490.

²¹⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Os “novos” direitos no Brasil**: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 01 a 30.

²²⁰ Idem.

Traçado esse panorama, importa frisar que um dos escopos do Estado é justamente atender as necessidades da sociedade. Sendo assim, o Poder Público não pode se desincumbir de seu papel de garantidor e promotor dos direitos fundamentais. Mesmo em face da escassez dos recursos públicos, remanesce a responsabilidade do Estado na concretização desses direitos.

Não se pode perder de vista que o § 1º do art. 5º da Constituição Federal preconiza que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, o que induz à conclusão de que todos os órgãos e entidades administrativos estão estritamente subordinados a essas normas, impondo-se sua implementação por meio da ação administrativa.

Uma vez delimitadas as políticas públicas, é por meio do exercício da função administrativa que o Estado irá conferir eficácia aos direitos fundamentais. Portanto, os indivíduos e as organizações da sociedade civil devem exigir da Administração Pública a efetivação desses direitos.²²¹

É nesse sentido que se fala, atualmente, em funcionalização da atividade administrativa, voltada à concretização dos direitos fundamentais, consoante aduzido por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO:

Como importante conclusão, que se retira de todos esses recentes escritos produzidos nessa linha, destaca-se a evolução do vetusto conceito imperial de **poder de Estado**. Fala-se, destarte, na **funcionalização da atividade administrativa para a realização dos direitos das pessoas**, o que passa a ser a nova e adequada abordagem constitucional em que se nega, especialmente, a natureza de **Poder do Estado** aos órgãos que conformam a administração pública.

(...)

E assim se caracterizam as **duas modalidades básicas de funções estatais**: as de **prestação** e as de **propulsão**, ambas auferindo dos **direitos fundamentais** as suas referências: as de prestação, como **limite**, e as de propulsão, como **orientação**.

Portanto, sob o prisma da **legitimidade**, serão consideradas **constitucionais as ações públicas referentes à função de prestação**, que **respeitem os limites impostos pelos direitos fundamentais**. Ao revés, serão **inconstitucionais**, as ações públicas referentes às ações de prestações que **os excedam**.

Por outro lado, sob o mesmo critério de **legitimidade**, serão consideradas **constitucionais**, as **ações públicas relativas à propulsão**, que se **norteiem pela realização otimizada dos**

²²¹ Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração pública democrática e efetivação de direitos fundamentais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 307-329.

direitos fundamentais. Ao revés, serão **inconstitucionais**, as ações públicas relativas às ações de propulsão que por eles não se orientem.²²² (grifos no original)

Em face do exposto, é possível concluir que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais exige do Estado que sua atuação esteja voltada à concretização desses direitos.

E o tema ganha relevância precisamente em sede de discricionariedade administrativa, porquanto é ao exercer esse dever-poder que a Administração tem condições de concretizar os direitos fundamentais cristalizados na Constituição Federal.

É preciso concordar com Ingo Wolfgang SARLET:

O que importa é a constatação de que os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade.

(...)

O que importa, neste contexto, é frisar a necessidade de os órgãos públicos observarem nas suas decisões os parâmetros contidos na ordem de valores da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais, o que assume especial relevo na esfera da aplicação e interpretação de conceitos abertos e cláusulas gerais, assim como no exercício da atividade discricionária.

(...)

No que tange à medida da vinculação aos direitos fundamentais, poderá afirmar-se que, quanto menor for a sujeição da administração às leis (de modo especial na esfera dos atos discricionários e no âmbito dos atos de governo), tanto maior virá a ser a necessidade de os órgãos administrativos observarem – no âmbito da discricionariedade de que dispõem – o conteúdo dos direitos fundamentais, que, consoante já assinalado, contém parâmetros e diretrizes para a aplicação e interpretação dos conceitos legais indeterminados. Isto significa, em outras palavras, que, nas hipóteses de uma maior fragilidade do princípio da legalidade, o conflito desta com o princípio da constitucionalidade acaba por resolver-se tendencialmente em favor da última.²²³

Em sede de conclusão, destaca-se que a discricionariedade deve ser exercida em consonância ao sistema constitucional, composto por princípios e regras. Assim, discricionariedade legítima (na esfera administrativa) é aquela compatível com a juridicidade, proporcionalidade, razoabilidade e eficiência, dentre outros princípios, dando conta de que adotou o agente público solução adequada, entendida como aquela

²²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações...**, p. 158-159.

²²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 392-394.

que propicia a máxima concretização dos valores projetados pelo sistema, o que será aferível mediante escorreita motivação.

Dentre estes valores avultam os direitos fundamentais que são vinculantes à atuação administrativa, exigindo-se do Estado sua concretização. Nessa esteira, quanto maior o grau de discricionariedade política, maior será a necessidade de observância do conteúdo desses direitos fundamentais.

Num Estado Democrático alicerçado nos direitos fundamentais, a escolha legítima, corolário da discricionariedade administrativa, será aquela que melhor concretizar aludidos direitos fundamentais.

Seguindo essa linha, em determinadas situações, para o fim de se concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, é que o suposto poder discricionário da Administração Pública, no que diz respeito à escolha entre atuar ou não, por exemplo, consubstanciará, no caso concreto, ato vinculado, impondo-se a atuação do Poder Público. Para ilustrar o afirmado, colaciona-se julgado do Superior Tribunal de Justiça que exigiu uma atuação da Administração Pública com o intuito de assegurar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado:

A pergunta que se faz é a seguinte: pode o Judiciário, diante de omissão do Poder Executivo, interferir nos critérios de conveniência e oportunidade da Administração para dispor sobre a prioridade da realização de obra pública voltada para a reparação do meio ambiente, no assim chamado mérito administrativo, impondo-lhe a imediata obrigação de fazer? Em caso negativo, estaria deixando de dar cumprimento à determinação imposta pelo art. 3º, da lei de ação civil pública? (...)

Estando, pois, provado que a erosão causa dano ao meio ambiente e põe em risco a população, exige-se do Poder Público uma posição no sentido de fazer cessar as causas do dano e também de recuperar o que já foi deteriorado.

O primeiro aspecto a considerar diz respeito à atuação do Poder Judiciário, em relação à Administração.

(...)

No passado, estava o Judiciário atrelado ao princípio da legalidade, expressão maior do Estado de direito, entendendo-se como tal a submissão de todos os poderes à lei (...)

Aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle. E, diga-se, porque pertinente, não apenas o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública.

Na espécie em julgamento, tem-se, comprovado, um dano objetivo causado ao meio ambiente, cabendo ao Poder Público, dentro da sua esfera de competência e atribuição, providenciar a correção. Ao assumir o encargo de gerir o patrimônio público, também assumiu o dever de providenciar a recomposição do meio ambiente, cuja degradação, provocada pela erosão e o descaso, haja vista a utilização das crateras como depósito de lixo,

está provocando riscos de desabamento e assoreamento de córregos, prejudicando as áreas de mananciais.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial para ordenar que a Administração providencie imediatamente as obras necessárias à recomposição do meio ambiente.²²⁴

Não obstante, ao mesmo tempo em que o processo de constitucionalização do direito importou significativo avanço na delimitação da discricionariedade administrativa, ao vinculá-la aos princípios e direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, não se pode olvidar que a fluidez e ambigüidade desses valores, se não compreendidos a partir do marco teórico definido neste trabalho – hermenêutica filosófica – acabam por alargar a margem de discricção do intérprete, que exerce grande influência no preenchimento desses conceitos.

Nesse momento, cumpre colacionar alguns problemas propiciados pelo processo de constitucionalização do direito no que se refere à discricionariedade, para, no terceiro capítulo empreender-se o estudo de uma teoria que se propõe a controlar o processo decisório do intérprete, a fim de se evitar que a discricionariedade se converta em flagrante arbitrariedade.

2.4. PROBLEMAS ADVINDOS DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Conforme já destacado em momento anterior, os princípios que vinculam à atuação administrativa apresentam algo grau de indeterminação, de vagueza, bem como grande carga axiológica, o que conduz, muitas vezes, à concepção inadequada de que tais primados abrem o sistema, acarretando grande margem de liberdade ao intérprete.

Basta pensar na proposta da ponderação para a resolução de conflito entre princípios, situação já enfrentada no primeiro capítulo deste trabalho. Robert ALEXANDER assevera que os princípios expressam valores que devem ser realizados de forma ótima. Nessa linha, os princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível, em consonância com as possibilidades fáticas e jurídicas,

²²⁴ REsp nº. 429.570/GO, rel. Min. Eliana Calmon, j. 11/11/2003.

cabendo ao intérprete conferir peso aos princípios em conflito, no intuito de constatar qual deve prevalecer no caso concreto.

Fácil perceber que, nessa concepção, os princípios, em face da sua carga axiológica e ambiguidade, conferem grande margem de liberdade ao intérprete que, de forma solipsista, ponderará a fim de constatar qual primado deverá prevalecer no caso concreto. Ainda que o intérprete tenha o dever de justificar sua escolha, a partir de uma argumentação racional, estando sujeito, portanto, ao controle posterior, percebe-se que, na maior parte dos casos, a ponderação entre princípios acaba resultando na escolha subjetiva do intérprete em prol de um dos princípios em detrimento do outro. Por conta disso é que, na perspectiva da teoria da argumentação, os princípios abrem o sistema, já que conferem ampla margem de discricionariedade ao intérprete.²²⁵

Tal constatação tem acarretado severos problemas na interpretação/aplicação do direito, o que acaba refletindo, também, na atuação administrativa quando da conformação de atos discricionários. Sabe-se que, para delimitar se há discricionariedade ou vinculação, na esfera administrativa, deve o agente público interpretar o ato normativo que confere tal competência, o que, em última instância, consiste no processo de interpretação. É nesse momento que o agente público confere sentido aos princípios que incidem no caso concreto, de forma que, não se pode olvidar que a carga axiológica que reveste estes postulados pode acarretar uma ampliação indevida na discricionariedade administrativa.

²²⁵ Ademais, essa situação é reconhecida pelo próprio ALEXY, no pós-fácio de sua obra: “os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. **Neste caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário**”. (sem grifos no original). ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Luis Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 611. Da análise das teses de DWORKIN e ALEXY parece irrefutável a crítica elaborada por Marco Aurélio MARRAFON, no sentido de que ambas podem dar ensejo a uma decisão judicial de caráter retórico, “pois se considerada a norma como resultado da compreensão do caso e do direito pelo intérprete, é forçoso concluir que, em *ultima ratio*, prevalece sempre a discricionariedade subjetiva na atribuição de maior peso ou importância, na ordem de precedência condicionada, na força relativa de um princípio, na escolha de qual regra deve prevalecer em caso de antinomias”. MARRAFON, Marco. **Hermenêutica...**, p. 130. De qualquer sorte, não se pode olvidar a importância das duas teorias, que fomentaram a superação do positivismo jurídico ao conferirem normatividade aos princípios, propiciando, dessa feita, a abertura do sistema para o fim de permitir seu constante diálogo com a realidade.

É mister destacar que a discricionariedade administrativa não se confunde com a judicial, entendida “como liberdade de incremento de um dever jurídico na aplicação do direito através de uma opção entre várias decisões igualmente válidas. Trata-se de uma liberdade de escolha entre soluções admitidas em princípio, tendo como critério negativo a noção de subsunção”.²²⁶

Diante da constatação da doutrina positivista do século XX acerca da impossibilidade de se extrair da lei uma interpretação exata que delimitasse a premissa maior da subsunção, criou-se a figura da discricionariedade judicial, conferindo-se ao juiz liberdade de escolha, dentre as hipóteses permitidas pelo direito.

KELSEN, ao discorrer sobre a interpretação jurídica, assevera que em todo processo de aplicação do direito é possível encontrar uma margem de livre apreciação conferida ao juiz, formando o direito uma moldura “dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”.²²⁷

Na visão do autor, conforme já adiantado, a norma de escalão superior não vincula de forma absoluta, em todas as direções e sob todos os aspectos, já que é possível vislumbrar uma margem de livre apreciação, ou seja, a norma de escalão superior funciona como uma moldura, que deverá ser preenchida pelo ato sobre o qual incidirá. Em face disso, todo ato jurídico é, em parte, determinado pelo direito, e em outra, indeterminado. O sentido verbal da norma não é unívoco, mas sim apresenta várias significações possíveis, daí porque se faz necessário o trabalho de interpretação.

Seguindo essa lógica, a interpretação tem por escopo aferir o sentido das normas jurídicas, sem que se cogite a existência de uma única interpretação, como a mais correta.

HART adota posicionamento semelhante ao reconhecer que a “textura aberta” das normas permite a atividade criativa do juiz. Nas palavras do autor:

²²⁶ MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 135, nota de rodapé nº. 67.

²²⁷ KELSEN, Hans. **Teoria...**, p. 390.

(...) os juizes não estão confinados, ao interpretarem, quer as leis, quer os precedentes, às alternativas de uma escolha cega e arbitrária, ou à dedução «mecânica» de regras com um sentido predeterminado. A sua escolha é guiada muito frequentemente pela consideração de que a finalidade das regras que estão a interpretar é razoável [!], de tal forma que não se pretende com as regras criar injustiças ou ofender princípios morais assentes. Uma decisão judicial, especialmente em questões de alta importância constitucional, envolve frequentemente uma escolha entre valores morais e não uma simples aplicação de um único princípio moral proeminente.²²⁸

Desde as críticas elaboradas por DWORKIN ao positivismo de HART, essa teoria passou a sofrer dificuldades na sustentação de suas principais teses.²²⁹

Para os fins deste trabalho, cumpre destacar apenas a divergência entre os dois autores pertinente à discricionariedade judicial. De fato, infere-se que a principal diferença entre a tese de HART e a de DWORKIN está na concepção relativa à discricionariedade judicial, conforme explicitado pelo próprio autor positivista:

O conflito direto mais contundente entre a teoria do direito exposta neste livro e a de Dworkin emana de minha afirmação de que sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, a lei não pode fundamentar uma decisão em qualquer sentido, mostrando-se esta, portanto, parcialmente imprecisa ou incompleta. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se carente de jurisdição ou remeter os pontos não regulamentados pela lei existente ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer seu próprio arbítrio e criar uma lei para regulamentar o caso, ao invés de simplesmente aplicar a lei consolidada já existente. Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria direito novo e aplica o direito consolidado, que simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe este poder.

Dworkin rejeita essa imagem do direito como parcialmente impreciso ou incompleto, e aquela do juiz como alguém que preenche as lacunas da lei ao exercer um arbítrio legislativo limitado, afirmando ser uma descrição enganosa tanto do direito como da argumentação judicial. Com efeito, ele argumenta que não é o direito que é incompleto, mas a imagem que dele faz o positivista, e que isto ficará demonstrado por sua própria descrição “interpretativa” da ciência jurídica como algo que inclui, além da lei consolidada *explícita* - identificada por referência a suas fontes sociais - princípios jurídicos *implícitos*, que são aqueles que melhor se adaptam à lei explícita, oferecendo ao mesmo tempo a melhor justificativa moral para esta. De acordo com essa visão interpretativa, o direito jamais é incompleto ou indeterminado, de modo que o juiz nunca tem a oportunidade de sair do âmbito da lei e exercer um poder de criar leis para proferir uma decisão. Os tribunais deveriam, portanto, apelar a esses princípios implícitos, com suas dimensões morais,

²²⁸ HART, Herbert. **O conceito de direito**. 3. ed. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 220-221.

²²⁹ Nesse sentido: ALDAY, Rafael Escudero. **Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral**. Madrid: Civitas, 2004.

naqueles “casos difíceis” nos quais as fontes sociais do direito não determinam uma decisão sobre algum aspecto específico deste.²³⁰

Na concepção de HART, portanto, a discricionariedade judicial incide nas hipóteses de lacuna no direito, bem como em face da textura aberta do enunciado normativo, já que o sistema jurídico é incompleto e indeterminado, levando o juiz a decidir nesses casos segundo seu poder discricionário. Divide os casos concretos em *easy e hard cases* (simples e complexos), sendo a solução do primeiro encontrada por mera subsunção, ao passo que o segundo, por não estar contemplado em nenhuma regra, exige uma atividade discricionária do juiz.

DWORKIN²³¹, por seu turno, defende que os princípios tornam o ordenamento jurídico coerente e determinado, preenchendo eventuais lacunas, o que afasta a referida discricionariedade jurisdicional. Assim, os juízes não criam o direito, mas apenas o “descobrem”, por meio da aplicação dos princípios ao caso concreto.

Dessa feita, quanto ao poder discricionário do juiz de criar o direito nos casos difíceis, nos quais reconhece HART a existência de lacunas, DWORKIN defende que, na verdade, não se cogita a existência de nenhuma lacuna, cabendo ao juiz nos casos difíceis utilizar os princípios implícitos do direito. Nas lições do autor:

(...) Contudo, uma vez que **abandonemos tal doutrina e tratemos os princípios como direito, colocamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida.** (..). Essas questões devem ser enfrentadas, mas mesmo as questões prometem mais do que o positivismo tem a oferecer. Nos termos de sua própria tese, o positivismo não chega a enfrentar esses casos difíceis e enigmáticos que nos levam à procura de teoria de direito. Quando lemos esses casos, **o positivismo nos remete a uma teoria do poder discricionário** que não leva a um lugar algum e nada nos diz. **Sua representação do direito como um sistema de regras** tem exercido um domínio tenaz sobre nossa imaginação, talvez graças a sua própria simplicidade. **Se nos livrarmos desse modelo de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas.**²³² (grifou-se)

Com efeito, não se pode afirmar que os juízes, diante de casos difíceis, nos quais as leis ou os precedentes mostram-se obscuros, passam simplesmente a legislar,

²³⁰ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes. Pós-escrito, p. 272.

²³¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²³² *Ibidem*, p. 71-72.

sem qualquer limitação. Ao contrário, ao decidirem referidos casos, utilizam geralmente algum princípio geral. Isto representa o próprio escopo da interpretação construtiva, que é uma característica marcante da teoria de DWORKIN acerca do julgamento.

Os positivistas apresentam sólidos argumentos para defender sua teoria dessas críticas²³³, principalmente HART que, em seu Pós-Escrito, rebateu as críticas formuladas por DWORKIN e, ainda, tratou de esclarecer alguns pontos de sua obra que, segundo ele, estavam obscurecidos.

Segundo HART, muito embora a vinculação aos princípios possa mitigar a atividade legislativa do juiz, de forma alguma a elimina completamente, na medida em que, em qualquer caso difícil, é possível se vislumbrar a existência de princípios conflitantes, de sorte que o juiz é obrigado a fazer uma opção, ou seja, é obrigado a atuar como legislador.

Assim, destaca o autor que, nos casos difíceis, o juiz cria o direito, porquanto tem que resolver o caso concreto sem recorrer a alguma regra ou princípio que possam respaldar sua decisão, diante da inexistência dessas normas no ordenamento jurídico.

Porém, HART alerta que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Salienta que somente é possível que o juiz atue discricionariamente quando o direito não apresenta a solução normativa para aquele caso concreto e que isso só ocorre diante dos casos difíceis. Ainda, o juiz encontra-se limitado a certos padrões, uma vez que tem o dever de motivar sua decisão com fulcro em razões gerais, buscando atender aos fins do direito.²³⁴

²³³ Conforme ponderado por Rafael Escudero ALDAY: “No obstante la envergadura de estas críticas, el positivismo jurídico ha salido ileso de ellas. O, por lo menos, eso es lo que se afirma desde sus propias filas. Para ello, los positivistas, incluido por supuesto el próprio Hart, han utilizado hasta tres estrategias de defensa; estrategias que em ningún caso han de entender-se como alternativas o excluyentes cada una de las demás, sino que se enarbolan de forma conjunta y complementaria. Así, mientras que la primera de ellas consiste en rechazar las tesis de Dworkin que, a su juicio, son desacertadas, la segunda se centra, por su parte, en rechazar las críticas de Dworkin a su teoría que son desacertadas”. ALDAY, Rafael Escudero. Op. cit., p. 17-18.

²³⁴ “É importante observar que o poder de legislar que atribuo aos juizes, para habilitá-los a regulamentarem os casos que a lei deixa parcialmente não regulamentados, é diferente daquele de um poder legislativo: não só os poderes do juiz estão sujeitos a muitas limitações **que restringem sua escolha**, limitações das quais o poder legislativo pode ser totalmente isento, mas, como são exercidos apenas para decidir casos específicos, o juiz não pode utilizá-los para introduzir reformas amplas ou

Em suma, a discricionariedade judicial, na perspectiva positivista, decorre da indeterminação do enunciado normativo e da incapacidade do direito de regular todas as situações presentes na sociedade. Nessas situações, confere-se liberdade ao magistrado para a resolução do caso concreto com fulcro nas razões gerais e sempre buscando a consecução das finalidades do direito.

Nesse contexto, a discricionariedade judicial manifesta-se em face da necessária interpretação e aplicação do direito, ramo do conhecimento que, quase sempre, utiliza termos ambíguos e indeterminados, cabendo ao juiz preencher tais conteúdos em conformidade aos parâmetros impostos pelo ordenamento jurídico e as suas próprias pré-compreensões.

Ao conceituar interpretação/aplicação, Eros Roberto GRAU averba que “consustanciando prudência, que não conhece o exato, porém apenas o correto, supõe a faculdade, do intérprete, de escolher uma, entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada – sempre, em cada caso, inexistente uma interpretação verdadeira (única correta)”.²³⁵

Seguindo a linha desenvolvida pelo autor, aquilo que a doutrina denomina, equivocadamente de discricionariedade judicial, trata-se, na verdade, de interpretação:

O que se tem erroneamente denominado de **discricionariedade judicial** é poder de definição de normas de decisão, posterior à produção das normas jurídicas, que o juiz exercita formulando **juízos de legalidade** (não de oportunidade). A distinção entre ambos esses juízos – repito-o, ainda – encontra-se em que o **juízo de oportunidade** comporta uma opção entre **indiferentes jurídicos**, procedida **subjetivamente** pelo agente; o **juízo de legalidade** é atuação, embora desenvolvida no campo da **prudência**, que o intérprete autêntico desenvolve atado, retido ao **texto**.²³⁶ (grifos no original)

novos códigos jurídicos. Assim, seus poderes são **intersticiais**, além de sujeitos a muitas restrições substantivas. Não obstante, haverá aspectos sobre os quais a lei existente não aponta qualquer decisão como correta, e, para julgar estes casos, o juiz tem de exercer seu poder de fazer a lei. Mas não deve fazê-lo arbitrariamente: isto é, deve ser sempre capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais, e deve atuar como o faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores. Mas, desde que satisfaça a essas condições, tem o direito de seguir padrões ou razões para decidir que não lhe são impostos pela lei e podem diferir dos utilizados por outros juízes diante de casos difíceis semelhantes”. (grifos no original) HART, Herbert L. A. **O conceito...**, p. 273.

²³⁵ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 211-212.

²³⁶ Ibidem, p. 209-210.

Mas não pode o direito ser aquilo que o intérprete quer que ele seja, como se fosse crível a manipulação arbitrária das hipóteses extraídas da “moldura”, optando-se por qualquer solução. Essa concepção, fundamentada na filosofia da consciência, não se sustenta mais nessa quadra da história²³⁷, em que a “afirmação do caráter hermenêutico do direito” e daquilo que está intrínseco a essa “guinada-do-papel-do-direito-no-neoconstitucionalismo” trazem a baila a necessidade de controle dos atos jurisdicionais e do processo interpretativo como um todo.²³⁸

Traçada essa premissa, fácil perceber que, em que pese as semelhanças, a discricionariedade administrativa não se confunde com a judicial, já que esta última é decorrência do processo de interpretação do direito, enquanto a primeira, ainda que seja influenciada também por esse processo interpretativo, vai além dele, porquanto

²³⁷ Muito embora tal concepção não seja mais sustentável em nosso sistema jurídico, percebe-se cotidianamente que muitos juízes ainda estão presos à subjetividade assujeitadora do paradigma da consciência, decidindo apenas com fundamento em suas concepções pessoais. Cita-se, para comprovar o afirmado, acórdão paradigmático do Superior Tribunal de Justiça: “**Não me importa o que pensam os doutrinadores.** Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) **Decido, porém, conforme minha consciência.** Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs, Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros **decidem assim, porque pensam assim.** E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e **a doutrina que se amolde a ele.** É fundamental expressarmos o que somos. **Ninguém nos dá lições.** Não somos aprendizes de ninguém”. (grifou-se) Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no AgReg em ERESP nº. 279.889-AL, STJ (grifos nossos). O excerto do referido acórdão bem demonstra a crise pela qual passa o direito atualmente, qual seja, a crença que a decisão judicial nada mais representa do que um ato de vontade do julgador que, de forma solipsista, com fundamento em suas convicções pessoais, escolhe a ‘solução mais justa’ para o caso concreto, dentre aquelas supostamente admitidas pelo direito. Nesse sentido a perspicaz constatação de STRECK: “Estar comprometido apenas com a sua consciência passa a ser o elemento que sustenta o imaginário de parcela considerável dos magistrados brasileiros, o que se pode perceber em pronunciamento do então Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Min. Costa Leite, respondendo a uma indagação sobre o racionamento de energia elétrica que atingia o país, no sentido de que, no momento de proferir a decisão (caso concreto), ‘**o juiz não se subordina a ninguém, senão à Lei e à sua consciência**’, assim como importante decisão do mesmo Tribunal em sede de *Habeas Corpus*: ‘Em face do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, **o Magistrado, no exercício de sua função judicante, não estará adstrito a qualquer critério de apreciação das provas carreadas aos autos, podendo valorá-las como sua consciência indicar,** uma vez que é soberano dos elementos probatórios apresentados’. (...) A pergunta que se põe é: onde ficam a tradição, a coerência e a integridade do direito? Cada decisão parte (ou estabelece) um ‘grau zero de sentido?’”. (grifos no original) STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...**, p. 26.

²³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **A crise...**, p. 213.

confere ao agente público margem de opção política, de oportunidade e conveniência.²³⁹

De qualquer sorte, a ampliação da margem de liberdade na interpretação do direito, mormente dos princípios, acarretada pelo processo de constitucionalização do direito e pela não recepção, em nosso ordenamento jurídico, das alterações provocadas pelo giro lingüístico, pode conduzir à ampliação equivocada da discricionariedade administrativa.

Não se olvide que, no exercício da função administrativa, quase sempre é necessário um trabalho interpretativo (até porque interpretar já é aplicar)²⁴⁰ em decorrência da própria “textura aberta” das normas, exigindo uma atuação do intérprete no sentido de delimitar, em concreto, o termo indeterminado em abstrato. Ora, uma interpretação discricionária do direito, sem atentar para os limites impostos

²³⁹ Cumpre destacar, na esteira do posicionamento de Eros Roberto GRAU, que também não vislumbramos a hipótese da discricionariedade técnica. Compartilhamos, portanto, com a crítica do ilustre jurista: “no mais, desejo ainda referir, para negá-la, a tese da existência de uma certa **discricionariedade técnica**, assim estruturada: há decisões administrativas que supõem tal grau de especialização técnica que somente aquele que as toma, a partir da consideração de elementos altamente técnicos as pode valorar; assim, o Poder Judiciário deve acatá-las, exercendo controle unicamente em relação aos **erros manifestos** que nelas se exteriorizam: dão por que a Administração, nesses casos, goza de liberdade (técnica) de decisão, liberdade que, no entanto, não é absoluta, visto que coartada quando o seu exercício resultar viciado por erro manifesto. A argumentação em favor dessa **discricionariedade técnica** é oblíqua: de início se afirma a discricionariedade em seu segundo sentido fraco (Dworkin), porque quem toma a decisão deve ser titular da derradeira capacidade para tanto; apenas após isso intervém o argumento segundo o qual quem toma a decisão não está vinculado a nenhum *standard*. Dá-se, contudo, exatamente o contrário: se a decisão é **técnica**, evidentemente há *Standards*, e muito precisos, a serem estrita e rigorosamente atendidos por quem toma a decisão! Além disso, podemos ainda adotar, em relação à **discricionariedade técnica**, a exposição crítica de António Francisco de Sousa (1987/308-309): i) a definição do que seja ‘decisão altamente técnica’ é subjetiva, visto que não se pode responder em termos satisfatórios onde começa e onde acaba o caráter ‘altamente técnico’; ii) quando se trata de decisões referidas a matérias que o juiz não conheça – até porque não tem o dever de conhecer todas as matérias –, pode e deve ouvir peritos, a fim de que sejam plenamente esclarecidos os fatos a respeito dos quais decidirá; iii) da inegável dificuldade de controle de tais decisões não se pode extrair, a benefício da certeza e da segurança do direito, uma liberdade (autorização) para que a Administração decida ao seu talante; essa liberdade apenas pode ser a ela atribuída diretamente, pela lei; iv) ao limitar-se o controle jurisdicional ao ‘erro manifesto’, coloca-se à margem desse controle o ‘erro não manifesto’, é certo, porém, que tanto o ‘erro manifesto’ quanto o ‘erro não manifesto’ são ilegais e devem ser controlados e corrigidos, jurisdicionalmente; a tolerância do erro, *manifesto ou não manifesto*, se não concedida pela lei, não pode ser concedida pelo juiz; ademais, também não se pode responder de modo satisfatório onde começa e onde acaba o caráter manifesto do erro. A tese da **discricionariedade técnica** é, como se vê, insustentável.” (grifos no original) GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 214-215.

²⁴⁰ Sobre o tema, remete-se o leitor ao terceiro capítulo deste trabalho.

pelo ordenamento jurídico, poderá configurar uma hipótese de discricionariedade administrativa quando, na verdade, estava-se diante de competência vinculada.

Dessa feita, a excessiva abertura propiciada pelo processo de constitucionalização do direito, em face da recepção, por nosso ordenamento jurídico, dos princípios, alargou de forma demasiada a discricionariedade administrativa.

Além disso, é possível constatar que a vinculação da Administração Pública aos referidos princípios, bem como aos direitos fundamentais, acarreta uma constante interferência do Poder Judiciário na delimitação das políticas públicas. Com efeito, atualmente se vislumbra, cada vez mais, a incapacidade do Poder Executivo para desempenhar bem seu mister, ou seja, para implementar políticas públicas aptas a concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, o que tem exigido uma constante interferência do Poder Judiciário nesse setor. Tal fato acarreta uma tensão entre a jurisdição constitucional e o princípio democrático, representado pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Entende-se que não há incompatibilidade entre jurisdição constitucional, constitucionalismo e democracia, porquanto o próprio poder constituinte confere à jurisdição constitucional legitimidade para controlar a atuação dos poderes constituídos, no intuito de assegurar a consonância das normas emitidas por estes poderes à Constituição Federal, mormente em face dos direitos fundamentais. Com efeito, é indispensável a atuação do Poder Judiciário no sentido de concretizar os direitos fundamentais, mormente diante da inércia do Poder Executivo.²⁴¹

²⁴¹ Cumpre colacionar as lições de Fábio Konder COMPARATO: “Na Idade Moderna, só se pode considerar democrático o regime político fundado na soberania popular, e cujo objetivo último consiste no respeito integral aos direitos fundamentais da pessoa humana. A soberania do povo, não dirigida à realização dos direitos humanos, conduz necessariamente ao arbítrio da maioria. O respeito integral dos direitos do homem, por sua vez, é inalcançável quando o poder político supremo não pertence ao povo. O Poder Judiciário, como órgão de um Estado democrático, há de ser estruturado em função de ambas essas exigências. Ressalte-se, contudo, que, diferentemente dos demais poderes públicos, o Judiciário apresenta uma notável particularidade. Embora seja ele, por definição, a principal garantia do respeito integral aos direitos humanos, na generalidade dos países os magistrados, salvo raras exceções, não são escolhidos pelo voto popular. Na verdade, o fato que compatibiliza o Poder Judiciário com o espírito da democracia (no sentido que Montesquieu conferiu ao vocabulário) é um atributo eminente, o único capaz de suprir a ausência do sufrágio eleitoral: é aquele prestígio público, fundado no amplo respeito moral, que na civilização romana denominava-se *auctoritas*; é a legitimidade pelo respeito e a confiança que os juízes inspiram no povo. Ora, essa característica particular dos magistrados, numa democracia, funda-se essencialmente na independência

Apesar disso, parcela da doutrina questiona a legitimidade democrática da jurisdição constitucional que, ao implementar os direitos fundamentais sociais, passa a atuar de forma a estabelecer políticas públicas, o que vai de encontro à lógica da clássica separação dos poderes, na medida em que, referidas funções estariam a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo, cujos representantes foram eleitos democraticamente.²⁴²⁻²⁴³

Esses são alguns problemas propiciados pelo processo de constitucionalização do direito. Para os fins deste trabalho, cumpre centrar a análise no que diz respeito à discricionariedade. Consoante destacado alhures, a vinculação do Poder Público à Constituição e, conseqüentemente, aos princípios lá encartados, ainda não é capaz de resolver a seguinte problemática: alta margem de liberdade conferida ao intérprete na aplicação/interpretação dos princípios, tendo em vista seu alto grau de indeterminação. Dessa feita, antes de apontar algumas contribuições para a minimização desse problema, a partir dos aportes da hermenêutica filosófica, impõe-se uma última ressalva, qual seja a de que a discricionariedade administrativa não decorre de conceitos jurídicos indeterminados.

e na responsabilidade com que o órgão estatal em seu conjunto, e os agentes públicos individualmente considerados, exercem as funções políticas que a Constituição, como manifestação original de vontade do povo soberano, lhes atribui”. COMPARATO, Fábio Konder. **O poder judiciário no regime democrático**. Estudos avançados. São Paulo, v. 51, n. 18, 2004, p. 151.

²⁴² Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA destaca essa problemática, ao aduzir que: “Uma das principais objeções à concretização dos direitos sociais prestacionais pelo Judiciário diz respeito justamente à legitimidade democrática, ou seja, uma vez que a concretização de direitos sociais ‘implicaria a tomada de opções políticas em cenários de escassez de recursos’, por conseqüência, sua concretização pelo Judiciário implicaria tomada de decisões, estabelecimento de prioridades e implementação de políticas públicas por parte deste Poder, o que contraria a lógica clássica da separação de poderes, segundo a qual referidas tarefas competiriam ao Legislativo e ao Executivo que, por terem sido eleitos, representariam melhor a vontade da maioria e, por conseguinte, o princípio democrático”. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional, Direitos Fundamentais e Democracia*. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coord.). **Direitos Fundamentais e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 277.

²⁴³ Conforme assevera Gustavo BINENBOJM, esses princípios podem ser antagônicos, na medida em que “o irrestrito poder da maioria poderia subverter as regras jurídicas que disciplinam o seu exercício e vulnerar o conteúdo essencial daqueles direitos; por outro lado, a **crystalização** de determinados princípios jurídicos, elevados à condição de paradigmas do Direito, poderia acarretar uma indesejável **asfixia** da vontade popular”. (grifos no original) BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 48.

2.5. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: DIFERENÇAS E APROXIMAÇÕES.

Conforme destacado, a interpretação/aplicação expressa um juízo de juridicidade, e a discricionariedade administrativa, mesmo que vinculada à referida juridicidade, manifesta um juízo de oportunidade e conveniência.

É corolário dessa distinção a idéia de que a discricionariedade não decorre de conceitos jurídicos indeterminados.²⁴⁴ Ao revés, caberá à interpretação jurídica a atribuição de sentido aos referidos “conceitos”. A questão, porém, encontra grande divergência doutrinária.

Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles “cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”.²⁴⁵ Não raro a lei faz referência a expressões como “interesse público”, “urgência”, “relevância”, que apresentam elevado grau de fluidez.

Considerando que tais termos não expressam um sentido preciso e objetivo, exigindo uma atuação do intérprete para preencher seu conteúdo, surge a seguinte questão: o conceito jurídico indeterminado sempre leva à discricionariedade?

Para responder a tal indagação formaram-se duas correntes doutrinárias, da multivalência e da univocidade²⁴⁶. A primeira, que deita raízes em BERNATZIK, defende que “na interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados são possíveis várias decisões certas (poder discricionário)”, ao passo que a segunda, com fundamento na doutrina de TEZNER, sustenta que na interpretação e aplicação desses conceitos só é possível vislumbrar uma única solução correta, inexistindo discricionariedade.²⁴⁷

²⁴⁴ Adotamos essa terminologia por ser corrente na doutrina, sem olvidar, porém, das acertadas críticas tecidas por Eros Roberto GRAU: “É que a **indeterminação** a que nos referimos, na hipótese, **não é dos conceitos jurídicos** (idéias universais), **mas de suas expressões (termos)**; logo, mais adequado será referimo-nos a **termos indeterminados de conceitos**, e não a **conceitos (jurídicos ou não)** indeterminados”. (grifos no original) GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 196.

²⁴⁵ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calousete Gulbekian, p. 173.

²⁴⁶ Sobre o tema, vide: Idem.

²⁴⁷ Idem. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO sintetiza a concepção dessas duas correntes: “no que diz respeito aos conceitos jurídicos indeterminados, ainda há muita polêmica, podendo-se falar de duas grandes correntes: a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à

A corrente da multivalência, portanto, acaba ampliando o conceito de discricionariedade, que abarca não apenas as hipóteses em que o ordenamento jurídico confere ao administrador público margem de liberdade para aferir a oportunidade e conveniência de determinada atuação, mas também às situações em que a norma adota conceitos vagos e imprecisos. Nessa última situação, assistiria ao agente certa liberdade para adequação do sentido do termo indeterminado.²⁴⁸

Sob outro prisma, partindo do pressuposto de que a conformação dos conceitos jurídicos indeterminados só ocorre em face do caso concreto, a doutrina alemã²⁴⁹ criou a teoria de que somente existiria uma única solução correta e justa em face de cada caso concreto, cuja aferição seria feita por meio de um processo cognitivo. Essa teoria fundamentou-se na tese de que o Estado de Direito, proclamado com o advento da Lei de Bonn em 1949, não permitia a discricionariedade administrativa na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, concepção que se justificava a época, porquanto a experiência nazista demonstrou o risco da inexistência de controle do Poder Executivo. Justamente para propiciar o controle pelo judiciário é que se reconheceu que a aplicação dos referidos conceitos indeterminados não decorria do poder discricionário, mas sim do processo interpretativo, este último passível de controle pelos tribunais.²⁵⁰

Administração, porque, diante deles, a Administração tem que fazer trabalho de interpretação que leve à única solução válida possível; e a dos que entendem que eles podem conferir discricionariedade à Administração, desde que se trate de conceitos de valor, que impliquem a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, afastada a discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções alternativas”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 209.

²⁴⁸ Conforme pondera Sérgio GUERRA, ao se referir a essa teoria, “abriu-se ao administrador público, indisputavelmente, pela própria lei, um espaço para alguma escolha determinativa de conceitos fluidos e abertos, pois as regras para sua adoção não apareciam delineadas em detalhes na norma, não obstante indicarem sua aplicação em determinados casos concretos”. GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 71.

²⁴⁹ Cesar Ciriano VELA discorre acerca do tema: “lo que sucede, en la realidad, es que las normas recurrem a la utilización de conceptos en mayor o menor medida vagos e indeterminados, en donde es preciso realizar una labor interpretativa por el órgano competente. Se trata de los llamados conceptos jurídicos indeterminados. E estos casos, hasta bien entrado este siglo se consideraba que eran conceptos discrecionales. Sin embargo, la doctrina alemana acuño varias décadas despúnes la teoría de los conceptos normativos indeterminados (*Umbesrimmterrechtsbegriffe*) que, a diferencia de lo que se consideraba hasta entonces, en su interpretación iban a dar lugar a uma única solución justa”. VELA, Cesar Ciriano. **Administración econômica y discrecionalidad**, pg. 127.

²⁵⁰ Cf. GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 147-148.

Essa teoria influenciou a doutrina espanhola, levando Eduardo GARCIA DE ENTERRÍA a defender que nos conceitos jurídicos indeterminados existe uma única solução justa, ao passo que a discricionariedade conduz a uma pluralidade de situações igualmente justas. Desta forma, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados ocorre por meio de uma atividade de cognição e não de volição.²⁵¹

Em posição diametralmente oposta, Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO reconhece que, em determinadas situações, a adoção pela norma de conceitos vagos induz à discricionariedade. Cumpre colacionar, em face da importância do raciocínio, as lições do aludido autor:

Seria equivocado supor que não se propõe questão de discricionariedade ante o tema dos conceitos vagos, *sub color* de que apreender-lhes o sentido é operação mental puramente **interpretativa** da lei, logo, ato de alçada do Judiciário, por ser mera **intelecção** da lei, algo, pois, absolutamente distinto do ato de **volição** (único que traduziria discricionariedade) consistente em fazer uma **opção administrativa de mérito, segundo critérios de conveniência e oportunidade**, por um dentre dois ou mais comportamentos igualmente desejados pela norma aplicanda. As premissas componentes do raciocínio certamente são verdadeiras, mas não postulam a conclusão extraída.

Deveras, a apreensão do significado dos conceitos imprecisos é, sem dúvida, um ato de intelecção e ao Judiciário assiste praticá-lo para interpretar a lei. As decisões de mérito são, indubitavelmente, atos volitivos, decididos segundo critérios de conveniência e oportunidade, que traduzem opção por um dentre dois ou mais comportamentos comportados pela norma a ser aplicada. Daí não se segue entretanto que só nesta segunda hipótese esteja a Administração a exercer atividade discricionária.

Com efeito, a circunstância de que um ato de intelecção e um ato de volição sejam realidades logicamente distintas – como, deveras, o são – não implica que necessariamente tenham, **em face do Direito**, ressonâncias diversas. *In casu*, não o têm.

Deveras, qual o préstimo jurídico, ou seja, para que serve a noção de discricionariedade, senão para referir as situações em que a Administração desfruta de uma certa **liberdade**, por força da qual o Judiciário não pode ir **além de certos limites**, tendo de reconhecer que no interior deles a atuação administrativa é incensurável e que **inexiste direito subjetivo** de terceiro oponível precedentemente contra o comportamento administrativo adotado? A serventia jurídica, a utilidade, da noção de discricionariedade é única e exclusivamente a de

²⁵¹ “(...) la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es el propio de quien ejercita una potestad discrecional”. ENTERRÍA, Eduardo García e. **Curso de derecho administrativo**. Tomo I. Madrid: Civitas, 1995, p. 447. Também nesse sentido, João Batista Machado: “a decisão tomada no exercício de um poder discricionário não pode confundir-se com a decisão tomada em aplicação de uma norma que exige preenchimento valorativo por utilizar conceitos indeterminados ou estar e elaborada na fórmula de cláusula geral”. MACHADO, João Batista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1991, p. 116.

rotular situações deste tipo. Ora, se tal ‘liberdade administrativa’ e conseqüentes ‘limites’ à correção judicial, tanto como ‘ausência de direito de terceiro’ ante a Administração, resultam quer do uso legal de conceitos vagos, quer da possibilidade de opções de mérito ensejadas pela lei, quer da concorrência destes fatores, está-se a ver que a **ressonância jurídica de ambos** (conceitos indeterminados e opções de mérito legalmente previstas) é **perfeitamente igual na esfera do Direito**.

(...)

Do que se expôs neste tópico resulta que a noção de discricionariedade **não se adscreeve apenas ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade – tema concernente ao mérito do ato administrativo**. Certamente o compreende, mas não se cinge a ele, pois também envolve o tema da inteligência dos conceitos vagos. Resulta, pois, que são incorretos – por insuficientes – os conceitos de discricionariedade que a caracterizam unicamente em função do tema do “mérito” do ato administrativo, isto é, da ‘conveniência ou da oportunidade do ato’.²⁵² (grifos no original)

Compartilha-se com a tese daqueles que distinguem a discricionariedade administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados.²⁵³ Com efeito, referidos conceitos apresentam grau elevado de fluidez em abstrato, dependendo do exercício

²⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit., p. 24-25; 28.

²⁵³ Almiro do COUTO E SILVA diferencia discricionariedade administrativa da atribuição de sentido aos conceitos jurídicos indeterminados a partir do controle exercido pelo Poder Judiciário: “15. Em conclusão, relativamente à diferença, quanto à sindicabilidade judicial, dos atos administrativos que aplicam conceitos jurídicos indeterminados e dos que envolvem exercício de poder discricionário é possível resumir tudo do seguinte modo: (a) - O exame judicial dos atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados não está sujeito a um limite *a priori* estabelecido na lei. O próprio julgador, no instante de decidir, é que verificará se há um limite, ou não, ao controle judicial. Haverá limite se, em face da complexidade do caso, da diversidade de opiniões e pareceres, não podendo ver com clareza qual a melhor solução, não lhe couber outra alternativa senão a de pronunciar um *non liquet*, deixando intocada a decisão administrativa. (b) - O exame judicial de atos administrativos que envolvem exercício de poder discricionário está, *a priori*, limitado pela lei, a qual fixou desde logo as linhas dentro das quais poderá a autoridade administrativa livremente tomar suas decisões. Dentro daquele espaço, qualquer uma delas será juridicamente incensurável e inexamínável pela autoridade judiciária. Notadamente no que respeita à avaliação de exames, na apreciação da correção de questões formuladas em provas, para a verificação de conhecimento, em situações assemelhadas a estas e ainda naquelas que envolvem, também, a avaliação de funcionários ou servidores públicos, encontram-se exemplos na jurisprudência, tanto nacional quanto estrangeira, de controle limitado da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, os quais, aliás, aparecem freqüentemente confundidos com poder discricionário. A limitação tem causa na existência de juízo altamente pessoal ou no entrelaçamento do ato administrativo com aspectos pedagógicos. 16. É de registrar-se, finalmente, que muitas vezes, na mesma norma jurídica há a conexão de conceito jurídico indeterminado com poder discricionário. Nisso não há nada de singular. O intérprete deverá separar os dois conceitos e tratá-los de acordo com os princípios e regras que lhe são peculiares”. Seguindo a linha adotada nesse trabalho, a distinção realizado pelo ilustre jurista é equivocada, pois desconsidera que, também no ato de interpretação do direito, não há total liberdade do intérprete, como se este atribuísse sentido aos enunciados normativos fundamentando apenas em sua consciência. Consoante será destacado no próximo capítulo, qualquer interpretação resulta da *applicatio*, que sempre leva em conta as antecipações de sentido propiciadas pelas pré-compreensões do intérprete, as quais decorrem de uma intersubjetividade e, por conta disso, não estão à sua disposição. SILVA, Almiro do Couto e. **Poder...**, p. 95-109.

interpretativo para a delimitação do seu sentido em face do caso concreto. Ainda que não se possa falar em **única** solução correta, já que a delimitação do conceito varia de acordo com o tempo, o espaço e as pré-compreensões do intérprete, o fato é que a atividade interpretativa deve estar voltada à consecução de um entendimento comum, aceito pelo meio social, expressando um juízo de juridicidade, que decorrerá da *applicatio*.²⁵⁴

Na discricionariedade administrativa, como visto, o agente público decide pautado em critérios de oportunidade e conveniência. Mesmo que nessa hipótese também não se vislumbre ampla liberdade, já que o agente sempre deverá motivar sua escolha, demonstrando a compatibilidade de decisão, essa análise é feita em face dos referidos juízos de oportunidade e conveniência, sendo diversa, portanto, da atuação do intérprete que almeja simplesmente conferir sentido objetivo a um termo indeterminado em abstrato.

Por conta disso, entende-se que a simples referência pelo enunciado normativo a conceitos jurídicos indeterminados não confere ao intérprete margem de discricção, na esteira da doutrina de Eros Roberto GRAU:

Penso assim, podermos apartar as duas técnicas na consideração dos juízos aos quais correspondem. No exercício da **discricionariedade** o sujeito cuida da emissão de **juízos de oportunidade**, na eleição entre **indiferentes jurídicos**; na aplicação de **conceitos indeterminados** (vale dizer, das **noções**) o sujeito cuida da emissão de **juízos de legalidade**. Por isso é que – e não porque o número de **soluções justas** varia de uma outra hipótese – são distintas as duas técnicas.²⁵⁵ (grifos no original)

Sobre o tema, cumpre colacionar também as lições de Paulo Ricardo SCHIER:

Todavia, é possível notar que, hodiernamente, tem-se buscado desvincular a discricionariedade dos conceitos jurídicos indeterminados. O legislador, constituinte ou constituído, pode se valer dos conceitos indeterminados para atribuir um campo de valoração discricionária; mas dos conceitos indeterminados não advém, sempre, obrigatoria e necessariamente, discricionariedade.

²⁵⁴ Sobre o tema, Rita TOURINHO destaca que “em se tratando de conceitos jurídicos indeterminados, obviamente que nem sempre o processo interpretativo da norma jurídica levará a uma solução indubitável. Casos existirão em que não se chegará a uma única posição. Porém, não se pode daí afirmar-se estar diante de um caso de discricionariedade”. TOURINHO, Rita. Op. cit., p. 91-160.

²⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 204-205.

Isto porque a lógica da discricionariedade, leciona Eros Roberto Grau, permite uma pluralidade de soluções justas ou, em outros termos, pressupõe a opção entre alternativas que são igualmente válidas desde a perspectiva do Direito. É essencialmente uma margem de liberdade de eleição que permite recurso a critérios extrajurídicos (de oportunidade, conveniência, economicidade etc.).

Em relação aos conceitos jurídicos indeterminados, que compreendem conceitos de experiência ou valor, de acordo com Eduardo García de Enterría, não existe uma pluralidade de opções legítimas no momento da aplicação, pois eles só permitem uma **unidade de solução** em cada caso. Só há uma decisão aceitável, a mais justa, a ótima, a mais razoável, como lembra Afonso Queiró.

(...)

Se é certo que os conceitos jurídicos indeterminados admitirão, perante o caso concreto, apenas uma solução, esta conclusão não se presta para **facilitar** a atividade do intérprete. Os problemas emergem em cada situação específica posta ao aplicador da norma.

(...)

Ou seja, em outras palavras, se há campos de certeza positiva e negativa em relação aos conceitos jurídicos indeterminados, lembra Genaro Carrió, não se pode olvidar que os problemas sempre se colocam na deparação do intérprete com uma enorme zona cinzenta.

(...)

Com isso percebe-se que os conceitos jurídicos indeterminados, em larga medida, podem criar uma situação de segurança jurídica no momento de aplicação, o que determina a necessidade de certo controle a partir de padrões jurídicos ou *standards* constitucionais tais como a razoabilidade e a proporcionalidade, por exemplo, como propõe Celso Luiz Moresco.²⁵⁶ (grifos no original)

Seguindo essa linha de raciocínio, não sendo a interpretação desses conceitos vagos manifestação do poder discricionário, é perfeitamente crível o controle do processo interpretativo pelo Poder Judiciário.²⁵⁷⁻²⁵⁸ Se mesmo nas hipóteses de

²⁵⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. **Comissões parlamentares de inquérito e o conceito de fato determinado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 151-154.

²⁵⁷ Nessa linha é a tese desenvolvida por Eduardo Garcia de ENTERRÍA: “Siempre que sea posible ofrecer al Tribunal una crítica seria y fundada de la decisión administrativa en causa desde la perspectiva de un concepto jurídico indeterminado, explícito o implícito en la Ley (en último extremo, el interés público, de tan amplio ‘halo’), será jurídicamente posible que el Tribunal revise la apreciación del concepto realizada por la Administración en su función interpretativa y aplicativa de la Ley”. ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNANDEZ, Tomaz Ramon. **Curso de...**, p. 450.

²⁵⁸ “A indeterminação lingüística não deve representar para o operador jurídico um aspecto negativo do Direito, mas o aumento substancial das possibilidades hermenêuticas. Daí ser fundamental (re)significar a importância do Poder Judiciário ou o protagonismo judicial na atualidade. (...) O controle jurisdicional dos termos indeterminados, portanto, deve ser examinado sempre sob esta perspectiva de entender o Poder Judiciário como necessário garantidor da democracia, não o único, por óbvio, mas como um dos poderes de Estado responsáveis por tal desiderato. De outra banda, faz-se mister que os juízes percebam que há necessidade de avançar sobre a forma de encarar a hermenêutica jurídica. No Estado de Direito de cunho liberal, havia uma preocupação estrita em garantir as liberdades dos cidadãos, sendo que a hermenêutica tinha uma **orientação de bloqueio**, fulcrada na legalidade. No entanto, há de ser considerada a passagem para o Estado Social, ou *Welfare State*, havendo necessidade de serem criadas novas categorias cognitivas por parte do intérprete, caminhando-se para a chamada hermenêutica de **legitimação das aspirações sociais**, conforme referido anteriormente. (...) Aliás, Enterría coloca com propriedade, o caráter imperioso de um reforço

discricionariedade entende-se cabível o controle do demérito do ato administrativo, também a atividade hermenêutica deverá passar por esse crivo, no intuito de aferir a conformidade da solução adotada com o ordenamento jurídico vigente.

Em que pese as diferenças, o fato é que tanto no exercício da discricionariedade, quanto na interpretação do direito, não tem o intérprete liberdade para escolher qualquer opção, dentre aquelas contempladas em abstrato pelo enunciado normativo. Impõe-se uma leitura hermenêutica que possa demonstrar a solução adequada para o caso concreto, à luz do sistema constitucional.²⁵⁹ O importante é que reste atestado, por meio de escorreita motivação, que a resposta é correta-adequada-à-Constituição²⁶⁰. Aqui reside a semelhança entre os dois institutos.

Independentemente da tese adotada em relação aos conceitos jurídicos indeterminados (se podem ou não ensejar a discricionariedade), o fato é que, para sua delimitação, é imprescindível a atuação do intérprete. Este, a depender de suas pré-compreensões e das características do caso concreto, pode apresentar solução diversa daquela que seria adotada por outro intérprete, inserido em outras circunstâncias.

Sendo assim, em qualquer hipótese – discricionariedade propriamente dita, proveniente do juízo de oportunidade ou conveniência ou margem de liberdade em

dos controles sobre a Administração Pública, mencionando que a situação atual da democracia impõe este reforço, havendo uma crescente tendência de reduzir, por exemplo, as margens de discricionariedade, consubstanciando-se em uma forma de privilegiar o primado do Direito. O aumento do controle dos termos indeterminados, de outra banda, pode ser tido como uma imposição do fato de a Administração Pública estar submetida a toda uma gama de princípios (art. 37 da CF) e de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão poderá ser afastada do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, CF), elementos estes indispensáveis para a construção de um Estado Democrático de Direito (artigo 1º da Carta da República). OHLWEILLER, Leonel. **Direito administrativo em perspectiva**: os termos indeterminados à luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 121-122.

²⁵⁹ “O intérprete de um termo indeterminado irá compreendê-lo através de interrogações sobre o texto, levando em consideração os seus significados potenciais, implementado-se uma mediação entre a história e o presente, quer dizer, ‘**o jurista deve trazer para cá algo que está distante no tempo, porém que condiciona o presente ou pretende influir nele**’. Este entendimento hermenêutico pode, sem dúvida, contribuir para uma aplicação mais crítica do Direito e possibilitar a realização das potencialidades significativas da norma, deixando de entender a teoria dos termos indeterminados como algo reduzido a suas expressões lingüísticas e formais, inserindo a referência aos fatos sociais, vislumbrando-se os textos normativos como algo incompleto, dependente da experiência humana. Só assim será possível estabelecer a aplicação como um diálogo incessante, realizado de forma dialética e apto para criar um terreno histórico e político de transformação social”. Ibidem, p. 106-109.

²⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **A crise ...**, p. 220.

face da interpretação de conceitos vagos – o papel do agente é fundamental na solução do caso concreto.

Não se olvide que, com a derrocada do positivismo jurídico e o advento da constitucionalização do direito, tanto a discricionariedade administrativa quanto a judicial deixaram de ser expressão da mera interpretação/aplicação da lei para consubstanciarem decisões pautadas no sistema constitucional, composto por regras e princípios.²⁶¹ Essa mudança paradigmática, em que pese propiciar a vinculação do direito com a justiça, acabou por tornar o problema pertinente ao controle dos atos jurisdicionais e administrativos mais complexo.

Nesse viés, a doutrina tem se debruçado no estudo pertinente ao controle da discricionariedade judicial (interpretação do direito), destacando-se os avanços propiciados pela hermenêutica filosófica.

É precisamente esse o propósito do presente trabalho, ou seja, demonstrar que, após o processo de constitucionalização do direito, a discricionariedade administrativa, assim como o processo interpretativo, encontra-se limitada aos princípios e regras que

²⁶¹ Sobre o tema, novamente convém colacionar doutrina de Leonel OHLWEILER: “Dentro desta perspectiva hermenêutica de controle jurisdicional dos termos indeterminados, pode ser apontado como importante elemento interrogativo, necessário para ensejar a atividade da pergunta, propiciando, assim, uma fusão de horizontes, o **princípio democrático**, segundo o qual os intérpretes dos signos jurídico-administrativos devem desenvolver uma atividade **‘transformadora, conformadora e planificadora das estruturas socioeconômicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática’**, o que possibilita seja o Direito Administrativo vislumbrado como instrumento de transformação social. Outrossim, tal *topos* argumentativo determina a assunção, por parte do operador do Direito, de uma postura mais constitutiva e concretizadora dos ditames constitucionais, impondo-lhe sejam postos como elementos discursivos, por exemplo, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, CF), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a redução das desigualdades sociais, como objetivos fundamentais a serem perseguidos (artigo 3º, incisos I e III, CF). A obrigatoriedade de dar eficácia aos direitos fundamentais, igualmente, representa importante elemento para que o jurista possa desenvolver uma atividade dialógica de controle hermenêutico dos termos jurídicos, constituindo-se em um limitador – e ao mesmo tempo uma estrutura constitutiva – do processo de produção de sentido. No entanto, se no desenvolvimento desta atividade de pergunta, de reflexão significativa, os princípios podem adquirir capital importância, na medida em que passem a figurar como elementos informadores do Direito Administrativo e, por sua vez, da própria atividade administrativa, é claro que eles não podem ser tomados como verdadeiros axiomas, pois devem ser inseridos em uma visão problemática do direito, o que permite, por vezes, serem limitados ou modificados. De qualquer sorte, os princípios são dotados do que comumente se chama de **força normativa**, exercendo um influxo nas decisões jurídicas, de cunho positivo, no sentido de estruturação significativa do processo hermenêutico, bem como sob uma perspectiva negativa, excluindo a possibilidade discursiva de utilização de valores contrapostos”. (grifos no original) OHLWEILER, Leonel. **Direito administrativo...**, p. 136.

compõem o sistema constitucional. Esse raciocínio, porém, dependendo do marco teórico adotado, acaba por alargar a margem de liberdade do agente público, em face da “textura aberta” dos princípios. A hermenêutica filosófica surge justamente com o escopo de restringir tal liberdade, apontando determinados parâmetros ao intérprete no sentido de contribuir para a “descoberta”, não mais de forma solipsista, da solução para o caso concreto.

3. CONTRIBUIÇÕES DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA PARA O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

3.1. A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DA CONSCIÊNCIA A PARTIR DOS APORTES DE MARTIN HEIDEGGER.

3.1.1. Fundamentos Teóricos para o Giro Lingüístico

A concepção de discricionariedade administrativa deve ser entendida a partir da alteração paradigmática ocorrida no campo da filosofia (da consciência²⁶² para a linguagem), o que importou a superação da dicotomia sujeito-objeto²⁶³ pela relação sujeito-sujeito.²⁶⁴

²⁶² Sobre o paradigma da consciência, disserta Celso Luiz LUDWIG: “a partir da filosofia moderna, o pensar assume perspectiva antropocêntrica. Inicialmente, com Descartes, a Razão pura passa a ser o fundamento de explicação e compreensão da realidade. Esta passa a ser investigada, tendo o homem como centro de tudo. Não se trata, porém, inicialmente, do homem em suas diversas dimensões constitutivas. Ao contrário, o antropocentrismo moderno inicial funda a subjetividade caracterizada como consciência: **‘Penso, logo existo’**. A subjetividade é fundante e fundamental. Ocorre uma transformação na forma de pensar. Trata-se de uma nova maneira de pensar a realidade. Uma nova perspectiva na abordagem do fundamento que repercute sobre os diversos componentes e aspectos da realidade”. Em outra passagem de sua obra, o professor esclarece a repercussão desse paradigma para o direito: “Diante da nova postura metodológica, fundada na e pela filosofia da **consciência**, o método da ciência do direito passará a ser a **demonstração**, substituindo a **interpretação** e a complementação dos textos. (...) Justifica acrescentar, ainda, que em consequência da nova atitude tomada, os jusnaturalistas definem a nova função dos juristas, não mais interpretar as regras já dadas, mas descobrir as regras universais da conduta”. (grifos no original) LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 21; 86.

²⁶³ Alysson Leandro MASCARO destaca a superação da relação sujeito-objeto operada por Martin HEIDEGGER: “o mais importante caminho para descobrir o que é ser é, em Heidegger, a compreensão existencial. Trata-se de uma forma de avanço da superação da dicotomia sujeito-objeto. Tal dicotomia, claramente presente nos modernos, como em Kant, esteve também, é preciso dizer, no próprio Edmund Husserl, professor de Heidegger e postulador da fenomenologia como método. (...) Já em Heidegger, o *Dasein* é o ser que compreende a existência, mas não de fora dela, e sim perfilhando-a, porque se trata, fundamentalmente, do ser que se compreende. Não é uma idéia que se põe como duplo da realidade que dará base ao conhecimento. É a própria existência que se põe a conhecer. O caminho da compreensão se faz exatamente caminhando. (...) A compreensão existencial, em Heidegger, não é uma vista do sujeito para o mundo, tomado como objeto. Trata-se de uma apreensão a partir do comum: é o mergulho no todo existencial que constrói tal saber, que é resultante da própria caminhada feita. MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 381-382.

²⁶⁴ Como bem assinala STRECK, o direito não está ‘blindado’ às alterações paradigmáticas ocorridas no campo filosófico: “Essa alteração (giro lingüístico ontológico) radical na estrutura do pensamento proporcionou a ruptura com os paradigmas objetivistas e subjetivistas. Esta autêntica

Com efeito, o pensamento moderno estava assentado no paradigma da filosofia da consciência, no qual a razão ocupava lugar de fundamentação e legitimação para qualquer possibilidade de conhecimento.

Referido paradigma, ao defender que o sujeito cognoscente, por meio da razão, é capaz de extrair a verdade ao contemplar o objeto, fundamentou o pensamento positivista e legitimou o mito da neutralidade e verdade da ciência.²⁶⁵

Ademais, esse paradigma acabou por sustentar a utilização no direito do método lógico-dedutivo e da teoria mecanicista de interpretação, segundo a qual o intérprete, de forma objetiva, neutra e imparcial, conseguiria extrair do texto normativo o seu exato conteúdo, especialmente nos primórdios da escola da exegese.²⁶⁶

‘revolução copernicana’ não foi apenas relevante para o direito, mas para a totalidade da estrutura do pensamento da humanidade. A partir daí, já não se fala em *fundamentum inconcussum*, e sim no compreender e nas suas condições de possibilidade; enfim, salta-se da epistemologia para a ontologia (ontologia fundamental). A pergunta que se faz aos críticos da ‘utilização’ de Heidegger e Gadamer no direito – que vêm principalmente do campo filosófico – é: **por que o direito estaria ‘blindado’ às influências dessa revolução paradigmática?** Aliás, talvez por assim se pensar é que o direito continua até hoje refém, de um lado, do objetivismo (metafísica clássica) e, de outro, do solipsismo próprio da filosofia da consciência (metafísica moderna). Ou seria possível conceber o direito isolado das transformações ocorridas na filosofia (da linguagem)? (...) Portanto, o que venho procurando sustentar é que, a assim denominada ‘viragem hermenêutico-ontológica’, provocada por *Sein und Zeit* (1927) de Martin Heidegger, e a publicação, anos depois, de *Wahrheit und Methode* (1960), por Hans-Georg Gadamer, foram fundamentais para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica. Ela não escapou dessa viravolta. Assim, a partir da *ontologische wendung*, inicia-se o processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivista aristotélico-tomista e subjetividade (filosofia da consciência), os quais, de um modo ou de outro, até hoje têm sustentado as teses exegético-dedutivistas-substantivas dominantes naquilo que vem sendo denominado de hermenêutica jurídica. Embora o ceticismo de alguns, é impossível negar as conseqüências dessa revolucionária viragem lingüístico-ontológica para a interpretação do direito. Está-se a tratar de uma ruptura paradigmática que supera séculos de domínio do esquema sujeito-objeto. Afinal, de terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto, a linguagem passa a condição de possibilidade. E, para além dos objetivismos e subjetivismos, **a hermenêutica filosófica abre um novo espaço para a compreensão do direito** e tudo o que representa a revolução copernicana proporcionada pelo novo constitucionalismo. Em outras palavras, essa segunda revolução é condição de possibilidade para o acontecer da primeira”. (grifos no original) STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica...**, p. 332-334.

²⁶⁵ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica ...**, p. 51-52.

²⁶⁶ Conforme pondera Lenio Luiz STRECK, é essa concepção que ainda hoje predomina entre os juristas. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica...**, p. 77-79. Nessa linha é a posição de MARRAFON: “A metodologia lógico-dedutiva do positivismo formalista exige que se possa extrair da norma a verdade única, justamente porque ela é tratada como um axioma que funciona como ponto de partida para dedução. Tal concepção resulta na acima citada teoria mecanicista da interpretação do direito, a qual surge no contexto do paradigma da filosofia da consciência como uma crença na possibilidade de uma interpretação neutra, objetiva e imparcial, que pudesse extrair do texto legal seu exato e real sentido. (...) Acredita o citado jurista (Maximiliano) que era possível ao intérprete se

Havia a crença, portanto, de que o sujeito teria condições de deixar de lado suas pré-compreensões, seus valores e paixões, para, de forma acrítica, extrair o verdadeiro sentido normativo.²⁶⁷

Não se pode olvidar, na esteira de STRECK²⁶⁸, que ainda predomina na doutrina e na jurisprudência²⁶⁹ a idéia de que a interpretação tem por escopo alcançar a ‘vontade da norma’, o ‘espírito do legislador’, ‘retirar da norma tudo o que nela contém’, concepção ainda atrelada ao paradigma da filosofia da consciência e, conseqüentemente, à relação sujeito-objeto, segundo a qual o sujeito, de forma solipsista, domina os objetos.²⁷⁰

Com a virada lingüística, e a constatação de que a linguagem não é apenas um terceiro elemento entre sujeito e objeto²⁷¹, mas sim fundamento de todo o pensar, na

despojar de suas paixões, crenças, valores e significados de mundo através da autocrítica e da autofiscalização, evitando, assim, viciar a interpretação”. MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica ...**, p. 51-52.

²⁶⁷ Ademais, essa crença é bem explicitada por Carlos MAXIMILIANO: “deve o intérprete, acima de tudo, desconfiar de si, pesar bem as razões pró e contra, e verificar, esmeradamente, se é a verdadeira justiça ou se são idéias preconcebidas que o inclinam neste ou naquele sentido. ‘Conhece-te a ti mesmo’- preceituava o filósofo ateniense. Pode-se repetir o conselho, porém, completado assim: - ‘e desconfia de ti, quando for mister compreender e aplicar o Direito’. Esteja vigilante o magistrado, a fim de não sobrepor, sem o perceber, de boa fé, o seu parecer pessoal à consciência jurídica da coletividade; inspira-se no amor e zelo pela justiça e ‘soerga o espírito até uma atmosfera serena onde o não ofusquem as nuvens das paixões’”. MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit., p. 31.

²⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **A crise...**, p. 215.

²⁶⁹ Essa crença que ainda está presente nos manuais de direito e em algumas jurisprudências, sob a influência da escola da exegese, já há muito foi superada por outros autores também positivistas, a exemplo de KELSEN e HART. Dessa feita, não é possível generalizar tal afirmação, como decorrência de qualquer postura positivista. De qualquer sorte, o que importa, para os limites deste trabalho, é a constatação de que parcela da doutrina ainda vislumbra que a interpretação tem por escopo extrair a verdade da norma, como se aquela estivesse contida nesta.

²⁷⁰ “Por outro lado, 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 bem 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-sujeito. Ou seja, **no interior do sentido comum teórico dos juristas, consciente ou inconscientemente, o horizonte a partir de onde se pode e deve pensar a linguagem ainda é o do sujeito isolado (ou da consciência do indivíduo) – que tem diante de si o mundo dos objetos e dos outros sujeitos –, característica principal e ponto de referência de toda a filosofia moderna da subjetividade.** (...) Essa separação sujeito-objeto – tão bem denunciada por Gadamer – busca proporcionar a que o sujeito, de forma objetiva, possa ‘contemplar o objeto’”. (grifos no original) STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica...**, p. 57-58.

²⁷¹ Sobre o tema, GADAMER conclui que: “a linguagem não é um dos meios pelos quais a consciência se comunica com o mundo. Não representa um terceiro instrumento, ao lado do signo e da

medida em que é pela linguagem, e somente por meio dela, que o sujeito tem acesso ao mundo²⁷², opera-se uma mudança paradigmática na forma de se compreender o direto. Indispensável, portanto, analisar as principais contribuições de Martin HEIDEGGER, porquanto este filósofo lançou os fundamentos para a superação do paradigma da consciência.²⁷³

Em sua obra, *Ser e Tempo*²⁷⁴, HEIDEGGER parte de uma concepção fenomenológica existencialista ao analisar o conceito de “ser”.²⁷⁵ Com efeito,

ferramenta – embora esses dois certamente façam parte da caracterização essencial do homem. A linguagem não é nenhum instrumento, nenhuma ferramenta. Pois uma das características essenciais do instrumento é dominarmos o seu uso, e isso significa que lançamos mão e nos desfazemos dele assim que prestou o seu serviço. Não acontece o mesmo quando pronunciamos as palavras disponíveis de um idioma e depois de utilizados deixamos que retornem ao vocabulário comum de que dispomos. Esse tipo de analogia é falso porque jamais nos encontramos como consciência diante do mundo para um estado desprovido de linguagem lançarmos mão do instrumental do entendimento. Pelo contrário, em todo conhecimento de nós mesmo e do mundo, sempre fomos tomados pela nossa própria linguagem. É aprendendo a falar que crescemos, conhecemos o mundo, conhecemos as pessoas e por fim conhecemos a nós próprios. Aprender a falar não significa ser introduzido na arte de designar o mundo que nos é familiar e conhecido pelo uso de um instrumentário já dado, mas conquistar a familiaridade e o conhecimento do próprio mundo, assim como ele se nos apresenta”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 176.

²⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica...**, p. 202. No mesmo sentido, vide: STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 15-16.

²⁷³ Conforme destacado por STEIN: “Com as suas teses de *Ser e Tempo*: tese do ‘sentido do ser’, tese do ‘estar-aí que compreende o ser’, tese do ‘ser no mundo’, tese do ‘cuidado’, tese da temporalidade (morte) e tese da temporalidade ecstática (tempo humano não é linear, objetivável), são lançadas as bases para a superação das teorias da consciência e da representação, estas sempre em busca da fundamentação última na subjetividade”. STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “ser e tempo”**. 3. Ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 16.

²⁷⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução revisada e apresentação de Marcia Sá Cavalcanti Schuback. 4. Ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

²⁷⁵ Vejamos o conceito de fenomenologia proposto pelo filósofo: “Fenomenologia diz, então: (...) deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo. É este o sentido formal da pesquisa que traz o nome de fenomenologia. Com isso, porém, não se faz outra coisa do que exprimir a máxima formulada anteriormente – ‘para as coisas elas mesmas’! (...) A palavra se refere exclusivamente ao modo **como** se demonstra e se trata **o que** nesta ciência deve ser tratado. Ciência ‘dos’ fenômenos significa: apreender os objetos **de tal maneira** que se deve tratar de tudo que está em discussão, numa demonstração e procedimento diretos. (...) O que será que a fenomenologia deve ‘deixar e fazer ver’? (...) Justo o que **não** se mostra numa primeira aproximação e na maioria das vezes, mantendo-se **velado** frente ao que se mostra numa primeira aproximação e na maioria das vezes mas que, ao mesmo tempo, pertence essencialmente ao que se mostra numa primeira aproximação e na maioria das vezes a ponto de constituir o seu sentido e fundamento. No entanto, como se mostrou nas considerações precedentes, o que, num sentido extraordinário, se mantém **velado** ou volta novamente a **encobrir-se** ou ainda só se mostra **‘distorcido’** não é este ou aquele ente, mas o **ser** dos entes. (...) A fenomenologia é a via de acesso e o modo de comprovação para se determinar o que deve constituir tema da ontologia. **Ontologia só é possível como fenomenologia**. O conceito fenomenológico de fenômeno propõe, como o que se mostra, o ser dos entes, o seu sentido, suas

enquanto a filosofia medieval e moderna fundamentava-se numa metafísica que compreendia a realidade e os fenômenos a partir de um conceito idealizado, a exemplo de Deus e da razão universal, o filósofo alemão propõe uma metafísica que passa a ser ontológica fundamental, baseada na diferença entre ser e ente.²⁷⁶

Na busca pelo sentido de “ser”²⁷⁷, HEIDEGGER o conceitua como existencial²⁷⁸ (*Dasein*, ser-aí, presença), como situação existencial circunstanciada na própria realidade, na medida em que a existência nunca é um dado isolado do restante do mundo. Ao contrário, o lugar, o tempo, as condicionantes históricas, culturais, espirituais estão sempre integrados no ser. Por conta disso é que o filósofo o denomina de ser-aí, ou seja, enquanto ser que se manifesta e se compreende situacionalmente.²⁷⁹

Encontra-se no ser-aí a facticidade, que se depara com o enigma do ser-aí humano que foi jogado ao mundo sem ter sido questionado, tendo que interpretar a si mesmo, projetar-se a si mesmo a partir das possibilidades daquilo que vem ao seu encontro. A facticidade hermenêutica – a auto-interpretação do ser-aí – dá conta de que ele sempre se projeta para o seu futuro e, assim, percebe sua finitude. Por isso é que, segundo o autor, o ser no aí é ser-aí entre duas obscuridades: a procedência e o futuro.²⁸⁰

modificações e derivados. Pois, o mostrar-se não é um mostrar-se qualquer e, muito menos, uma manifestação. O ser dos entes nunca pode ser uma coisa ‘atrás’ da qual esteja outra coisa ‘que não se manifesta’”. (grifos no original) HEIDEGGER, Martin. Op. cit. p. 74.

²⁷⁶ MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit., p. 378.

²⁷⁷ Cumpre destacar que “ser” não se confunde com ente, conforme explicitado por Gadamer, ao analisar a obra de Heidegger: “Quando Heidegger fala mais tarde sobre a ‘diferença ontológica’, o que ele tem em vista é aquilo que ainda se acha inexpresso nessa primeira formulação. O que ele tem por meta com essa expressão é a diferença do ser em relação a todo o ente. É extremamente obscuro o que isso deve significar. Nenhum homem sabe no fundo o que o conceito “o ser” designa, e, apesar disso, nós todos temos uma primeira pré-compreensão ao ouvirmos a palavra ‘ser’ e compreendermos que aqui o ser, que cabe a todo o ente, é elevado desde então ao nível do conceito. Com isso, ele é diferenciado de todo ente. (...) Os expertos no segundo Heidegger sabem há muito tempo que a diferença não é algo feito por alguém, mas que somos colocados nessa diferenciação, nessa diferença. ‘Ser’ mostra-se ‘no’ ente e nisso já reside a questão sobre o que significa o fato de o ente de ‘dar’. (...) Portanto, a diferença não é algo que se faça, mas algo que se apresenta aí, que se abre como um abismo. Algo se afasta. Um despontar tem lugar”. GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica...**, p. 92-93.

²⁷⁸ HEIDEGGER, Martin. Op. cit., p. 48-49.

²⁷⁹ MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit., p. 379.

²⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica...**, p. 98-99.

Ademais, importa frisar que no homem o “aí” tende a um constante encobrimento, sendo tarefa da hermenêutica propriamente descobrir e liberar (desvelar) tudo aquilo que se quer compreender. Conforme explica GADAMER, ao interpretar a obra de HEIDEGGER:

“O que significa a expressão ‘isso está aí’? Trata-se do segredo do aí, não daquilo que é aí, mas do fato de o ‘aí’ ser. Isso não visa à existência do homem, tal como na expressão sobre a ‘luta da existência’, mas ao fato de no homem o aí se descortinar e permanecer ao mesmo tempo velado em toda abertura.

Em discussões muito conhecidas acerca do conceito de *aletheia*, Heidegger tematizou as duas coisas como desvelamento e encobrimento. É a tendência de encobrimento do ser-aí que apresenta em particular a tarefa da hermenêutica. Ela precisa descobrir e liberar tudo aquilo com o que o querer compreender se depara. (...) Trata-se de desconstrução para liberação. A destruição volta-se contra o encobrimento e empreende a liberação daquilo que estava encoberto. No entanto, o encobrimento acontece em toda auto-interpretação do ser-aí. Todo ser-aí compreende-se a partir de seu mundo circundante e de sua vida cotidiana, articulando-se na forma lingüística em que se movimenta. Nessa medida, sempre há encobrimientos por toda parte – e sempre há também destruição de encobrimientos”.²⁸¹

HEIDEGGER afirma que é o “ser”²⁸² que determina o ente como ente²⁸³, o que significa dizer que o mundo e seus objetos existem independentes da vontade do

²⁸¹ Ibidem, p. 99-100.

²⁸² “Tal como no caso do **entendimento**, Heidegger define **ser** de um modo diferente da maioria dos outros filósofos. Tradicionalmente, os filósofos definiram o **ser** de um ente como o ser fundamental ou substância, aquilo que lança as **fundações** para a coisa. Platão denominou este fundamento como a forma eterna das coisas; Aristóteles, como a sua substância; os teólogos medievais, como o seu criador. Recusando conceber o conceito de **ser** como uma espécie de ente superior, um fundamento eterno, base, causa ou origem das coisas, Heidegger argumentou que para algo **ser** significa revelar-se ou apresentar-se. Por forma a que esta presença (Anwesen) ou automanifestação ocorra é necessária uma clareira, uma abertura, um vazio, um nada, uma ausência (Anwesen). A existência humana constitui a abertura necessária para que a presença (ser) dos entes tenha lugar. Quando se dá esta presença através da abertura que sou, deparo-me com um ente **enquanto** um ente; ou seja, **entendo** o que é. Heidegger usa o termo *Dasein* para denominar esta receptividade peculiar da existência humana para o ser (automanifestação) dos entes. Em alemão, *da* significa **aqui** ou **aí**, enquanto *sein* corresponde ao verbo **ser**. Assim, *Dasein* significa o local onde o ser ocorre, a abertura na qual a presença ocorre. Para Heidegger, nem a temporalidade (ausência, nada), nem o ser (presença, automanifestação) são um ente. São condições necessárias para que os entes surjam enquanto tal. Nunca **vemos** o tempo ou **tocamos** a presença das coisas, vemos e tocamos *as coisas* que se manifestam ou se apresentam. Zimmerman, Michel E. Heidegger, budismo e ecologia profunda. (grifos no original) *Apud* STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica...**, p. 198-199, nota de rodapé nº 338.

²⁸³ Nesse sentido, cumpre colacionar as precisas lições de HEIDEGGER: “O **questionado** da questão a ser elaborada é o ser, o que determina o ente como ente, o em vista de que o ente já está sempre sendo compreendido, em qualquer discussão”. (grifos no original) HEIDEGGER, Martin. Op. cit., p. 41.

sujeito, porém, eles só ganham sentido na medida em que o sujeito deles tem conhecimento.²⁸⁴

Portanto, ainda que o mundo e seus objetos existam (como entes simplesmente dados²⁸⁵), eles só são compreendidos quando passam a integrar um conjunto de sentidos que o *Dasein* (ser-aí, presença) já dispõe.²⁸⁶ *Dasein* – traduzido na obra de HEIDEGGER pelo termo presença²⁸⁷ – é entendido como o “ente que cada um de nós mesmo sempre somos e que, entre outras coisas, possui em seu ser a possibilidade de questionar”.²⁸⁸⁻²⁸⁹

Dessa feita, HEIDEGGER aponta como características fundamentais da presença o fato de ser “ser sempre minha” e de ser constituída pelo “ser-no-mundo”²⁹⁰, conforme se infere da seguinte passagem da sua obra:

²⁸⁴ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica...**, p. 148.

²⁸⁵ Cumpre informar que o autor utiliza a expressão ‘ser simplesmente dado’ para designar essa existência do mundo e dos objetos independentemente do homem, ou seja, antes do sentido atribuído a partir da condição de mundo da presença. Em nota explicativa, a tradutora esclarece o conceito de ser simplesmente dado, nos seguintes termos: “(N8) Ser simplesmente dado = Vorhandenheit. Vorhandenheit é um substantivo formado do substantivo *Hand* (= mão) e da proposição *vor* (= diante de, no sentido espacial e antes de, no sentido temporal). Designa o modo de ser da coisa enquanto o que é assumido ‘ingenuamente’ como substancialidade de ser”. HEIDEGGER, Martin. Op. cit., p. 563.

²⁸⁶ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica...**, p. 149.

²⁸⁷ “Para fazer aparecer a dimensão fundamental de *Dasein* como temporalidade do acontecer, ou seja, como tensão do durante, do entre, do perdurar, escolheu-se traduzir *Dasein* por **presença**. (...) O que a palavra ‘presença’ busca traduzir é essa temporalidade intrínseca do verbo e não o significado substantivo e substantivado do *Dasein*”. (grifos no original) HEIDEGGER, Martin. Op. cit. p. 23-24.

²⁸⁸ Ibidem, p. 44-45.

²⁸⁹ HEIDEGGER destaca que a presença apresenta um primado múltiplo em relação a todos os entes, a saber: “O primeiro é um primado ôntico: a presença é um ente determinado em seu ser pela existência. O segundo é um primado **ontológico**: com base em sua determinação de existência, a presença é em si mesma ‘ontológica’. Pertence à presença, de maneira igualmente originária, e enquanto constitutiva da compreensão da existência, uma compreensão do ser de todos os entes que não possuem o modo de ser da presença. A presença tem, por conseguinte, um terceiro primado, que é condição ôntico-ontológica da possibilidade de todas as ontologias. Desse modo, a presença se mostra como o ente que, ontologicamente, deve ser o primeiro a ser interrogado, antes de qualquer outro”. (grifos no original) Ibidem, p. 49.

²⁹⁰ Ernildo STEIN aponta a importância da questão do mundo na analítica existencial de HEIDEGGER: “a questão do mundo na analítica existencial como questão nuclear: como vimos, ‘mundo’ passa a ser um existencial, um elemento fundamental na estrutura do estar-aí: ‘mundo’ se articula no horizonte da compreensão; ‘mundo’ que pode ser pensado, entendido, deve estar no horizonte do sentido”. STEIN, Ernildo. **Aproximações...**, p. 23.

(...) A presença é um sendo, que em seu ser relaciona-se com esse ser numa compreensão. Com isso, indica-se o conceito formal de existência. A presença existe. A presença é ademais um sendo, que sempre eu mesmo sou. Ser sempre minha pertence à existência da presença como condição de possibilidade de propriedade e impropriedade. A presença existe sempre num desses modos, mesmo quando existe numa indiferença modal para com esses modos. Estas determinações do ser da presença, todavia, devem agora ser vistas e compreendidas *a priori*, com base na constituição de ser que designamos de **ser-no-mundo**. O ponto de partida adequado para a analítica da presença consiste em se interpretar esta constituição.²⁹¹ (grifos no original)

Ademais, é preciso alertar que “ser-no-mundo” não deve ser interpretado como algo que está dentro do mundo – como se fosse uma coisa (presença) dentro de um ente simplesmente dado (mundo) – mas sim como ‘ser-junto’ ao mundo, denominado pelo filósofo pelo termo “ser-em”.²⁹²

Essa condição de ser-no-mundo, cunhada por HEIDEGGER, traz à tona a intersubjetividade (sujeito-sujeito), porquanto o mundo do ser aí é um ‘mundo-do-com’, ou seja, “ser-em” deve ser entendido também como “ser-com outros”,²⁹³.

²⁹¹ HEIDEGGER, Martin. Op. cit., p. 98.

²⁹² Nessa linha é a explicação dada por HEIDEGGER: “O que diz **ser-em**? De saída, completamos a expressão, dizendo: ser ‘em um mundo’ e nos vemos tentados a compreender o ser-em como um estar ‘dentro de’ (N10). Com esta última expressão, designamos o modo de ser de um ente que está no num outro, como a água está no copo, a roupa no armário. Com este ‘dentro’ indicamos a relação recíproca de ser de dois entes extensos ‘dentro’ do espaço, no tocante a seu lugar neste mesmo espaço. Água e copo, roupa e armário estão igualmente ‘dentro’ do espaço ‘em’ um lugar. Esta relação de ser pode ampliar-se, por exemplo: o banco da sala de aula, a sala na universidade, a universidade na cidade e assim por diante até: o banco ‘dentro do espaço cósmico’. Esses entes, que podem ser determinados como estando um ‘dentro’ do outro, têm o mesmo modo de ser do que é simplesmente dado, como coisa que ocorre ‘dentro’ do mundo. Ser simplesmente dado ‘dentro’ do que está dado, o ser simplesmente dado junto com algo dotado do mesmo modo de ser, no sentido de uma determinada relação de lugar; são caracteres ontológicos que chamamos de **categorias**. Tais caracteres pertencem ao ente não dotado do modo de ser da presença. O ser-em, ao contrário, significa uma constituição de ser da presença e é um **existencial**. Com ele, portanto, não se pode pensar no ser simplesmente dado de uma coisa corpórea (o corpo vivo humano) ‘dentro’ de um ente simplesmente dado. O ser-em não pode indicar que uma coisa simplesmente dada está, espacialmente, ‘dentro de outra’ porque, em sua origem, o ‘em’ não significa de forma alguma uma relação espacial desta espécie; ‘em’ deriva-se de *innan* – morar, habitar, deter-se; ‘*an*’ significa: estou acostumado a, habituado a, familiarizado com, cultivo alguma coisa; possui o significado de **colo**, no sentido de **habito** e **diligo**. O ente, ao qual pertence o ser-em, neste sentido, é o ente que sempre eu mesmo sou. A expressão ‘sou’ conecta-se a ‘junto’; ‘eu sou’ diz, por sua vez: eu moro, detenho-me junto ... ao mundo, como alguma coisa que, deste ou daquele modo, me é familiar com. **O ser-em é, pois, a expressão formal e existencial do ser da presença que possui a constituição essencial de ser-no-mundo**. O ‘ser-junto’ ao mundo, no sentido de empenhar-se no mundo, o que ainda deve ser interpretado mais precisamente, é um existencial fundado no ser-em”. (grifos no original) Ibidem, p. 99-100.

²⁹³ Cumpre colacionar as explicações de HEIDEGGER acerca do que se entende por “outro”: “A caracterização do encontro com os **outros** também se orienta segundo a **própria** presença. Será que essa caracterização não provém de uma distinção e isolamento do ‘eu’, de maneira que se devesse

Nessa linha, o *Dasein* – entendido como ser humano que existe e está aí²⁹⁴ - já é, desde sempre, relação com o mundo que o constitui, sendo tal relação condição de possibilidade para que os entes ganhem sentido. Isso significa afirmar que o sujeito (enquanto ser-no-mundo) não é puro, nem tampouco neutro ao contemplar determinado objeto – como um texto legal, por exemplo – mas, ao contrário, os entes só fazem sentido na medida em que o *Dasein* já possui uma pré-compreensão acerca do mundo como totalidade de significados.²⁹⁵⁻²⁹⁶

buscar uma passagem do sujeito isolado para os outros? Para evitar esse mal-entendido, é preciso atentar em que sentido se fala aqui dos ‘outros’. Os ‘outros’ não significam todo o resto dos demais além de mim, do qual o eu se isolaria. Os outros, ao contrário, são aqueles dos quais, na maior parte das vezes, *não se* consegue propriamente diferenciar, são aqueles entre os quais também se está. Esse estar também com os outros não possui o caráter ontológico de um ser simplesmente dado ‘em conjunto’ (N37) dentro de um mundo. O ‘com’ é uma determinação da presença. O ‘também’ significa a igualdade no ser enquanto ser-no-mundo que se ocupa dentro de uma circunvisão. ‘Com’ e ‘também’ devem ser entendidos **existencialmente** e não categorialmente. A base desse ser-no-mundo **determinado pelo com**, o mundo é sempre o mundo compartilhado com os outros. O mundo da presença é **mundo compartilhado** (N38). O ser-em-si intramundano desses outros é co-presença. O encontro com os outros não se dá numa apreensão prévia em que um sujeito, de início já simplesmente dado, se distingue dos demais sujeitos, nem numa visão primeira de si onde então se estabelece o referencial da diferença. Eles vêm ao encontro a partir do **mundo** em que a presença se mantém, de modo especial, empenhada em ocupações guiadas por uma circunvisão”. (grifos no original) Ibidem, p. 174-175.

²⁹⁴ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica...**, p. 151.

²⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica...**, p. 283.

²⁹⁶ “Com Heidegger, a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica, para a qual a compreensão é entendida como estrutura ontológica do *Dasein* (ser-aí ou pre-sença), em que o *Da* (o aí) é como as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser, não sendo esse modo uma ‘propriedade do ser, mas sim, o próprio ser’. Heidegger situa a questão da ontologia fundamental no sentido do ser; a clarificação desta questão somente pode resultar do recurso ao único ente que compreende ser, que é o homem (*Dasein*), o estar-aí, que é o ser-no-mundo, que é cuidado (*Sorge*); cuidado é temporal (*zeitlich*). (...) O homem é definido, pois, como existência, como poder-ser. É aí que entra a noção de ser-no-mundo. Se o estar-aí é ser-no-mundo, diz Vattimo, o resultado da análise da mundanidade deverá refletir-se na determinação das estruturas existenciais do *Dasein*. O *Dasein* está no mundo, antes de mais e fundamentalmente, como compreensão, além de também como afetividade. O *Dasein*, nas palavras do próprio Heidegger, na sua intimidade com a significatividade, **é a condição ôntica da possibilidade de descobrir o ente que se encontra no mundo, no modo de ser da prestabilidade**. Daí que para o estar-aí, ser-no-mundo equivale a ter originariamente intimidade com uma totalidade de significados. O mundo não lhe é dado primariamente como um conjunto de ‘objetos’ com os quais, num segundo momento, se relacionaria, ao atribuir-lhe os seus significados e funções. As coisas já vêm dotadas de uma função, isto é, de um significado e podem manifestar-se como coisas, unicamente enquanto se inserem numa totalidade de significados de que o *Dasein* já dispõe. **O mundo só se dá para nós na medida em que já temos sempre certo patrimônio de idéias, é dizer, certos pré-juízos que nos guiam na descoberta das coisas. O ser-no-mundo nada tem daquele ‘sujeito’ do cogito da filosofia moderna, porque esta noção pressupõe precisamente que o sujeito é algo que se contrapõe a um ‘objeto’ entendido como simples-presença**. O estar-aí nunca é algo de fechado de que há que sair para ir ter com o mundo; o *Dasein* já é sempre e constitutivamente relação com o mundo, antes de toda distinção artificial entre sujeito e objeto. O conhecimento como interpretação

Com efeito, segundo o filósofo, o homem só tem consciência de mundo porque ele dispõe de um conjunto de valores e conhecimentos dados a *priori* (denominado de pré-compreensão) em virtude de sua condição de ser no mundo²⁹⁷.

Assim é que no *Dasein* já se encontra uma pré-compreensão acerca do mundo, o que permite determinar o sentido do ser do ser-aí.²⁹⁸⁻²⁹⁹ O *Dasein* é hermenêutico, porquanto se comporta compreendendo, ou seja, “o poder-ser-do-*Dasein* reside na compreensão”³⁰⁰, conforme explicitado por Lenio Luiz STRECK:

Ou seja, no *Dasein* reside uma pré-compreensão. O *Dasein* é hermenêutico; o poder-ser-do-*Dasein* reside na compreensão. Por isso Heidegger vai dizer que o mensageiro já deve vir com a mensagem; mas ele também já deve ter ido em direção a ela. (...) A compreensão, que faz parte do modo de ser-no-mundo, antecipa qualquer tipo de explicação lógico-semântica, não no sentido temporal, cronológico. **Porque estamos no mundo há uma compreensão que se antecipa a qualquer tipo de explicação.** Temos uma estrutura do nosso modo de ser que é a interpretação. Por isso, sempre interpretamos. **O horizonte do sentido é nos dado pela compreensão que temos de algo. O ser humano é compreender. Ele só se faz pela compreensão. Ele só se dá pela compreensão. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui.** A faticidade, a possibilidade, a compreensão são alguns desses existenciais. O fundamento do compreender é o próprio homem. Compreender é uma estrutura do *Dasein*, é uma estrutura do ser-aí, é uma estrutura do homem, e que é preciso entender a estrutura do compreender. Na medida em que o compreender se explica, ele é interpretado. De tal maneira que o interpretar é o expor, é o desdobrar das próprias possibilidades. Desse modo, para Heidegger, **o ser humano é um ser para possibilidades e, portanto, um ver a compreensão como uma estrutura antecipadora.** O compreender vem a ser algo que se pode explicar pela linguagem, que manifesta algo; o compreender também é algo que faz parte do modo de ser-no-mundo, resume Stein.³⁰¹ (grifos nos original)

não é o desenvolvimento e articulação das fantasias que o *Dasein*, como sujeito individual, possa ter sobre o mundo, mas sim, a elaboração da constitutiva e originária relação com o mundo que o constitui. É essa idéia do conhecimento – como articulação de uma **pré-compreensão** (*Vorverständnis*) originária – que Heidegger chama de ‘círculo hermenêutico’. (grifos no original) Ibidem, p. 196-198.

²⁹⁷ Cf. MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica...**, p. 151.

²⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica...**, p. 199.

²⁹⁹ “A abertura do pré da presença no compreender é ela mesma uma modo do poder-ser da presença. A abertura do ser em geral consiste na projeção do ser da presença para o em virtude de e para a significância (mundo). No projetar de possibilidades já se antecipou uma compreensão de ser. Ser é compreendido no projeto e não concebido ontologicamente. O ente que possui o modo de ser do projeto essencial de ser-no-mundo tem a compreensão de ser como um constitutivo de seu ser. (...) Enquanto existenciais, a disposição e o compreender caracterizam a abertura originária de ser-no-mundo. No modo de ser do humor, a presença ‘vê’ possibilidades a partir das quais ela é. Na abertura projetiva dessas possibilidades, ela já está sempre afinada pelo humor. O projeto do poder-ser mais próprio está entregue ao fato de ser lançado no pré da presença”. HEIDEGGER, Martin. Op. cit., p. 208.

³⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica...**, p. 199.

³⁰¹ Ibidem, p. 199 - 201.

Essa estrutura do *Dasein*, que antecipa qualquer interpretação, amplia-se e sofre mutações ao longo do tempo³⁰², à medida que o homem adquire novas experiências. Isso porque, as experiências acumuladas pelo sujeito propiciam uma ampliação em seu horizonte de consciência de mundo, alterando, inclusive, sua concepção acerca dos objetos que estão no mundo.³⁰³ Por conta disso é que o conhecimento nunca é absoluto, ao revés, altera-se e amplia-se ao longo do tempo.

³⁰² A temporalidade do *Dasein* é bem explicitada por HEIDEGGER: “o fundamento ontológico originário da existencialidade da presença é a **temporalidade**. A totalidade das estruturas do ser da presença articuladas na cura só se tornará existencialmente compreensível a partir da temporalidade. A interpretação do sentido ontológico da presença, contudo, não pode parar aí. A análise existencial e temporal desse ente necessita de confirmação concreta. As estruturas ontológicas da presença, anteriormente conquistadas, devem ser, retroativamente, liberadas em seu sentido temporal. A cotidianidade desvela-se como modo da temporalidade. E, mediante essa retomada da análise preparatória dos fundamentos da presença, o próprio fenômeno da temporalidade tornar-se-á mais transparente. Ela possibilitará compreender por que a presença, no fundo de seu ser, é e pode ser histórica e, **enquanto histórica**, pode construir uma historiografia. Se a temporalidade constitui o sentido ontológico originário da presença, onde **está em jogo** o seu próprio ser, então a cura deve precisar de ‘tempo’ e, assim, contar com o ‘tempo’. A temporalidade da presença constrói a ‘contagem do tempo’. O ‘tempo’ nela experimentado é o aspecto fenomenal mais imediato da temporalidade. Dele brota a compreensão cotidiana e vulgar do tempo. E essa se desdobra, formando o conceito tradicional de tempo. O esclarecimento da origem do ‘tempo’, ‘no qual’ entes intramundanos vêm ao encontro, do tempo como intratemporalidade, revela uma possibilidade essencial de temporalização da temporalidade. Com isso, prepara-se a compreensão de uma temporalização ainda mais originária da temporalidade. Nela funda-se a compreensão de ser constitutiva do ser da presença. O projeto de um sentido do ser em geral pode cumprir-se no horizonte do tempo”. (grifos no original) HEIDEGGER, Martin. *Ser...*, p. 307-308. A temporalidade do *Dasein* também é salientada pela tradutora da obra *Ser e Tempo*, nos seguintes termos: “Dasein não corresponde a um acontecimento no tempo mas à temporalidade do acontecer. Este é o sentido da temporalidade para Heidegger. Temporalidade não é um termo mais elaborado para insistir na sucessão das ekstases do tempo – passado, presente e futuro. Temporalidade, diz Heidegger, temporaliza-se como ‘porvir atualizante do vigor do ter-sido’. Distintamente dos acontecimentos no tempo, a temporalidade do acontecer fala em um tempo que é porvindouro mas não futuro, que é vigência mas não passado, que se faz presença para uma atualidade. Ao afirmar que ‘o porvir é o fenômeno primário da temporalidade originária e própria’, Heidegger não fala do futuro de um tempo que virá depois, mas de um tempo que está advindo, expondo-se na concretude do real como temporalidade de uma realização inteira. (...) É preciso mostrar que o tempo se conjuga enquanto um modo, enquanto um como e não enquanto um quando ou um quê. (...) A temporalidade do acontecer fala num presente muito singular, que nada tem a ver com o ‘agora’ e sua atualidade. Ao usar o gerúndio, referindo-nos ao ‘andando’, próprio do andar, ao sendo, do ser, falamos num tempo que independe da cronologia dos agora. O que assim se descreve não é o ‘tempo’, mas o acontecer do verbo, o como verbal, o ritmo do verbo”. Ibidem, p. 21-22.

³⁰³ De forma didática, Marco Aurélio MARRAFON apresenta o seguinte exemplo para explicar a temporalidade e mutabilidade do *Dasein*: “antes de entrar na sala de aula, o aluno é uma pessoa que compreende o mundo e sua essência a partir de todas as experiências que viveu, bem como de todos os conhecimentos que acumulou sobre o mundo em que vive (que é sempre condicionado pela ideologia, psicologia, valores, cultura, história, geografia, etc.). Após a aula, de alguma maneira houve uma alteração na pré-compreensão determinante do sentido do mundo porque, enquanto ser vivente, no período em que esteve em sala-de-aula, o aluno acumulou novas experiências e/ou conhecimentos que promoveram mutações no seu modo de compreender o mundo, ou seja, sua

Do até aqui exposto é possível concluir que a compreensão somente é possível porque o homem tem acesso ao mundo³⁰⁴, impondo-se acrescentar, nesse momento, que a linguagem é a condição de possibilidade para esse acesso³⁰⁵.

3.1.2. O Paradigma da Linguagem e o Conhecimento por meio da Fórmula do “Algo como Algo”

A linguagem é totalidade; é abertura para o mundo; é condição de possibilidade, na medida em que ela constitui o modo-de-ser-no-mundo do sujeito, o que, por consequência, permite que o sujeito possa compreender os entes que estão no mundo.

Dessa feita, a linguagem passa a ser o fundamento de todo o pensar³⁰⁶, uma vez que é somente por meio dela que o sujeito tem acesso e compreende o mundo³⁰⁷.

condição de **pre-sença que está-no-mundo** restou ampliada e desde então ele pode compreender as coisas a partir destas novas condicionantes. Tal situação pode ser expressa na seguinte equação: *Dasein inicial* (ente somado com a pré-compreensão acumulada por tudo o que foi vivido, experienciado, conhecido) + aula = novo *Dasein*, que se constitui a condição ou lugar a partir do qual o aluno obterá uma nova consciência de mundo, portanto, uma nova concepção de existência”. (grifos no original) MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica ...**, p. 151.

³⁰⁴ Nessa linha, HEIDEGGER assevera que “conhecimento não é um comportamento que começa num ente que ainda não “tem” mundo, que estivesse livre de qualquer relação com o seu mundo; conhecimento é sempre um modo de ser do estar-aí na base de seu já-estar-junto-do-mundo. A falha fundamental da teoria do conhecimento reside precisamente no fato de ela não ver o que designa ‘conhecer’, no seu conteúdo originário fenomenal como modo de ser do estar-aí, como modo de ser do ser-em do estar-aí, para então a partir deste enfoque básico se ater ao questionamento que parte deste fundamento (*Boden*)”. *Apud* STEIN, Ernildo. **Seis estudos...**, p. 29-30.

³⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica...**, p. 201.

³⁰⁶ Sobre o giro lingüístico operado na filosofia, cumpre colacionar Celso Luiz LUDWIG: “(...) é importante frisar que esse **giro** da filosofia não significa a inclusão da linguagem na condição de mais um tema relevante para a reflexão filosófica. Trata-se de um **giro** da própria filosofia, uma *virada* no modo de se entender a filosofia. Nesse novo paradigma, a linguagem passa da condição de objeto da reflexão para a **condição de fundamento** de todo o poder. LUDWIG, Celso Luiz. *Op. cit.*, p. 93.

³⁰⁷ Conforme ponderado por Ernildo STEIN: “Mas vamos falar, e esse é o pressuposto que depois vai se concretizar na análise, vamos falar da linguagem enquanto ela é o mundo sobre o qual falamos. Então é o tratamento filosófico da linguagem que está em questão quando falarmos das questões da hermenêutica, ou da hermenêutica filosófica. Trata-se de falar do mundo e de nos darmos conta de que não podemos falar do mundo a não ser falando da linguagem. (...) Quando dizíamos que o ser humano só conhece através dos conceitos, só conhece através da linguagem, estávamos dizendo que o ser humano somente é racional porque seu acesso ao mundo se dá via sentido, via significado, via conceitos, via linguagem. (...) **O ser humano é racional porque é capaz de fazer uso correto de enunciados assertóricos predicativos.** O ser humano é racional porque é capaz de dizer frases que

Somente quando há uma correspondência entre uma palavra e uma coisa é esta uma coisa. Enquanto o sujeito não encontra determinada palavra para designar um objeto, é como se este não existisse para aquele sujeito.

Conforme ponderado anteriormente, os entes só ganham sentido quando passam a integrar um conjunto de significados que o *Dasein* já dispõe.³⁰⁸ Ora, se a linguagem é condição de possibilidade para o processo compreensivo, daí exsurge a conclusão de que o sujeito só tem acesso ao mundo na fórmula do “algo como algo”³⁰⁹, ou seja, por meio do significado que resulta da compreensão.

Em suma, HEIDEGGER dá conta de que, no processo compreensivo, a presença lança seu ser para possibilidades (abertura) de se elaborar em formas, o que caracteriza, na verdade, a interpretação. Sendo assim, tem-se que “interpretar não é

podem ter a propriedade de verdade e de falsidade. (...) O problema é o seguinte: Não existe esse ser humano em estado neutro que de repente faz uma proposição assertórica predicativa. Não existiu um dia, esse ser humano que pela primeira vez pronunciou uma frase correta do ponto de vista lingüístico, gramatical. O ser humano desde sempre falou dentro de uma história determinada”. STEIN, Ernildo. *Aproximações...*, p. 15 - 18.

³⁰⁸ “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 mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem não há mundo, enquanto mundo. Não há coisa alguma onde falta a palavra. Somente quando se encontra a palavra para a coisa é uma coisa. A palavra, diz Heidegger, **nomeia** o âmbito aberto onde habita o homem; o aberto de sua morada torna manifesto aquilo que vem ao encontro da essência do homem e assim, aproximando-se, demora-se e conserva em sua proximidade; **a morada do homem contém e conserva o advento daquilo a que o homem pertence em sua essência. Somente quando se encontrou a palavra para a coisa, é esta uma coisa; somente então é, uma vez que a palavra é o que proporciona o ser à coisa. Sem a palavra, sem a linguagem, não há existência. Não falamos sobre aquilo que vemos, mas sim o contrário; vemos o que se fala sobre as coisas**”. (grifos no original) STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica...*, p. 202-203.

³⁰⁹ Sobre o tema, novamente, convém colacionar as preciosas lições de Lenio Luiz STRECK: “Dáí que, com Ernildo Stein, podemos afirmar que, superando-se os paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, **o acesso a algo não será mais de forma direta e objetificante; o acesso a algo é pela mediação do significado e do sentido. Não existe acesso às coisas sem a mediação do significado**. Então, se não existe acesso às coisas sem a mediação do significado, não podemos compreender as coisas sem que tenhamos um modo de compreender que acompanha qualquer tipo de proposição; e este modo de compreender é exatamente este ‘**como**’ que sustenta a estrutura fundamental do enunciado assertórico **algo enquanto algo, algo como algo (etwas als etwas)**. Esta expressão revela que não temos acesso aos objetos assim como eles são, mas sempre de um ponto de vista, a partir de uma clivagem, **a cadeira enquanto cadeira, a árvore enquanto árvore**. Isto é mediação do significado”. (grifos no original) STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...**, p. 17.

tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar possibilidades projetadas no compreender”.³¹⁰

Portanto, se é a partir dessa significância aberta no compreender de mundo que se opera a compreensão, também a interpretação se dá a partir dessa circunvisão de mundo já compreendido, sendo que, “o que se interpreta reciprocamente na circunvisão de seu ser-para como tal, ou seja, o que **expressamente** se compreende, possui a estrutura de **algo como algo**”.³¹¹ (grifos no original)

Consoante explica HEIDEGGER:

(...) a interpretação da circunvisão responde do seguinte modo: ele é para ... A indicação do para-quê não é simplesmente a denominação de algo, mas o denominado é compreendido **como** isto, que se deve tomar como estando em questão. O que se abre no compreender, o compreendido, é sempre de tal modo acessível que pode revelar-se expressamente em si mesmo ‘como isto ou aquilo’. O ‘como’ constitui a estrutura do **expressamente** compreendido; ele constitui a interpretação. O modo de lidar da circunvisão e interpretação com o manual intramundano, que o vê **como** mesa, porta, carro, ponte, não precisa necessariamente expor o que foi interpretado na circunvisão num **enunciado** determinante. Toda visão pré-predicativa do que está à mão já é em si mesma em compreendendo e em interpretando.

(...)

A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que ‘está’ no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já põe, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia.³¹² (grifos no original)

Com isso, HEIDEGGER lança os fundamentos para a virada lingüística, bem como destaca a importância fundamental da estrutura prévia no processo compreensivo, na medida em que o “como”³¹³ integra sua constituição existencial.³¹⁴

³¹⁰ HEIDEGGER, Martin. Op. cit., p. 209.

³¹¹ Idem.

³¹² Ibidem, p. 209 - 212.

³¹³ “Agora se percebe mais claramente porque antes se dizia que a filosofia falava do mundo. Ela trata do mundo como linguagem. Isto quer dizer que ambos têm uma estrutura comum: a estrutura do mundo é clivada pelo **algo como algo** e num outro nível o enunciado possui a estrutura de **algo como algo**. Podemos examinar a linguagem, que trata do mundo através do sentido, através do significado, ela que trata do mundo através de instrumentos que podem ter vários nomes, mas todos vão remeter finalmente à linguagem enquanto o **como** de sua manifestação. (...) Levando isso até suas últimas conseqüências, podemos dizer que o ser humano não tem nenhum outro princípio de racionalidade que lhe permite pensar o todo. Nem qualquer um dos elementos que os gregos

Não se pode olvidar que o sujeito só é capaz de identificar cadeira **como** cadeira porque detém uma estrutura prévia, dada pela linguagem, que antecipa o sentido sempre que o sujeito se depara com tal objeto. (grifou-se)

Salientar que o acesso ao mundo se dá na fórmula de algo como algo significa que o sujeito não é capaz de ter acesso pleno ao objeto, ou seja, não se conhece a essência de uma cadeira, mas tão-somente enquanto um objeto no qual se pode sentar, portanto, apenas cadeira **como** cadeira.³¹⁵

A concepção de algo como algo foi imprescindível para a consolidação do paradigma da linguagem, que apresenta os seguintes fundamentos³¹⁶:

a) só temos acesso ao mundo pela linguagem (noção de algo como algo);

b) o conhecimento só é possível por meio da linguagem, na medida em que:

b.1) a linguagem é condição de possibilidade (forma a pré-compreensão linguística necessária para que o sujeito possa pensar e compreender);

b.2) a linguagem é meio e instrumento por meio do qual o sujeito pensa e compreende;

b.3) é por meio da linguagem que o sujeito consegue expressar um raciocínio ou uma idéia.

Sendo a linguagem condição de possibilidade para o conhecimento, importa destacar que ela consigna em si um duplo vetor: um lógico-formal, que permite a manifestação dos objetos na linguagem; e outro hermenêutico, que consiste no elemento prático da experiência de mundo. O primeiro diz respeito ao logos

apresentavam, nem a idéia de Platão, nem a substância de Aristóteles, nem o Deus da Idade Média, nem as formas puras de Kant, nem o eu, sujeito absoluto de Hegel, nada permite ser um princípio de racionalidade ao qual se referem todas as racionalidades das ciências, se em primeiro lugar não está pressuposto este elemento da racionalidade. Este, por exemplo, segundo Tugendhat, é o único elemento de racionalidade: Ser capaz de produzir enunciados assertóricos predicativos. Ter condições e possibilidades de ... trazer consigo **o como**, ser sustentado pelo **algo como algo**". (grifos no original) STEIN, Ernildo. **Aproximações ...**, p. 17-18.

³¹⁴ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica ...**, p. 154.

³¹⁵ STEIN, Ernildo. **Aproximações ...**, p. 21.

³¹⁶ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica ...**, p. 166 e ss.

apofântico, que consubstancia o **como** do discurso, sendo o segundo o logos hermenêutico, caracterizado pelo **como** do mundo.³¹⁷

Nessa linha, assevera STEIN:

Então, existem dois modos de **compreender**: o compreender de uma proposição e o compreender anterior que é já sempre saber como se está no mundo, se dá conta do jeito que se deve ter para existir, para sobreviver. Esse jeito não é um jeito qualquer. Esse jeito é a posse prévia do sentido, quer dizer, uma espécie de projeto no qual se dá o sentido. Na medida em que esse projeto é como algo sempre aceso que garante a vigência do sentido. E nessa medida os objetos sobre os quais nos iremos pronunciar se iluminam na linguagem, se iluminam na sentença.

Portanto, compreender é uma qualidade do ser humano, mas não é uma qualidade natural. É uma qualidade que provém do ser humano, enquanto ser humano. Podemos imaginar que existe um **logos** que se bifurca: o **logos** da compreensão da linguagem, que comunica e o **logos** no qual se dá o sentido que sustenta a linguagem. Heidegger depois irá chamar esse primeiro **logos** da compreensão de uma proposição, de **logos apofântico**, o **logos** que se manifesta na linguagem. E o outro **logos**, aquele que se dá **praticamente** no compreender enquanto somos um modo de compreender, irá chamar de **logos hermenêutico**. Esses dois elementos, o **logos apofântico** e o logos hermenêutico irão constituir a distinção que dará material para que se possa depois falar numa hermenêutica filosófica.³¹⁸ (grifos no original)

O logos apofântico dá conta da estrutura do sentido, ou seja, da estrutura lingüística que deflui do próprio texto, do universo lógico-semântico das proposições, ao passo que o logos hermenêutico preocupa-se com o sentido da estrutura, com o sentido atribuído pelo intérprete a partir da sua condição de ser no mundo.³¹⁹

Nessa linha, as relações de sentido e conhecimento necessitam da linguagem e da hermenêutica, porquanto só é possível conferir significado às coisas por meio da linguagem, e esta, por sua vez, exige o sentido conferido pela hermenêutica. A atribuição de sentido somente é possível porque há um compreender anterior, uma espécie de projeto no qual se dá o sentido que sustenta a linguagem.³²⁰

³¹⁷ STEIN, Ernildo. **Aproximações ...**, p. 21.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 29-30.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 33.

³²⁰ “A compreensão do ser em Heidegger no fundo nada mais é do que a compreensão do sentido ou do sentido do ser, isto é, a compreensão da totalidade não é mais a de um ser determinado. É a compreensão do ser enquanto compreensão do que é. Mas não do que é como objeto. Não podemos ‘compreender nada sem compreender a totalidade. Enquanto compreendemos a totalidade, nos compreendemos. Nós temos o sentido da própria existência. Por isso diz Heidegger que o homem se compreende a si mesmo. Há uma circularidade. Quer dizer, o compreender-se a si mesmo seria o universo apofântico. E o compreender do ser seria o universo hermenêutico. Eu não compreendo a mim no discurso lógico-semântico se eu não tiver a compreensão do ser do universo hermenêutico. Mas, por outro lado, este universo hermenêutico enquanto compreensão da totalidade é compreensão

Esses pressupostos heideggerianos foram fundamentais para a consolidação do paradigma da linguagem, bem como para o desenvolvimento do projeto hermenêutico de GADAMER, que será estudado no próximo tópico.

3.2. A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE HANS-GEORG GADAMER

3.2.1. Principais Contribuições de Gadamer

Com lastro na doutrina de HEIDEGGER e vinculado ao paradigma da linguagem, Hans-Georg GADAMER assevera que “ser que pode ser compreendido é linguagem”. Dessa feita, a linguagem não é apenas uma terceira coisa entre sujeito e objeto, ao revés, consoante já explicitado, é condição de possibilidade para que o sujeito tenha acesso ao mundo. Nessa proposta, portanto, não se verifica a dicotômica relação sujeito-objeto, segundo a qual o sujeito observador está situado frente a um mundo vislumbrado como totalidade dos entes. Ao contrário, a linguagem é totalidade a partir da qual o *Dasein* se localiza e atua, o que significa dizer que a relação com o mundo (sujeito-sujeito) pressupõe a anterioridade do *Dasein*.³²¹

Na percuciente lição de GADAMER:

A linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham **mundo**, nela se representa **mundo**. Mas esse estar-aí do mundo é constituído pela linguagem. Esse é o verdadeiro coração de uma frase que Humboldt exprime com uma intenção bem diferente, a saber, que as línguas são concepções de mundo. Com isso, Humboldt quer dizer que, frente ao indivíduo que pertence a uma comunidade de linguagem, a linguagem instaura uma espécie de existência autônoma, e quando este se desenvolve em seu âmbito, ela o introduz numa determinada relação e num determinado comportamento para com o mundo. Mas mais importante que isso é o que está na base, a saber, que frente ao mundo que vem à fala nela, a linguagem não instaura, ela mesma, nenhuma existência autônoma. Não só o mundo é mundo apenas quando vem à linguagem, como a própria linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo. A originária humanidade da linguagem

de mim mesmo. Esta idéia da ontologia não é mais a ontologia de um mundo paralelo, de um outro mundo. A ontologia é apenas o nome que se dá à compreensão da totalidade. O importante é que a partir desta compreensão, Heidegger vai definir o que é compreender. A compreensão desta totalidade implica em dar-se conta que o compreender que sempre parecia ser apenas uma alteração da minha mente, uma pura alteração da minha inteligência, este compreender é constitutivo da própria humana. Portanto, o ser humano é compreender. Ele só se faz pela compreensão”. Idem.

³²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica...**, p. 208-209.

significa, portanto, ao mesmo tempo, o originário caráter de linguagem do estar-no-mundo do homem. Precisamos seguir essa relação entre **linguagem e mundo**, para alcançarmos um horizonte adequado para o **caráter de linguagem da experiência hermenêutica**.³²² (grifos no original)

Perfilhando as lições de HEIDEGGER, GADAMER concorda com seu mestre ao asseverar que aquele que não tem linguagem não possui mundo, na medida em que não é capaz de nomear algo, não tem acesso a esse algo e, por conta disso, não há a necessária condição de possibilidade para a compreensão.³²³ Segundo o filósofo, a forma como algo se apresenta a si mesmo integra seu próprio ser, de sorte que aquilo que pode ser compreendido é linguagem.³²⁴

Em consequência, a linguagem determina a compreensão, assim como a própria existência já se constitui em um ato de compreensão e interpretação, a partir dos conceitos prévios do sujeito.³²⁵ Não obstante, enquanto HEIDEGGER preocupa-se

³²² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 571-572.

³²³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica...**, p. 208-209.

³²⁴ Nesse sentido é a advertência do filósofo alemão: “(...) o universo lingüístico próprio em que vivemos não é uma barreira que impede o conhecimento do ser em si (Ansichsein), mas abarca basicamente tudo aquilo que a nossa percepção pode expandir-se e elevar-se. (...) Em cada visão de mundo está implícito o ser-em-si do mundo. Ela representa a totalidade a que se refere a experiência esquematizada na linguagem. A multiplicidade dessas visões de mundo não significa relativização do ‘mundo’. Ao contrário, aquilo que o próprio mundo é não é nada distinto das visões em que ele se apresenta. (...) enquanto seres finitos, estamos sempre chegando de muito longe e também nos estendemos para muito longe. Na linguagem torna-se visível o que é real além e acima da consciência individual de cada um. Por isso, no acontecimento da linguagem não encontra lugar somente aquilo que persiste, mas também e justamente a mudança das coisas. Assim, por exemplo, no declínio das palavras podemos ler a mudança dos costumes e dos valores. (...) Assim se confirma, **grosso modo**, o que constatamos acima: na linguagem é o próprio mundo que se apresenta. A experiência de mundo feita na linguagem é ‘absoluta’. Ultrapassa todas as relatividades referentes ao pôr-o-ser (Seinsetzung) porque abrange todo o ser em si, sejam quais forem as relações (relatividades em que se mostra). O caráter de linguagem em que se dá nossa experiência de mundo precede a tudo quanto pode ser reconhecido e interpelado como ente. **A relação fundamental de linguagem e mundo não significa, portanto, que o mundo se torne objeto da linguagem**. Antes, aquilo que é objeto do conhecimento e do enunciado já se encontra sempre contido no horizonte global da linguagem. O caráter de linguagem da experiência humana de mundo como tal não tem em mente a objetivação do mundo”. (grifos no original) GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...**, p. 577-581.

³²⁵ De forma didática, Lenio Luiz STRECK explica: “estamos mergulhados em um mundo que somente aparece (como mundo) na e pela linguagem. Algo só é algo se podemos dizer que é algo. Esse poder-dizer é lingüisticamente mediado, porque nossa capacidade de agir e de dizer-o-mundo é limitada e capitaneada pela linguagem. Como diz Heidegger, todo o processo de compreensão do ser é limitado por uma história do ser que limita a compreensão. Gadamer, assim, eleva a linguagem ao mais alto patamar, **em sua ontologia hermenêutica, entendendo, a partir disto, que é a linguagem**

em destacar essa estrutura prévia, verifica-se que GADAMER busca empreender um estudo acerca da hermenêutica a partir da historicidade da compreensão.³²⁶

Com efeito, a historicidade é erigida a princípio hermenêutico que se concretiza a partir de quatro elementos: o círculo hermenêutico, os preconceitos como pressupostos indispensáveis à compreensão, a distância temporal e a história efetual.³²⁷

Para entender como o referido círculo hermenêutico se perfaz é preciso recordar a regra hermenêutica³²⁸ segundo a qual a compreensão opera-se do todo a partir do individual e do individual a partir do todo, sempre numa relação circular onde “a antecipação de sentido que visa o todo chega a uma compreensão explícita através do fato de que as partes que se determinam a partir do todo determinam, por sua vez, a esse todo”.³²⁹

Seguindo essa lógica da hermenêutica do século XIX, nesse processo compreensivo – do todo para as partes e destas para o todo – deve-se constantemente ampliar a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos, sendo que o critério de correção da compreensão está na compatibilidade de cada parte em relação ao todo. Não havendo tal concordância, entende-se que a compreensão não foi bem sucedida.

HEIDEGGER aprimora tal teoria ao destacar que a compreensão operada a partir do círculo hermenêutico guarda estrita relação com a concepção prévia da pré-compreensão.³³⁰ Nesse sentido, quando se concretiza a compreensão, o círculo do todo e das partes não se dissolve, ao revés, alcança sua mais plena realização.³³¹

que determina a compreensão e o próprio objeto hermenêutico. O existir já é um ato de compreender e um interpretar”. (grifos no original) STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica...**, p. 210.

³²⁶ “Heidegger só se interessa pela problemática da hermenêutica histórica e da crítica histórica com a finalidade ontológica de desenvolver, a partir delas, a estrutura prévia da compreensão. Nós, ao contrário, uma vez tendo liberado a ciência das inibições ontológicas do conceito de objetividade, buscamos compreender como a hermenêutica pôde fazer jus à historicidade da compreensão”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...**, p. 354.

³²⁷ MARRAFON, Marco. **Hermenêutica...**, p. 175.

³²⁸ Nesse sentido era a teoria da hermenêutica do século XIX, cunhada por Schleiermacher. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...**, p. 386-388.

³²⁹ *Ibidem*, p. 385.

³³⁰ Sobre a importância do círculo hermenêutico em GADAMER, disserta Lenio Luiz STRECK: “Toda a compreensão hermenêutica pressupõe uma inserção no processo de transmissão da

Referido círculo, portanto, não possui natureza formal, não é objetivo nem tampouco subjetivo, mas sim descreve a compreensão que se opera a partir do intercâmbio entre o movimento da tradição e o do intérprete.³³² Isso porque, não se pode olvidar que a antecipação de sentido, propiciada pela pré-compreensão, não é subjetiva, na medida em que ela é formada em face da comunhão que une o intérprete à tradição.³³³

Assim, conforme alerta o filósofo:

(...) a antecipação de sentido (...) não é mera pressuposição sob a qual sempre já nos encontramos, mas nós mesmos vamos instaurando-a na medida em que compreendemos, na medida em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo ‘metodológico’; ele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão.³³⁴

Portanto, as relações de conhecimento ocorrem a partir de um movimento circular, no qual a pré-estrutura da compreensão indica a abertura da presença em face de sua condição de “ser-no-mundo”, que se dá na forma de compreensão e que já apresenta um caráter projetivo capaz de englobar toda a constituição ontológica do

tradição. Há um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico. Para Gadamer, é da totalidade do mundo da compreensão que resulta uma pré-compreensão que abre um primeiro acesso de intelecção; a pré-compreensão constitui um momento especial do fenômeno hermenêutico e é impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão. Esse círculo hermenêutico funciona em Heidegger, partindo de uma situação comum que nos liga à tradição em geral e à do nosso objeto de interpretação em particular, e estabelecendo a ligação entre finalidade e universalidade e entre teoria e práxis (Bleicher-Heidegger). Daí Gadamer falar de um novo significado de círculo hermenêutico a partir de Heidegger: a estrutura circular da compreensão manteve-se sempre, na teoria anterior, dentro do marco de uma relação formal entre o individual e o global ou seu reflexo subjetivo: a antecipação intuitiva do conjunto e sua explicação posterior no caso concreto. Segundo esta teoria, o movimento circular no texto era oscilante e ficava superado na plena compreensão do mesmo. A teoria da compreensão culminava em um ato adivinhatório que dava acesso direto ao autor e a partir daí expungia do texto tudo o que era estranho e chocante. Contrariamente a isto, Heidegger reconhece que a compreensão do texto está determinada permanentemente pelo movimento antecipatório da pré-compreensão. O que Heidegger assim descreve não é senão a tarefa de concretização da consciência histórica. Trata-se de descobrir as próprias prevenções e pré-juízos e realizar a compreensão desde a consciência histórica, de forma que detectar o historicamente diferente e a aplicação dos métodos históricos não se limitam a uma confirmação das próprias hipóteses ou antecipações, conclui”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica...**, p. 215-217.

³³¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...**, p. 388.

³³² Idem.

³³³ Idem.

³³⁴ Ibidem, p. 388-389.

próprio “ser-no-mundo”.³³⁵ Conforme pontuado por Marco Aurélio MARRAFON, “as relações de conhecimento são sempre do tipo ‘algo **como** algo’, realizam-se na perspectiva sujeito-sujeito a partir do sentido contido na estrutura de pré-compreensão, o que traz sua inextrincável dependência da linguagem”.³³⁶⁻³³⁷ (grifos no original)

Importa explicitar o sentido da pertença, segundo a qual aquele que tem por intuito compreender algo deve manter estreita relação com a coisa que se manifesta na transmissão, bem como com a tradição por meio da qual a transmissão se expressa.³³⁸ Porém, é preciso ter claro que vinculação com a coisa em si não pode ocorrer a partir de uma unidade inquestionável e natural, como se verifica na sequência ininterrupta de uma determinada tradição. Na verdade, é possível vislumbrar uma polaridade entre familiaridade e estranheza “que a tradição ocupa junto a nós, entre objetividade da distância, pensada historicamente, e a pertença a uma tradição”.³³⁹

Com efeito, as opiniões prévias do intérprete não estão à livre disposição, não tendo ele condições de diferenciar os preconceitos que viabilizam a compreensão daqueles que, ao contrário, provocam mal-entendidos. Referida distinção somente se perfaz na própria compreensão, a partir da distância temporal.³⁴⁰

Desde essa mirada, GADAMER salienta que a interpretação opera-se sempre a partir dos conceitos prévios, os quais são alterados e substituídos por outros mais adequados à medida que se percorre o círculo hermenêutico. Qualquer interpretação está sujeita aos erros e falsidades das opiniões próprias do intérprete, impondo-se uma

³³⁵ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica...**, p. 175.

³³⁶ Idem.

³³⁷ Sobre a superação da relação sujeito-objeto, obtempera STEIN: “Não podemos dizer simplesmente que a estrutura hermenêutica ou a estrutura da compreensão do ser humano produz história, cultura e tradição sem, ao mesmo tempo, pressupor que a história, a cultura e a tradição estão na operação da compreensão. Quer dizer, há uma circularidade. Já sempre compreendemos enquanto compreendemos o todo. O contrário também vale: enquanto compreendemos o todo, já sempre nos compreendemos. Essa estrutura básica do círculo hermenêutico termina sendo aquilo que se projeta sobre todas as ciências hermenêuticas. Há uma impossibilidade de separação entre sujeito e objeto. É impossível separar o sujeito do objeto porque, no fato histórico, já sempre estamos de certo modo, mergulhados, não podemos ter uma distância total, como na observação de um fenômeno físico. Então no sentido desta estrutura circular, do modo de o homem ser-no-mundo, viria a estrutura do ser, difundida por todas as ciências hermenêuticas”. STEIN, Ernildo. **Aproximações...**, p. 45.

³³⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...**, p. 390.

³³⁹ Ibidem, p. 391.

³⁴⁰ Idem.

constante revisão dessas opiniões prévias, no sentido de se alcançar projetos mais adequados às coisas mesmas, isentos de arbitrariedades.³⁴¹

Sobre o tema, aduz GADAMER:

Toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para ‘as coisas elas mesmas’ (que para os filólogos são textos com sentido, que tratam, por sua vez, de coisas). Esse deixar-se determinar assim pela própria coisa, evidentemente, não é para o intérprete uma decisão ‘heróica’, tomada de uma vez por todas, mas verdadeiramente ‘a tarefa primeira, constante e última’. Pois o que importa é manter a vista atenta à coisa através de todos os desvios a que se vê constantemente o intérprete em virtude das idéias que lhe ocorrem. Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.³⁴²

A compreensão só atinge suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias adotadas não são arbitrárias. Daí porque é imprescindível que o intérprete não deixe que suas pré-compreensões arbitrárias interfiram em sua compreensão do texto, impondo-se, ao contrário, uma constante revisão das suas próprias opiniões prévias. Conforme pontuado pelo filósofo alemão no trecho anteriormente citado, qualquer interpretação/compreensão inicia sempre com um projeto inicial, que consubstancia o primeiro sentido dado pelo intérprete. No intuito de afastar arbitrariedades e permitir que o texto fale por si mesmo, impõe-se uma constante revisão desse projeto inicial.

O que se objetiva é que o texto possa mostrar-se a partir de sua própria condição, contrapondo-se a verdade objetiva que deflui do próprio texto com as opiniões prévias do sujeito.³⁴³

³⁴¹ Importa frisar que referido círculo não pode ser vicioso, conforme já alertava o próprio HEIDEGGER: “O círculo não deve ser rebaixado a um *vitiosum*, mesmo que apenas tolerado. Nele se esconde a possibilidade positiva do conhecimento mais originário que, decerto, só pode ser apreendida de modo autêntico se a interpretação tiver compreendido que sua primeira, única e última tarefa é de não se deixar guiar, na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos populares e inspirações. Na elaboração da posição prévia, da visão prévia e concepção prévia, ela deve assegurar o tema científico a partir das coisas elas mesmas”. HEIDEGGER, Martin. Op. cit., p. 214-215.

³⁴² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...**, p. 356.

³⁴³ Existe uma pressuposição geral de que alguém que fala a mesma língua que eu toma as palavras que emprega no sentido de que me é familiar; essa pressuposição somente se torna questionável em casos excepcionais. (...) O que afirmamos a respeito da opinião prévia nos hábitos da

Portanto, diante de qualquer texto, não pode o intérprete deixar prevalecer direta e acriticamente seus próprios hábitos extraídos da linguagem. Ao revés, deve-se compreender o texto apenas em face do hábito da linguagem e de seu autor. Não obstante, o problema que surge é como assegurar tal exigência, mormente quando não há consciência sobre os próprios hábitos de linguagem. Nessa linha, questiona: “Como é possível conscientizar-nos das diferenças existentes entre o uso costumeiro da linguagem e o uso do texto?”³⁴⁴

Para o filósofo, o que permite identificar esta diferença é o estranhamento que o texto causa, seja porque ele não faz sentido, seja porque seu sentido não se coaduna com as expectativas do intérprete.³⁴⁵

O mesmo raciocínio deve ser aplicado às opiniões prévias que constituem a pré-compreensão a partir da qual o intérprete lê determinado texto. Também aqui é possível vislumbrar uma diferença entre o que está expresso em um texto e as opiniões prévias e expectativas do intérprete. Assim, questiona o mestre alemão: “Como se pode proteger um texto previamente frente a mal-entendidos?”³⁴⁶

E a resposta se dá no seguinte sentido: deve-se abrir espaço para a opinião do outro ou a do próprio texto. Em suma, quem quer compreender um texto deve deixar que ele diga alguma coisa:

Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão.

linguagem vale também para as opiniões prévias de conteúdo que constituem nossa pré-compreensão, com as quais lemos os textos. Também aqui se coloca o problema de como escapar ao circuito fechado das próprias opiniões prévias. De modo algum podemos pressupor como dado geral que o que nos é dito em um texto se encaixe sem quebras nas próprias opiniões e expectativas. (...) Como se pode proteger um texto previamente frente a mal-entendidos? (...) O que se exige é simplesmente a abertura para a opinião do outro ou para a opinião do texto. Mas essa abertura implica sempre colocar a opinião do outro em alguma relação com o conjunto das opiniões próprias, ou que a gente se ponha em certa relação com elas. Claro que as opiniões representam uma infinidade de possibilidades mutáveis (em comparação com a univocidade de uma linguagem ou de um vocabulário), mas dentro dessa multiplicidade do ‘opinável’, isto é, daquilo em que um leitor pode encontrar sentido ou pode esperar encontrar, nem tudo é possível, e quem não ouve direito o que o outro realmente está dizendo acabará por não conseguir integrar o mal-entendido em suas próprias e variadas expectativas de sentido. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...**, p. 356, 357.

³⁴⁴ Idem.

³⁴⁵ Ibidem, p. 357.

³⁴⁶ Idem.

Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais.

(...)

Uma compreensão guiada por uma consciência metodológica procurará não simplesmente realizar suas antecipações, mas, antes, torná-las conscientes para poder controlá-las e ganhar assim uma compreensão correta a partir das próprias coisas.³⁴⁷

Porém, é preciso frisar que essa abertura exige, de certa forma, que a opinião do outro seja colocada em alguma relação com o conjunto de opiniões prévias do intérprete.³⁴⁸ Consoante já pontuado, não deve o intérprete dirigir-se diretamente ao texto a partir da sua própria opinião prévia, mas ao contrário, deve examinar cuidadosamente essas opiniões no que diz respeito à sua legitimação, isto é, no que concerne sua origem e validade.³⁴⁹

É com o reconhecimento do outro que o círculo hermenêutico passa a reconhecer a coisa mesma, sendo que a objetividade é garantida pela distância e o resultado do processo interpretativo é o ponto médio, reconstruído a cada movimento. Assim, a cada volta o intérprete atua sobre o texto, moldando-o.³⁵⁰

³⁴⁷ Ibidem, p. 358-359.

³⁴⁸ “(...) O que se exige é simplesmente a abertura para a opinião do outro ou para a opinião do texto. Mas essa abertura implica sempre colocar a opinião do outro em alguma relação com o conjunto das opiniões próprias, ou que a gente se ponha em certa relação com elas. Claro que as opiniões representam uma infinidade de possibilidades mutáveis (em comparação com a univocidade de uma linguagem ou de um vocabulário), mas dentro dessa multiplicidade do ‘opinável’, isto é, daquilo em que um leitor pode encontrar sentido ou pode esperar encontrar, nem tudo é possível, e quem não ouve direito o que o outro realmente está dizendo acabará por não conseguir integrar o mal-entendido em suas próprias e variadas expectativas de sentido”. Idem.

³⁴⁹ “Aqui não existe outra ‘objetividade’ a não ser a confirmação que uma opinião prévia obtém através de sua elaboração. Pois o que é que caracteriza a arbitrariedade das opiniões prévias inadequadas senão o fato de que no processo de sua execução acabam sendo aniquiladas? A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade”. Ibidem, p. 356.

³⁵⁰ Conforme explica Marco Aurélio MARRAFON: “Com efeito, o círculo hermenêutico de Heidegger não se configura um círculo vicioso porque há nele uma possibilidade positiva para o conhecimento mais originário, só acessível se for compreendido o objetivo primordial da interpretação, qual seja, o de evitar as antecipações subjetivas pela estrutura prévia de compreensão através da busca das ‘coisas mesmas’ em cada movimento. Para Gadamer, isso significa que, a cada

Cada período da história compreende um texto a partir do seu contexto, da sua tradição. É por conta disso que o sentido de um determinado texto sempre supera seu autor, na medida em que ele sofre a interferência do tempo. Cumpre alertar, porém, que o tempo não pode ser vislumbrado como um abismo que separa e distancia um texto em relação à atualidade, constituindo-se, na verdade, como uma possibilidade positiva para a própria compreensão.³⁵¹ Há sempre uma distância entre a tradição e a pertença à tradição, o que acarreta uma constante tensão entre a estranheza e a familiaridade que a tradição opera em face das pessoas. É justamente essa condição que GADAMER chama de distância temporal, impondo-se à hermenêutica encontrar o ponto médio que indica a própria compreensão.³⁵²

Para GADAMER, portanto, o conhecimento objetivo somente pode ser alcançado por meio de uma distância histórica, sendo salutar ressaltar que referido conhecimento nunca se esgota, porquanto constitui um processo infinito que almeja afastar erros e distorções do verdadeiro sentido:

Ela é a única que permite uma expressão completa do verdadeiro sentido que há numa coisa. Entretanto, o verdadeiro sentido contido num texto ou numa obra de arte não se esgota ao chegar a um determinado ponto final, visto ser um processo infinito. Não se eliminam apenas novas fontes de erros, de modo a filtrar todas as distorções do verdadeiro sentido. Antes, estão surgindo sempre novas fontes de compreensão, revelando relações de sentido insuspeitas. A distância temporal que possibilita essa filtragem não tem uma dimensão fechada e concluída, mas está ela mesma em constante movimento e expansão. Ao lado do aspecto negativo da filtragem operada pela distância temporal, aparece, simultaneamente, seu aspecto positivo para a compreensão. Essa distância, além de eliminar os preconceitos de natureza particular, permite o surgimento daqueles que levam a uma compreensão correta.³⁵³

Em suma, é a distância temporal que permite ao intérprete diferenciar os preconceitos produtivos, que possibilitam a compreensão, daqueles falsos preconceitos, que provocam mal-entendidos.

volta do todo para a parte e da parte para o todo, as expectativas devem ser ajustadas na medida em que o texto requeira, a fim de confluir o texto da unidade de um pensamento, sendo que a tarefa desse círculo hermenêutico é ‘ampliar em círculos concêntricos, a unidade do sentido compreendido’. Assim, o sujeito, ao interpretar, atua sobre o texto, recriando-o a cada volta, num movimento espiralforme, até porque, como já dito, a pre-sença, enquanto promotora do sentido do ser, modifica-se a cada nova experiência. MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica...**, p. 178.

³⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...**, p. 393.

³⁵² MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica...**, p. 177.

³⁵³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...**, p. 395.

Justamente porque esse conhecimento objetivo nunca se esgota, já que deve ser constantemente ampliado em busca do verdadeiro sentido, desempenha importância salutar o princípio da história efetual, que determina a necessidade de novos questionamentos sempre que se almeja o real significado de um texto, buscando-se alargar o horizonte do próprio intérprete.³⁵⁴

Não se pode olvidar que os efeitos da história incidem em qualquer compreensão, ainda que o intérprete não tenha consciência disso.³⁵⁵ Para GADAMER, a consciência da história efetual é consciência da situação hermenêutica que, essencialmente, consigna o conceito de horizonte enquanto “âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto de um determinado ponto”.³⁵⁶ Por conta disso, “ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se”.³⁵⁷⁻³⁵⁸

Dessa feita, quem não tem horizonte não enxerga suficientemente longe e, por conseqüência, valoriza apenas aquilo que está mais próximo. Ter horizonte significa não ficar limitado ao que está mais próximo, vislumbrando a possibilidade de enxergar mais longe. “Aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de todas as coisas que pertencem ao horizonte, no que concerne a proximidade e distância, grandeza e pequenez. A elaboração da situação hermenêutica significa então

³⁵⁴ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica...**, p. 177.

³⁵⁵ Conforme pontuado por Lenio STRECK: “Assim, a história é a condição prévia para que o ente seja um ser-no-mundo. **Não há uma contraposição entre sujeito e objeto, e sim uma fusão entre ambos a partir de sua historicidade.** O existir do ‘sujeito’ é um existir histórico, enquanto ser-no-mundo, em que o ‘objeto’ não é construído pelo ‘cogito’ e tampouco é refletido na consciência, mas, sim, se desvela pela linguagem. O desvelamento do ser de um ente passa pela possibilidade de seu existir, que só acontece na história linguisticamente apreendida. Quem compreende não tem uma mente em branco, como uma **tabula rasa**, e sim já tem, desde sempre, uma prévia compreensão das coisas e do mundo; já tem (sempre) uma pré-compreensão, algo prévio que vem com o ente, como curador/vigilante do ser”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica...**, p. 212.

³⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...**, p. 399.

³⁵⁷ Idem.

³⁵⁸ Nas lições de STEIN: “O conceito de horizonte aparece como algo aberto à nossa frente, do qual nunca conseguimos nos aproximar e que mais se distancia à medida que avançamos. Esse horizonte se apresentava tanto com relação ao futuro como com relação ao passado. E finalmente surge o conceito de **sentido** que foi tomando forma à medida que começamos a perceber que certas questões podem não ser verdadeiras, mas têm sentido. Por exemplo, **o cimento cresce, a árvore é de ferro.** Essas expressões têm sentido mas elas não são verdadeiras. Quer dizer, o sentido é algo no qual nós nos movemos, que, em boa parte, já nos é dado. Desde sempre, entramos num universo que tem sentido. Não sabemos no entanto qual é a verdade desse universo. Entramos num universo em que há coisas que são dizíveis, mas não são verdadeiras, já que há uma diferença entre o dizível e o verdadeiro”. (grifos no original) STEIN, Ernildo. **Aproximações...**, p. 39.

a obtenção do horizonte de questionamento correto para questões que se colocam frente à tradição”.³⁵⁹

Em face do exposto, é possível chegar à seguinte conclusão: a situação hermenêutica é determinada pelos preconceitos que o intérprete traz consigo, os quais moldam o horizonte do presente, ou seja, aquilo que o intérprete consegue enxergar a partir da sua condição de mundo. Este horizonte, porém, não pode ser vislumbrado como algo que possui conceitos fixos e definitivos, ao contrário, deve-se ter em mente que o horizonte do presente está em constante formação, porquanto o intérprete sempre se vê obrigado a colocar à prova seus preconceitos, justamente para identificar aqueles que podem causar mal-entendidos. Por isso que “compreender é sempre o processo de fusão de horizontes”, sendo a tradição o lugar onde se opera tal fusão, na medida em que o velho e novo sempre se desenvolvem juntos.³⁶⁰⁻³⁶¹

3.2.2. A Interpretação do Direito e a Unidade da *Applicatio*

Não se pode olvidar que tal alteração paradigmática repercute consideravelmente na forma de se interpretar o direito. Com efeito, enquanto a hermenêutica clássica, assentada no paradigma da consciência, vislumbrava somente o aspecto lógico-formal da estrutura do enunciado (logos apofântico), a hermenêutica filosófica, fundamentada no paradigma da linguagem, tem por escopo conferir um ‘sentido’, a partir da dimensão lingüística e da pré-compreensão do sujeito (logos hermenêutico).

³⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...**, p. 400.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 404.

³⁶¹ Nesse sentido, Lenio STRECK aduz: “O acontecer da interpretação ocorre **a partir de uma fusão de horizontes (Horizontverschmelzung), porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos**, acentua. Compreender uma tradição requer um horizonte histórico. Um texto histórico somente é interpretável desde a historicidade (**consciência histórico-efetual**) do intérprete. A fusão de horizontes ocorre sempre que compreendemos algo do passado. No conceito de fusão de horizontes gadameriano encontramos a dialética da participação e da distanciação. Se a condição de finitude do conhecimento histórico exclui todo o sobrevôo, toda a síntese final à maneira hegeliana, essa finitude não implica que eu me feche num ponto de vista. **Onde quer que haja situação, há horizonte suscetível de se reduzir ou de se alargar**. A fusão tem lugar constantemente no domínio da tradição, uma vez que é nela que o velho e o novo crescem juntos para uma validade repleta de vida, sem que um ou outro cheguem a destacar-se explicitamente por si mesmo”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica...**, p. 213-214.

GADAMER fala em um acontecer da verdade que se opera fenomenologicamente e surge a partir da compreensão que está vinculada à facticidade e historicidade do intérprete. Com efeito, esses dois elementos propiciam a formação da pré-compreensão do intérprete, condição de possibilidade para qualquer interpretação. Em síntese, significa dizer: “só interpreto se compreendo; só compreendo se tenho a pré-compreensão, que é constituída de uma estrutura prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e concepção prévia (*Vorgriff*), que já une todas as partes (textos) do ‘sistema’”.³⁶² Assim, é a própria condição de ser-no-mundo do intérprete que propicia o sentido dos textos que são submetidos à sua apreciação, porquanto não há como se interpretar um texto desvinculado das pré-compreensões que o intérprete traz consigo.

É equívoco pressupor, como fazia a hermenêutica clássica, que a interpretação ocorre por partes: primeiro compreendo (*subtilitas intelligendi*), depois interpreto (*subtilitas explicandi*), para somente finalmente aplicar (*subtilas aplicandi*). GADAMER recusa essa divisão ao deixar claro que esses três momentos conjugam-se em apenas um: na *applicatio*^{363 364}.

Portanto, seguindo os passos da hermenêutica proposta por GADAMER, a interpretação não é um ato posterior à compreensão, antes, compreender é sempre interpretar e, por conseqüência, a interpretação é a manifestação da própria compreensão. Em face da importância do tema, urge colacionar as precisas lições do mestre alemão:

³⁶² STRECK, Lenio Luiz. **A crise...**, p. 218.

³⁶³ “*Applicatio* significa impossibilidade de ‘acoplar’ conceitos às coisas. Em outras palavras, não há sentidos à disposição do intérprete que, posteriormente, venham a ser ‘encaixados’ às ‘coisas-ainda-sem-sentido’. É isso que significa *applicatio*”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade...**, p. 65.

³⁶⁴ A partir desta constatação, STRECK faz a seguinte advertência: “Isso significa poder afirmar – e tal questão ficará mais clara no capítulo final – que o próprio sentido da validade de um texto jurídico tem um caráter ontológico (no sentido da diferença ontológica de que fala Heidegger). Ou seja, se ele somente tem sentido (válido) se estiver de acordo com a Constituição, **ontologicamente esse sentido exsurgerà da antecipação do sentido proporcionado pelo movimento da circularidade**, no qual o ser somente é **ser-em**, isto é, o ser é sempre ser de um ente (ou, de forma mais simples, **a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto**). Enfim, numa palavra: nem o texto infraconstitucional pode ser visto apartado do sentido da Constituição, e nem esta (a Constituição) pode ser entendida como se fosse um ‘ser sem o ente’, ou uma categoria ou uma hipótese”. (grifos no original) STRECK, Lenio Luiz. **A crise...**, p. 219, nota de rodapé nº. 385.

Na velha tradição da hermenêutica, que se perdeu completamente na autoconsciência histórica da teoria pós-romântica da ciência, esse problema ainda ocupava um lugar sistemático. O problema hermenêutico se dividia como segue: distingue-se uma *subtilitas intelligendi*, compreensão, de uma *subtilitas explicandi*, a interpretação, e durante o pietismo se acrescentou como terceiro componente a *subtilitas aplicandi*, a aplicação (por exemplo, em J.J Ranbach). Esses três momentos devem perfazer o modo de realização da compreensão. É significativo que os três recebam o nome de *subtilitas*, ou seja, que se compreendam menos como um método sobre o qual se dispõe do que como uma aptidão que requer uma particular finura de espírito.

Ora, como vimos, o problema hermenêutico recebeu seu significado sistemático no momento em que o romantismo reconheceu a unidade interna de *intelligere* e *explicare*. A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão. Relacionado com isso está também de que a linguagem e a conceptualidade da interpretação foram reconhecidas como um momento estrutural interno da compreensão; com isso o problema da linguagem que ocupava uma posição ocasional e marginal passa a ocupar o centro da filosofia. (...)

Mas a íntima fusão entre compreensão e interpretação acabou expulsando totalmente do contexto da hermenêutica o terceiro momento da problemática da hermenêutica, a *aplicação*. (...) Ora, nossas reflexões nos levam a admitir que, na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. Nesse sentido nos vemos obrigados a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação mas também a aplicação. Isso não significa um retorno à distinção tradicional das três *subtilitatae* de que falava o pietismo. Ao contrário, pensamos que a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação.³⁶⁵

Conforme já destacado, o processo compreensivo desenvolve-se no decorrer da história, daí porque o intérprete, para entender adequadamente um texto, deve compreendê-lo a cada situação concreta de uma forma diferente. Por conta disso, compreender também é sempre aplicar.³⁶⁶

Essa constatação reflete substancialmente na interpretação do direto, na medida em que resta claro que o intérprete não reproduz sentidos ao se deparar com um texto (como defendia o positivismo jurídico), ao revés, o processo hermenêutico é sempre produtivo.³⁶⁷

³⁶⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...**, p. 406-407.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 406-408.

³⁶⁷ Afinal, como já advertia HERÁCLITO, em seu famoso fragmento 114, não é possível banhar-se duas vezes no mesmo rio. “Não podemos banhar-nos duas vezes no mesmo rio, porque o rio não é mais o mesmo”. A tradição posterior teria acrescentado, ‘e nós também não somos mais os mesmos’. Este fragmento sintetiza exatamente a ideia da realidade em fluxo, simbolizada pelo rio que representa o movimento encontrado em todas as coisas, inclusive, no caso do acréscimo, em nós. Alguns intérpretes chegam a ver nessa metáfora implicações para a questão do conhecimento, a impossibilidade de banhar-se duas vezes no mesmo rio indicando a impossibilidade de um acesso mais permanente ao real, já que este encontra-se em constante mudança”. MARCONDES, Danilo.

Nesse compasso, o resultado da interpretação guarda estreita relação com as pré-compreensões³⁶⁸ que o intérprete traz consigo, posto que ele que confere sentido ao texto normativo, sendo a norma fruto desse processo interpretativo.³⁶⁹⁻³⁷⁰ Ademais,

Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 12 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 36.

³⁶⁸ Importa destacar que essas pré-compreensões podem ser tanto autênticas (que são aquelas universalizáveis, em razão da mesma situação hermenêutica do intérprete, as quais formam a consciência comum) quanto inautênticas, sendo estas últimas particulares. O objetivo da hermenêutica é justamente propiciar ao intérprete a identificação dos pré-juízos inautênticos, a fim de controlá-los, impedindo que estes contaminem a interpretação. Nessa linha é a conclusão de GADAMER: “(...) Se quisermos fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma reabilitação radical do conceito do preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos. Com isso, a questão central de uma hermenêutica verdadeiramente histórica, a questão epistemológica fundamental, pode ser formulada assim: qual é a base que fundamenta a legitimidade de preconceitos? Em que se diferenciam os preconceitos legítimos de todos os inumeráveis preconceitos cuja superação representa a inquestionável tarefa de toda razão crítica? (...) Enquanto tais, os preconceitos e opiniões prévias que ocupam a consciência do intérprete não se encontram à sua livre disposição. O intérprete não está em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, daqueles outros que a obstaculizam e que levam a mal-entendidos. Essa distinção deve acontecer, antes, na própria compreensão, e é por isso que a hermenêutica precisa perguntar pelo modo como isso se dá, o que implica elevar ao primeiro plano aquilo que na hermenêutica tradicional ficava à margem: a distância temporal e seu significado para a compreensão. (...) Ela [a distância temporal] é a única que permite uma expressão completa do verdadeiro sentido que há numa coisa. Entretanto, o verdadeiro sentido contido num texto ou numa obra de arte não se esgota ao chegar a um determinado ponto final, visto ser um processo infinito. Não se eliminam apenas novas fontes e erro, de modo a filtrar todas as distorções do verdadeiro sentido. Antes, estão surgindo sempre novas fontes de compreensão, revelando relações de sentido insuspeitadas. A distância temporal que possibilita essa filtragem não tem uma dimensão fechada e concluída, mas está ela mesma em constante movimento e expansão. Ao lado do aspecto negativo da filtragem operada pela distância temporal, aparece, simultaneamente, seu aspecto positivo para a compreensão. Essa distância, além de eliminar os preconceitos de natureza particular, permitem o surgimento daqueles que levam a uma compreensão correta. Muitas vezes essa distância temporal nos dá condições de resolver a verdadeira questão crítica da hermenêutica, ou seja, distinguir **os verdadeiros** preconceitos, sob os quais **compreendemos**, dos **falsos** preconceitos que produzem **os mal-entendidos**. Nesse sentido, uma consciência formada hermeneuticamente terá de incluir também a consciência histórica. Ela tomará consciência dos próprios preconceitos que guiam a compreensão para que a tradição se destaque e ganhe validade como uma opinião distinta. É claro que destacar um preconceito implica suspender sua validade. Pois, na medida em que um preconceito nos determina, não o conhecemos nem o pensamos como um juízo. Como poderia então ser colocado em evidência? Enquanto está em jogo, é impossível fazer com que um preconceito salte aos olhos; para isso é preciso de certo modo provocá-lo. Isso que pode provocá-lo é precisamente o encontro com a tradição, pois o que incita a compreender deve ter-se feito valer já, de algum modo, em sua própria alteridade. Já vimos que a compreensão começa onde algo nos interpela. Esta é a condição hermenêutica suprema. Sabemos agora o que isso exige: suspender por completo os próprios preconceitos. Mas, do ponto de vista lógico, a suspensão de todo juízo, e *a fortiori* de todo preconceito, tem a estrutura da **pergunta**. A essência da **pergunta** é abrir e manter abertas possibilidades”. (grifos no original) GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...**, p. 368; 391-396.

³⁶⁹ Lapidar, nesse sentido, as lições de Riccardo GUASTINI: “chamo de ‘norma’ todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou a um fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de

o sujeito só confere sentido a determinado texto porque está munido de suas pré-compreensões, as quais permitem a realização desse processo compreensivo.³⁷¹

fragmentos de disposições). Em outros termos, pode-se também dizer assim: a disposição é (parte de) um texto ainda por ser interpretado; a norma é (parte) um texto interpretado”. GUASTINI, RICCARDO. **Das fontes...**, p. 25.

³⁷⁰ Como já explicado, só é possível interpretar se existe a compreensão. E esta depende da pré-compreensão do intérprete. **Por isto a compreensão necessariamente será um existencial.** O intérprete não se pergunta porque compreende, porque ao compreender, já compreende. Daí a importância da tradição, lugar de inserção do homem, como ser-no-mundo e ser-com-os-outros. Impossível negar a faticidade. Ao tentar negá-la, esta já atuou no modo de compreender-interpretar o mundo. Portanto, a partir dessa (nova) hermenêutica, vigência e validade (de um texto) não podem mais ser entendidos de forma entificativa, isto é, **não é mais possível pensar na equiparação entre vigência e validade, como se fosse o ente, e a validade, o seu ser.** Tampouco o texto será equiparado à norma. Não! A norma será sempre o resultado da interpretação do texto. Mas, e aqui reside o *plus* que a ontologia fundamental pode trazer a esse debate, **o texto não subsiste separadamente da norma**, d’onde é necessário não confundir a equiparação entre texto e norma, com a necessária **diferença** (que é ontológica) entre ambos. Vigência e validade, texto e norma não podem ser entendidos como se fossem duais (no sentido metafísico). O fato de existir uma diferença entre esses âmbitos (vigência e validade, texto e norma) não significa que possa existir a vigência como vigência ou o texto como o texto. Explico: Heidegger sempre deixou bem claro – no que não recebe qualquer contestação por Gadamer – **que querer compreender o ente como ente é próprio da metafísica.** O ente só existe no seu ser. E o ser é sempre o ser de um ente. O ente como ente é inacessível, sendo essa inacessibilidade incortornável. Transportando essa questão para a hermenêutica jurídica nos parâmetros aqui propostos, fica fácil perceber que, quando quero dizer que a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto, quero dizer que estou falando do sentido que esse texto vem assumir no processo compreensivo. **A norma de que falo é o sentido do ser do ente (texto).** O texto só ex-surge na sua normação, valendo o mesmo raciocínio para a ‘dicotomia’ vigência-validade. Fundamentalmente é preciso compreender que, nesse paradigma ontológico-existencial, o ser não é um ente. Portanto, simplificada, é possível afirmar que, quando se fala ‘da norma que ex-surge’, não se está a falar de um processo hermenêutico-interpretativo realizado por partes (repetindo, assim, a hermenêutica clássica – primeiro conheço, depois interpreto, por fim aplico). **É evidente que não.** Eu não vislumbro primeiramente o texto para depois ‘acoplar’ a respectiva norma. A ‘norma’ não é uma ‘capa de sentido’, que existiria apartada do texto. Ao contrário disto, **quando me deparo com o texto, ele já ex-surge normado**, a partir de minha condição de ser-no-mundo. Essa operação ocorre graças à diferença ontológica. **É ela que faz a diferença.** Por isto, repito, é impossível negar a tradição, a faticidade e a historicidade, em que a fusão de horizontes é a condição de possibilidade dessa ‘normação’. Daí o necessário cuidado que devemos ter em relação aquilo que tem sido entendido como fazendo parte de ‘novos paradigmas interpretativos’. Entender que não são a mesma coisa texto e norma não é suficiente para suplantarem a relação sujeito-objeto e tampouco para superar a (dogmática e metafísica) equiparação entre texto e norma, ainda predominante no sentido comum teórico dos juristas. **Somente sob o sol da diferença ontológica é que é possível ultrapassar as armadilhas que as metodologias metafísicas têm colocado nos caminhos daqueles que buscam novas posturas críticas para o Direito**”. (grifos no original) STRECK, Lenio Luiz. **A crise...**, p. 225-226.

³⁷¹ “Por tudo isso, o processo hermenêutico deve ser um devir. Interpretar é dar sentido. O que é dar sentido? ‘É construir sítios de significância (delimitar domínios), é tornar possíveis gestos de interpretação’. Para tanto, ‘nenhum intérprete pode pretender estar frente ao texto normativo livre de pré-compreensões, pois isto equivaleria a estar fora da história e a fazer emudecer a norma’, sendo que **‘a norma é muda enquanto não for interrogada, reclamada e trazida a um presente espaço-temporal, de onde há de mostrar as suas potencialidades’**. Somente então será compreendida em ‘seu sentido’. Em consequência, o Direito, a partir da necessária **superação do paradigma normativista-(neo)-liberal-individualista e do paradigma epistemológico da filosofia da**

Dessa feita, a norma não está contida no texto legal, mas é o resultado da interpretação feita pelo sujeito. É este, portanto, que cria a norma.³⁷² Essas constatações bem demonstram o equívoco do positivismo jurídico ao defender a possibilidade de se extrair da norma a verdade única, como se esta já estivesse contida no texto legal. O intérprete não reproduz, mas sim atribui sentido a determinado enunciado normativo.³⁷³

Essa concepção também afasta a aplicação de procedimentos subsuntivos ao direito, conforme esposado por Marco Aurélio MARRAFON:

A adoção dessa nova postura no Direito traz, como efeitos imediatos, a recusa a qualquer procedimento subsuntivo ou dedutivo na sua aplicação, uma vez que a interpretação ocorre sempre no ponto médio, no ‘entremeio do círculo hermenêutico’ confirmará Streck, e o fundamento da decisão é desde já, sempre, antecipado, o que levará ao problema hermenêutico fundamental: a impossibilidade do desdobramento metodológico no processo de busca da decisão jurídica e a unidade da *applicatio*.³⁷⁴

É preciso reconhecer, ademais, o importante papel desenvolvido pelo logos apofântico, posto que a *applicatio* também está vinculada à estrutura normativo-proposicional que, ao menos, requer a exigência de correção normativa. Com efeito,

consciência, deve ser compreendido não como sucessão de textos com sentidos latentes, pré-constituídos, esperando apenas que o intérprete-hermeneuta lhes dê vida, e sim **como textos que permanentemente (re)clamam sentidos**. Desse modo, é razoável afirmar que este processo em que se dá/prodiz o sentido deve ser assumido como inexorável”. (grifos no original) STRECK, Lenio Luiz. **A crise...**, p. 245.

³⁷² Sobre o tema, importante colacionar doutrina de Luís Roberto BARROSO: “Na dogmática contemporânea, todavia, já não se enfatiza a dualidade interpretação/aplicação. A compreensão atual é a de que a atribuição de sentidos aos enunciados normativos – ou a outras fontes reconhecidas pelo sistema jurídico – faz-se em conexão com os fatos relevantes e a realidade subjacente. Daí a crescente utilização, pela doutrina, da terminologia **enunciado normativo** (texto em abstrato), **norma jurídica** (tese a ser aplicada ao caso concreto, fruto da interação texto/realidade) e **norma de decisão** (regra concreta que decide a questão). A singularidade de tal percepção é considerar a norma jurídica como o **produto** da interpretação, e não como seu **objeto**, este sendo o relato abstrato contido no texto normativo”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 270.

³⁷³ “A hermenêutica jurídica praticada no plano da cotidianidade do direito deita raízes na discussão que levou Gadamer a fazer a crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como sendo produto de uma operação realizada em partes (subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas aplicandi, isto é, primeiro compreendo, depois interpreto, para só então aplicar). A impossibilidade dessa cisão implica a impossibilidade de o intérprete ‘retirar’ do texto ‘algo que o texto possui-em-si-mesmo’, numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos, ao contrário, o intérprete sempre atribui sentido (Sinngabung)”. STRECK, Lenio Luiz. **A crise...**, p. 215.

³⁷⁴ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica...**, p. 178.

referida estrutura vincula o sentido da interpretação, “ainda que esta se desenvolva no contexto dos jogos linguísticos da comunidade e em conjunto com as estruturas pré-compreensivas do *Dasein* ou com as manifestações inconscientes”.³⁷⁵

Não se pode olvidar a importância da estrutura normativa, na medida em que alterações no referido texto podem repercutir de forma considerável na compreensão/interpretação.³⁷⁶

Em suma, tem-se uma relação de complementaridade entre o logos hermenêutico – pertinente ao sentido da estrutura, possível a partir da pré-compreensão do sujeito – e o logos apofântico – no plano lógico-semântico – que exige a justificativa racional do ato, por meio de escoreta motivação.³⁷⁷

Nesse viés, a alteração de paradigma, da consciência para linguagem, exige uma reformulação na própria concepção acerca do direito, que não mais se amolda às características positivistas. Constatando-se que é o intérprete, por meio da linguagem, que cria a norma jurídica, em consonância com o sistema jurídico e com suas próprias compreensões, impõe-se uma nova teoria atenta às alterações promovidas pela guinada linguística.

³⁷⁵ MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter...**, p. 178-179.

³⁷⁶ Conforme exemplo didático de Marco Aurélio MARRAFON, “afirmar que ‘João é um grande homem’ não é o mesmo que ‘João é um homem grande’”. Ibidem, p., 179, nota de rodapé nº 282.

³⁷⁷ Nesse sentido é a tese de Marco Aurélio MARRAFON: “É nesta perspectiva que se verifica a relação de implicação mútua entre o ‘logos apofântico’ e o ‘logos hermenêutico’, onde mesmo que se reconheça o papel fundamental (no sentido da ontologia heideggeriana) deste último, não é possível olvidar que o primeiro exerce alguma influência ao deslizar no universo de sentidos/significantes detidos pelo intérprete (pré-compreendidos ou não). Por este motivo, entende-se que a *applicatio* judicial depende também de aberturas à estrutura do sentido, ou seja, à estrutura normativo-proposicional que provoca e vincula (pelo menos enquanto exigência de correção) o sentido na interpretação. (...) Em que pese os inúmeros motivos para crítica e superação desta teoria, (...) vislumbra-se sua utilidade à medida que ela permite perceber a existência de nexos internos que possibilitam o diagnóstico de regras lógicas necessárias, normativas, inconfundíveis com elementos psicológicos inerentes ao ato de pensar. Possíveis de serem ‘observadas’, elas devem servir como um guia para o proceder do *logos* apofântico, onde os nexos internos atuam como parâmetros de correção lógica da análise estrutural do enunciado que provoca o sentido interpretativo para o julgamento”. Ibidem, p. 180.

3.3. A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A DISCRICIONARIEDADE NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: DA POSSIBILIDADE À NECESSIDADE DE RESPOSTAS CORRETAS

Considerando que a compreensão adequada do caso se perfaz a partir dos pré-juízos autênticos, para que o intérprete possa enxergar o texto, a partir dele mesmo, é imprescindível que se abra ao universo ôntico, prevenindo-se da subjetividade de suas próprias idéias, eliminando-se assim as falsas antecipações de sentido – sejam as decorrentes dos pré-juízos subjetivos, sejam aquelas provenientes do inconsciente.

Nessa linha, é importante destacar que o fato do intérprete conferir sentido à norma de forma alguma pode dar ensejo à conclusão de que ele pode “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, conferindo sentidos arbitrários aos textos.³⁷⁸ Ao revés, o enunciado normativo “limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo”.³⁷⁹

Não se pode negar, na linha já defendida nos capítulos anteriores, que a concepção de Estado Democrático de Direito não se coaduna com arbitrariedades e decisionismos, porquanto estas encontram suas bases em subjetividades assujeitadoras, totalmente antidemocráticas. Com efeito, a discricionariedade delegada ao intérprete é característica precípua do positivismo jurídico e não da hermenêutica filosófica.³⁸⁰ À

³⁷⁸ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade...**, p. 137.

³⁷⁹ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição Constitucional à brasileira – situações e limites. Neoconstitucionalismo – ontem, os códigos; hoje, as Constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, nº. 2, Porto Alegre, IHJ, 2004, p. 176.

³⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade...**, p. 137. Em outra passagem da obra, destaca o autor: “Jamais existiu relativismo para a hermenêutica. São antes os adversários da hermenêutica que conjuram o fantasma do relativismo, porque suspeitam existir na hermenêutica uma concepção de verdade, que não corresponde às suas expectativas fundamentalistas. Dessa forma, na discussão filosófica contemporânea, o relativismo funciona como um espantalho ou um fantasma assustador, em favor de posições fundamentalistas, que gostariam de abstrair da conversação interior da alma. Quem fala do relativismo pressupõe que poderia existir para os humanos uma verdade sem o horizonte dessa conversação, isto é, uma verdade absoluta, ou desligada de nossos questionamentos. Como se alcança uma verdade absoluta e não mais discutível? Isso nunca foi mostrado de forma satisfatória. No máximo, ‘ex-negativo’: essa verdade deveria ser não-finita, não-temporal, incondicional, insubstituível, etc. Nessas caracterizações, chama a atenção a insistente negação da finitude. Com razão, pode-se reconhecer nessa negação o movimento básico da metafísica, que é exatamente a superação da temporalidade”. E continua o autor: “Daí a minha insistência: se interpretar é dar sentido (*Sinngebung*), e não reproduzir sentido (*Auslegung*), isto significa que, nesta quadra da história, em pleno giro lingüístico-ontológico, seja aconselhável estimular subjetivismos e/ou axiologismos,

luz da hermenêutica de cariz filosófico, nenhum juiz ou intérprete está autorizado a realizar interpretações discricionárias, daí porque se defende que a referida proposta (da hermenêutica) guarda estreita relação com o modelo de constitucionalismo adotado pelo sistema brasileiro.

Sabe-se que o positivismo jurídico equipara a discricionariiedade à arbitrariedade, na medida em que confere margem de liberdade ao intérprete para que este, nas hipóteses de lacuna do ordenamento ou de conceitos jurídicos indeterminados, opte (de forma solipsista) por qualquer solução, dentre aquelas extraídas da moldura formada pelo direito a aplicar.

E um dos pontos combatidos pela hermenêutica é justamente o pertinente à discricionariiedade na interpretação do direito – entendida como sinônimo de arbitrariedade. Assim, é preciso que se deixe claro, conforme alerta STRECK, que a discricionariiedade combatida pela hermenêutica filosófica “é aquela decorrente do **esquema sujeito-objeto**, da consciência de si do pensamento pensante, enfim, da subjetividade assujeitadora de um intérprete que se considera ‘proprietário dos sentidos (abstratos) do direito’ e que ‘nada’ deixa para a faticidade”.³⁸¹ (grifos no original)

A hermenêutica defendida por GADAMER busca afastar a discricionariiedade, na medida em que, nessa proposta, não há interpretação, nem tampouco aplicação sem compreensão, sendo que esta última se dá a partir da antecipação de sentidos propiciada pela estrutura de compreensão e esta, por seu turno, não está à disposição

alçando o intérprete a senhor do texto, ou que, a partir de uma operação ontológica (clássica), seja ‘possível’ captar a essência dos textos jurídicos, como se estes contivessem conceitos em si-mesmos. Há – e de haver – limites no processo interpretativo. **O processo hermenêutico não autoriza atribuições discricionárias ou segundo a vontade e o conhecimento do intérprete** (ou baseadas nas virtudes pessoais do juiz). O mundo do direito não é um ‘estado de natureza’ (lembramos – como o faremos mais adiante – a tese hobbesiana sobre a origem do Estado absolutista) em que ocorre uma ‘guerra de sentidos contra sentidos’. Veja-se, para tanto, a dura resposta que Gadamer dá àqueles que acusam a hermenêutica de proporcionar o relativismo. Frise-se, ademais, que este é um ponto fundamental da luta pela superação do positivismo-normativista (e de suas variações, como o realismo, o normativismo, as posturas analíticas, etc.): **o constitucionalismo coloca freios à discricionariiedade interpretativa**”. (grifos no original) Ibidem, p. 225-226.

³⁸¹ Ibidem, p. 422.

do intérprete. Portanto, a pré-compreensão autêntica deve impor limites ao decisionismo judicial.³⁸²

Consoante esposado nos capítulos anteriores, o processo de constitucionalização do direito impõe a necessidade de se interpretar os diversos ramos do direito à luz da Constituição Federal, cuja força normativa vincula a todos os intérpretes. É a Constituição – enquanto sistema de regras e princípios – que parametriza a atuação do intérprete, e tende a afastar a possibilidade de arbitrariedades. O constitucionalismo, em tempos de pós-positivismo, não deve permitir qualquer interpretação solipsista³⁸³ vinculada à relação sujeito-objeto.³⁸⁴

Ao contrário, o modelo de constitucionalismo adotado pela Carta de 1988, em face de seu claro viés compromissório, mormente no que diz respeito à concretização dos direitos fundamentais, exige do intérprete, na concepção de Lenio STRECK, a resposta correta. Assim, mais do que uma possibilidade, segundo pensamento do autor, a resposta correta consubstancia uma necessidade, principalmente num País de modernidade tardia como o Brasil:

Por isso, a resposta correta que sempre pode e deve ser encontrada não reside no juiz/intérprete enquanto sujeito do ‘esquema sujeito-objeto’, mas, sim, no juiz/intérprete da relação de compreensão baseada na intersubjetividade (sujeito-sujeito). Assim, o ponto fulcral não é quem dá a resposta correta, mas como esta se dá.

³⁸² Ibidem, p. 448. Para que entenda essa conclusão, é salutar destacar que pré-compreensão não é sinônimo de subjetivismo: “não se pode confundir pré-compreensão com visão de mundo, preconceitos ou qualquer outro termo que revele uma abertura para o relativismo. A pré-compreensão demonstra exatamente que não há espaço para este tipo de relativização subjetivista que acabaria, no fundo, caindo nas armadilhas de um ceticismo filosófico. (...) a pré-compreensão é do nível do *a priori*, antecipador de sentido. A pré-compreensão é uma espécie de totalidade que não pode ser fatiada (como se existisse uma pré-compreensão religiosa e outra leiga/laica). Não nos perguntamos porque compreendemos, pela simples razão de que já compreendemos – lembrando aquilo que ensina Heidegger: em todo *Discurso*, enquanto um existencial do ser-aí, já há uma compreensibilidade sendo articulada. **É por isso que Gadamer diz que o método chega tarde**”. (grifos no original) Ibidem, p. 453-454.

³⁸³ Novamente nos socorremos de Lenio Luiz STRECK: “Nesse novo paradigma, a linguagem passa a ser entendida não mais como terceira coisa que se coloca entre o (ou um) sujeito e o (ou um) objeto e, sim, como condição de possibilidade. A linguagem é o que está dado e, portanto, não pode ser produto de um sujeito solipsista (*Selbstüchtiger*), que constrói o seu próprio objeto de conhecimento. Nesse sentido, a viragem ontológico-linguística se coloca como o que *precede* qualquer relação positiva. Não há mais um ‘sujeito solitário’; agora há uma comunidade que antecipa qualquer constituição do sujeito”. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...**, p. 17.

³⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade...**, p. 358.

(...) penso que, mais do que uma possibilidade, a busca de respostas corretas em direito é uma necessidade.³⁸⁵

E a resposta correta, à luz da hermenêutica de cariz filosófico, é a resposta correta para aquele caso específico, auferida na constante tensão entre “ser” e “ente”, num dialético processo de velamento e desvelamento³⁸⁶⁻³⁸⁷, que advém da síntese

³⁸⁵ Ibidem, p. 341.

³⁸⁶ Ademais, cumpre advertir que a referida resposta correta é provisória, conforme explica Lenio STRECK: “Parece despidendo referir que a resposta correta não é, jamais, uma resposta definitiva. Do mesmo modo, a pretensão de se buscar a resposta correta não possui condições de garanti-la. Corre-se o risco de se produzir uma resposta incorreta. Mas o fato de se obedecer à coerência e integridade do direito, a partir de uma adequada suspensão de pré-juízos advindos da tradição, já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada à Constituição. Veja-se que, em seu *Era das Transições* (Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 224-225), Habermas afirma que a ‘busca da única resposta correta não é capaz de garantir, por si mesma, um resultado correto. Somente o caráter discursivo do processo de deliberação é capaz de fundamentar a possibilidade de autocorreções reiteradas e, destarte, a perspectiva de resultados racionalmente aceitáveis’. Penso que não há dúvida a esse respeito. Hermeneuticamente – e na medida em que o tempo é o nome do ser, e a distância temporal é sempre um aliado, e não um inimigo – a resposta correta é (sempre) provisória, até porque há uma dialética entre velamento e desvelamento. O ser se vela e se desvela. A linguagem proporciona descobertas e encobrimentos. Por isso, os enunciados lingüísticos que descrevem o direito não são o lugar da resposta correta, mas a resposta correta será o lugar dessa ‘explicitação’, que, hermeneuticamente, não se contentará com uma fundamentação de caráter *a priori* dos discursos de fundamentação. Por outro lado, para a hermenêutica, não é possível concordar com a assertiva de que ‘somente o caráter discursivo do processo de deliberação é capaz de fundamentar a possibilidade de resultados racionalmente aceitáveis...’. Há um algo a mais do que esse ‘caráter discursivo de deliberação’, que é decorrente da antecipação de sentido, da faticidade e do modo prático de ser no mundo, que impossibilita a formação de ‘discursos de fundamentação’ de caráter prévio, a partir dos quais se formarão as condições para a aferição da resposta”. Ibidem, p. 339, nota de rodapé nº. 66.

³⁸⁷ Ainda que vinculado a outro marco teórico, Gustavo ZAGREBELSKY destaca que qualquer interpretação deve levar em conta dois fatores: a norma e o caso concreto a ser solucionado: “Cabe decir, en general, que el caso no puede comprenderse jurídicamente si no es por referencia a la norma y ésta por referencia aquéle, pues no es sólo el caso que debe orientarse por la norma, sino también la norma que debe orientarse al caso. La ignorancia de cada uno de estos elementos de la interpretación produciría dos defectos opuestos. Tomar en consideración exclusivamente los casos daría lugar a una pura y simple ‘casuística’, incompatible con la existencia del derecho como ordenamiento; tomar en consideración exclusivamente el ordenamiento conduciría a una ciencia teórica, inútil para la finalidad del derecho. Exceso de concreción en un caso; exceso de abstracción en el otro. En cualquiera caso, malentendimiento de la naturaleza del derecho y malentendimiento de la ‘interpretación’ misma. (...) Según la concepción práctica del derecho, en cambio, la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento. (...) El proceso de interpretación del derecho, el caso es el motor que impulsa al intérprete y marca la dirección. Partiendo del caso se añade al derecho para interrogarlo y obtener de él una respuesta. A partir del caso, el intérprete procede a buscar las reglas y vuelve a él, en un procedimiento circular (el llamado ‘círculo interpretativo’) de dirección bipolar que finaliza cuando se componen de modo satisfactorio del caso y las pretensiones de las reglas jurídicas. Cuando el resultado interpretativo no violenta ni unas ni otras puede decirse que se há ‘logrado’ la interpretación”. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 133-134.

hermenêutica da *applicatio*.³⁸⁸ Por evidente, referida resposta deve ser acompanhada de acurada motivação racional (no plano lógico-semântico – logos apofântico).³⁸⁹

Tanto no exercício da discricionariedade administrativa, quanto na interpretação do direito, não tem o intérprete liberdade para escolher qualquer opção, dentre aquelas contempladas em abstrato pelo texto legal. Impõe-se uma análise hermenêutica que possa demonstrar a solução adequada/correta para o caso concreto, à luz do sistema constitucional. O importante é que reste demonstrado, por meio de esmerada motivação, que a resposta é correta-adequada-à-Constituição³⁹⁰.

Mesmo que não seja plausível sustentar-se a verdade única ou a “única” resposta correta³⁹¹, como se coubesse ao intérprete extrair “a vontade da norma”, “o

³⁸⁸ É preciso diferenciar a resposta correta proposta pela hermenêutica daquela da teoria da argumentação. Veja-se, por exemplo, a resposta correta da teoria do discurso de Habermas, que diz respeito apenas à adequação do discurso de aplicação em face da norma previamente validada. A resposta correta é alcançada a partir de um discurso fundamentador que é prévio, dessa forma, não depende da qualidade dos argumentos, mas sim da estrutura do processo argumentativo. Isso acarreta a possibilidade de várias respostas corretas, na medida em que alterada a estrutura prévia de validade da norma, a resposta, por evidente, será outra. Daí porque essa proposta continua dando ensejo a discricionariedades, diferentemente da hermenêutica que, como visto, advém da síntese da *applicatio*. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade...**, p. 278.

³⁸⁹ Qualquer interpretação, portanto, deve ser realizada numa perspectiva bi-vetorial, conforme pontua Marco Aurélio Marrafon: “O primeiro vetor, o do ‘sentido da estrutura’, é revelado pela hermenêutica filosófica através de seu **logos hermenêutico** e propicia uma abertura de sentido dada sempre *a priori*, vinculando todo o processo interpretativo, inclusive a análise lógica do ente na estrutura. Já o segundo vetor deve dar conta da ‘estrutura do sentido’, exigência da racionalidade lógica, **logos apofântico**, correspondente à tarefa do sistema de direito e seu imperativo de adequação axiológica e teleológica, possível a partir dos princípios contemplados na ordem jurídica. Por isso, a análise sistemática estrutural e imprescindível na **práxis** decisória do direito”. (grifos no original) MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica...**, p. 187.

³⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **A crise...**, p. 220. Ainda, em outra obra do autor: “Penso que, a partir da hermenêutica filosófica – que tenho trabalhado como uma *Crítica Hermenêutica do Direito* –, é possível alcançar aquilo que pode ser denominado de ‘a resposta hermeneuticamente adequada à Constituição’, que, se assim se quiser, também pode ser chamada de ‘resposta correta’. Como procuro demonstrar, a interpretação do direito no Estado Democrático de Direito é incompatível com esquemas interpretativo-procedimentais que conduzam a múltiplas respostas, cuja conseqüência (ou origem) são discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos. Evidentemente, isso implica um reforço do *locus* privilegiado da situação concreta: a decisão de primeiro grau e a justificação/fundamentação exaustiva que deve explicitar a resposta dada ao problema”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade...**, p. 277-278.

³⁹¹ Contrário à possibilidade de uma única resposta correta, Gustavo ZAGREBELSKY salienta: “No se comprendería el significado de las afirmaciones que acabamos de hacer [no sentido de que a interpretação deve levar em conta tanto a norma como as peculiaridades do caso concreto] – es más, podría considerárselas carentes del sentido – si se mantuviera que el ordenamiento está siempre em condición de ofrecer al intérprete una y sólo una respuesta para regular el caso, sólo con que se lo interprete correctamente o, dicho de outro modo, con que se haga un buen uso de los métodos de interpretación”. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 134.

espírito do legislador”, é plenamente possível falar-se em opção correta e solução incorreta. De forma lapidar, Lenio Luiz STRECK explica que:

Ou seja, é possível dizer, sim, que **uma interpretação é correta, e a outra é incorreta**. Movemo-nos no mundo exatamente porque podemos fazer afirmações dessa ordem. E disso nem nos damos conta. Ou seja, na compreensão os conceitos interpretativos não resultam temáticos enquanto tais, como bem lembra Gadamer; ao contrário, determina-se pelo fato de que desaparecem atrás daquilo que eles fizeram falar/aparecer **na e pela** interpretação. Aquilo que as teorias da argumentação ou qualquer concepção teórico-filosófica (ainda) chamam de ‘raciocínio subsuntivo’ ou ‘raciocínio dedutivo’ nada mais é do que esse ‘paradoxo hermenêutico’, que se dá exatamente porque a compreensão é um existencial (ou seja, por ele eu não me pergunto porque compreendi, pela simples razão de que já compreendi; o que faz com que minha pergunta sempre chegue tarde). Uma interpretação será correta quando é suscetível dessa desaparecimento.³⁹²

Com efeito, em GADAMER é possível falar em verdades³⁹³, que se consubstanciam em pré-juízos autênticos, formados a partir da experiência existencial comum, dos quais o intérprete se apropria a partir da sua condição de ser-no-mundo. Para o filósofo alemão, esta questão está vinculada à tradição na qual o intérprete está mergulhado. No plano do direito (Estado Democrático de Direito), referida tradição deve ser vislumbrada como a consolidação do constitucionalismo de viés pós-positivista que aposta no direito como transformador da realidade, principalmente no que diz respeito à concretização dos direitos fundamentais. Assim, a interpretação correta requer a compreensão da “tradição constitucional”³⁹⁴ que parametriza a atuação

³⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade...**, p. 218.

³⁹³ A verdade hermenêutica não é empírica nem tampouco absoluta. Conforme pondera Ernildo STEIN: “A hermenêutica é esta incômoda verdade que se assenta entre as duas cadeiras, quer dizer, não é nem uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta – é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem. É por isso que a hermenêutica é, de alguma maneira, a consagração da finitude e esse é um ponto importante. Estabelecer a racionalidade de uma verdade e de um discurso que não pode ser provado nem empiricamente, nem através de um fundamento último, essa é a tarefa da hermenêutica. É a tarefa que está embutida dentro da concepção de uma **hermenêutica filosófica**. Podemos ver que a hermenêutica filosófica se coloca ali onde não temos nem o empírico como fundamento nem o puramente lógico-tautológico como fundamento – nem aquilo que é afirmado dentro de um contexto rígido, determinado, nem aquilo que pode ser estabelecido tendo por base o fundamento último, mas aquilo que se dá na fluidez da própria história, da própria cultura. Não é, entretanto, tão simples dizer que é dentro da história, da cultura, que se dá a verdade da filosofia hermenêutica”. (grifos no original) STEIN, Ernildo. **Aproximações...**, p. 48.

³⁹⁴ “**Comportar-se constitucionalmente é, pois, resistir constitucionalmente**. Um comportamento constitucional implica compreender a Constituição existencialmente, enquanto presença constante no nosso cotidiano e no nosso labor jurídico. É compreender que sempre estamos a fazer juízos acerca da (in)constitucionalidade de qualquer ato que tenha relevância jurídico-social. E

do intérprete e busca afastar eventuais arbitrariedades – ainda que se reconheça a dificuldade em se falar de “tradição constitucional” em nosso País.³⁹⁵

Em suma, a verdade hermenêutica guarda intrínseca relação com a possibilidade de formação de juízos autênticos (legítimos), os quais dependem da pré-compreensão do intérprete. Transposta a questão para o direito, é possível concluir que a resposta correta será alcançada a partir dos juízos autênticos da pré-compreensão, que somente serão autênticos efetivamente se estiverem em consonância com a ordem constitucional brasileira. Por conta disso, quanto maior a compreensão do intérprete

tenhamos claro que, no campo da aplicação do direito, sempre fazemos jurisdição constitucional. Quando examinamos um texto, este já nos vem filtrado pelos nossos pré-juízos, que podem ser legítimos (verdadeiros) ou ilegítimos (falsos). Um comportamento constitucional não permite que o direito – que é sempre ‘direito constitucional’ (assim como o ser é sempre um ser de um ente) – seja transformado em uma mera racionalidade instrumental, ou algo do qual os juristas possam livremente dispor, para fazer emendas, reformas, interpretações despistadoras e outras manobras que visam enfraquecer a força normativa da Constituição. Em síntese, a destruição da própria Constituição”. (grifos no original) STRECK, Lenio Luiz. **Verdade...**, p. 208.

³⁹⁵ “É por isso que a pré-compreensão acerca do que significa a Constituição, da função da jurisdição constitucional e da revolução copernicana ocorrida no constitucionalismo, torna-se condição de possibilidade para a configuração do lugar da co-originariedade, **onde habita a estrutura prévia do compreender** a partir da virtuosidade do círculo hermenêutico. Dizendo de outro modo, o entendimento da Constituição como sendo o produto de um processo compreensivo, é dizer, de uma *applicatio* hermenêutica, pressupõe um rompimento paradigmático, isto é, torna-se imprescindível saltar do ‘modo apofântico’ para o ‘modo hermenêutico’, isto porque o **compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui**. A Constituição é um ente disponível porque o jurista desde sempre se compreende (autêntica ou inautenticamente) na Constituição (porquanto essa discussão não se descola do paradigma do Estado Democrático de Direito). Como ente disponível, **ela faz parte do modo da existência**, na medida em que o jurista/intérprete opera com ela sempre. (...) Assim, se queremos deixar que o texto – que não subsiste como texto (jurídico), mas sim, somente como uma norma (que é o texto em forma de enunciados, em que o conteúdo veritativo não é nada mais do que a dimensão predicativa, isto é, **aquilo que se diz sobre ele**) – sua correção deverá ser aferida a partir da Constituição, d’onde é possível afirmar que a resposta correta (verdadeira no sentido hermenêutico-constitucional da palavra) será a resposta adequada à Constituição. O intérprete não se depara com um texto infraconstitucional ‘nu’, ‘carente’ do sentido da Constituição. A Constituição é (também) um existencial. Faz parte do modo-de-ser-no-mundo (autêntico ou inautêntico) do jurista/intérprete. Daí que é necessário dizer que uma ‘baixa compreensão’ acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito – inexoravelmente acarretará uma ‘baixa aplicação’, problemática que não é difícil de constatar nas salas de aula de expressiva maioria dos cursos jurídicos do país e na quotidianidade das práticas dos operadores do direito. Isso significa poder afirmar que o próprio sentido de validade de um texto jurídico tem esse sentido prévio advindo da pré-compreensão que o intérprete tem da Constituição. Ou seja, se ele somente tem sentido (válido) se estiver de acordo com a Constituição, ontologicamente esse sentido exsurgerà da antecipação de sentido proporcionado pelo movimento da circularidade. Nem o texto infraconstitucional pode ser visto apartado do sentido da Constituição e nem esta (a Constituição) pode ser entendida como se fosse um ‘ser sem ente’ (uma ‘categoria’ ou uma ‘premissa’). (grifos no original) Ibidem, p. 301.

acerca da Constituição, mais efetiva será a possibilidade de respostas corretas no direito.³⁹⁶

Para STRECK³⁹⁷, a teoria do direito – em um Estado que prima pela democracia e pela concretização dos direitos fundamentais – pressupõe um conjunto de princípios aptos a estabelecer padrões hermenêuticos com o escopo de:

- a) preservar a autonomia do direito, que requer a correção funcional; o respeito à rigidez do texto constitucional, que assegura o direito contra as concepções revolucionárias pertinentes à infalibilidade do legislador; a preservação da força normativa da Constituição e da sua máxima efetividade;
- b) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional, com o intuito de limitações às decisões judiciais, afastando eventuais discricionariedades;
- c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito, a partir dos aportes de DWORKIN;³⁹⁸

³⁹⁶ Não obstante, a Constituição somente poderá servir como limite à discricionariedade administrativa caso sua leitura seja feita a partir da alteração paradigmática operada na filosofia, da consciência para a linguagem, conforme explicitado por Leonel OHLWEILER: “No entanto, a existência de normas constitucionais não é suficiente para resolver a questão da democracia. É imprescindível a superação do que anteriormente já foi referido, a filosofia da consciência, rompendo-se com os paradigmas metafísicos. Os operadores do Direito devem adotar uma postura de diálogo com a tradição democrática, a fim de que venham a ser desveladas novas possibilidades significativas do texto constitucional. As pré-compreensões, estruturadas pelo sentido comum teórico dos juristas, devem ensejar um processo de fusão de horizontes hermenêuticos. Os juízes, ao exercerem o controle dos signos jurídico-administrativos, vão fazer algo e entrar em cena com algo que não era, através de um processo dialético, sendo formuladas perguntas de como consolidar o ideal democrático, insculpido na Constituição Federal de 1988, possibilitando o surgimento de novas áreas simbólicas de realização democrática. É imprescindível, como lembra Hesse, que haja uma disposição de reconhecer os conteúdos da Constituição como obrigatórios, constituindo-se uma forma de garantir a sua **força normativa**”. OHLWEILER, Leonel. **Direito administrativo...**, p. 123-124.

³⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade...**, p. 541-542.

³⁹⁸ O direito como integridade exige do juiz que se considere como um autor na cadeia do direito. Ele sabe que outros juízes decidiram casos que tratam de problemas semelhantes e deve considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão. O veredito de um juiz deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso seja possível. A integridade afasta a concepção de um direito conciliatório, que trate situações similares de formas diferentes e protege contra a parcialidade, a

- d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais, com o intuito de garantir o controle de tais decisões, constatando-se sua compatibilidade com a Constituição Federal;
- e) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada, o que será materializado, novamente, a partir da motivação do intérprete, blindando-se a interpretação contra arbitrariedades e decisões que afrontem a Constituição Federal.

Consoante analisado ao longo deste trabalho, o processo de compreensão/interpretação do direito deve levar em conta a força normativa da Constituição e sua máxima eficácia, que vincula todos aos seus termos, parametrizando a atuação da Administração quando do exercício do poder discricionário. A Constituição, portanto, impõe limites ao administrador público e restringe, de certa forma, a referida discricionariedade. Por conta disso, para o fim de se aferir a compatibilidade da ação administrativa aos limites consagrados no texto constitucional, impõe-se um acurado controle dos atos proferidos pelo Poder Público, o que somente será possível mediante esmerada motivação.

Na linha defendida anteriormente por STRECK, qualquer cidadão tem o direito de ver sua pretensão analisada a partir da Constituição, conferindo-se amplo controle no sentido de atestar se a solução apresentada está ou não constitucionalmente adequada, o que será materializado por meio da motivação do intérprete, blindando-se a interpretação de decisionismos solipsistas que afrontem a Constituição Federal.

Com maior razão, na seara do direito administrativo, também o cidadão tem o direito a uma gestão pública que vise a consecução das finalidades esculpidas na Carta Constitucional, daí porque a discricionariedade administrativa deve almejar a realização desses objetivos.

fraude ou outras formas de corrupção oficial. Existe mais espaço para o favoritismo ou o revanchismo em um sistema que não prime pela coerência.

Tem-se, em apertada síntese, que a resposta correta pode ser alcançada a partir do abandono do esquema sujeito-objeto pela adoção dos elementos fundamentais da hermenêutica, a saber: o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. Ao percorrer o referido círculo, não pode o intérprete olvidar dos princípios anteriormente colacionados.

Há que se reconhecer o importante papel desempenhado pelo intérprete na conformação da resposta correta. Este, a depender de suas pré-compreensões e das características do caso concreto, pode apresentar solução diversa daquela que seria adotada por outro intérprete, inserido em outras circunstâncias.

Ainda que não se vislumbre a única opção correta, é possível identificar soluções equivocadas, em descompasso à ordem jurídica. Isso porque, também exerce substancial influência o ordenamento jurídico, que confere o programa normativo que respaldará a decisão do agente.

Traçadas estas indispensáveis premissas, impõe-se uma releitura da discricionariedade administrativa à luz da hermenêutica filosófica.

3.4. DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA: UMA NECESSÁRIA RELEITURA A PARTIR DOS APORTES DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA.

Consoante explicitado no segundo capítulo desse trabalho, o processo de constitucionalização do direito exige uma releitura acerca da concepção de discricionariedade administrativa, sendo imprescindível reconhecer que tal dever-poder não decorre apenas da lei, em sentido formal, mas deve ser extraída do ordenamento jurídico, considerado em sua totalidade como um sistema de princípios e regras.

Os poderes, tanto discricionários quanto vinculados, devem ser delineados à luz do sistema, impondo-se uma filtragem constitucional³⁹⁹ do Direito Administrativo com o escopo de substituir-se o dogma da onipotência da lei por uma leitura que

³⁹⁹ Terminologia adotada por SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica.** Porto Alegre: Fabris Editor, 1999.

perpasse pelo conjunto de princípios e regras que informa todo o ordenamento constitucional. Nessa esteira, a discricionariedade vincula-se não apenas à lei, mas também e, principalmente, à Constituição.⁴⁰⁰

Indubitável constatar que a doutrina costuma analisar a discricionariedade e a vinculação de forma contraposta, incidindo aquela nas hipóteses em que a lei confere margem de liberdade ao administrador, e esta última quando já se estabelece de antemão e em termos de incontestável objetividade a única solução a ser adotada, sem qualquer margem de subjetividade do intérprete.

Essa concepção, porém, ainda está atrelada ao paradigma da filosofia da consciência e à metodologia lógico-dedutiva típica do positivismo, por meio da qual seria possível extrair do texto normativo a verdade única.⁴⁰¹ Somente à luz desse paradigma é possível defender-se a vinculação administrativa como poder exercido nas hipóteses em que o ordenamento já contempla em abstrato, de forma objetiva, a única solução a ser adotada, cabendo ao intérprete apenas “descobrir” a verdade contida no enunciado normativo.⁴⁰²

⁴⁰⁰ “O engano maior está em supor que a vinculação se dê inteira e exclusivamente em relação ao princípio da legalidade, quando é claro que deve ser mais abrangente, vale dizer, o ato administrativo deve estar ligado à totalidade dos princípios, sendo este um ideal irrecusável de que deve cuidar o estudioso e aplicador do Direito Administrativo”. FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 134.

⁴⁰¹ Conforme explica Marco Aurélio MARRAFON, “a metodologia lógico-dedutiva do positivismo formalista exige que se possa extrair da norma a verdade única, justamente porque ela é tratada como um axioma que funciona como ponto de partida para a dedução. Tal concepção resulta na acima citada teoria mecanicista da interpretação do direito, a qual surge no contexto do paradigma da filosofia da consciência como uma crença na possibilidade de uma interpretação neutra, objetiva e imparcial, que pudesse extrair do texto legal seu exato e real sentido”. MARRAFON, Marco. **Hermenêutica...**, p. 51, 52. Nesse sentido, a aplicação do direito consubstanciava um processo lógico-dedutivo de submissão do fato (premissa menor) à lei (premissa maior), acarretando uma conclusão lógica, somente declarada pelo intérprete, que não desenvolvia qualquer trabalho criativo.

⁴⁰² Conforme crítica de Leonel OHLWEILLER: “(...) como o homem é um ser histórico, não se poderia falar em uma compreensão definitiva, como um conceito *a priori*. No Direito Administrativo, muitas vezes, os operadores do direito olvidam esta premissa, e trabalham com compreensões definitivas e dados *a priori*. A lei, ensejadora do princípio da legalidade, leva à construção de tal forma de pensamento, funcionando como depositária das compreensões estandardizadas do mundo, prontas para serem desveladas. A discussão relativa ao controle dos atos discricionários pelo Poder Judiciário, por exemplo, passa por tal questão, pois em geral há a busca de uma construção lógica da discricionariedade, fulcrada no conteúdo legal, como se fosse algo-em-si localizado no interior dos dispositivos normativos”. OHLWEILLER, Leonel. **Direito administrativo...**, p. 90-91.

Conforme alerta Juarez FREITAS, é preciso afastar dois equívocos comuns, a saber:

(a) a crença na discricionariedade ilimitada ou na existência de zona juridicamente irrelevante, interdita à sindicabilidade, com a falha grave de permitir, no seio do Estado Constitucional, a permanência de esfera exclusivamente política e – o que é pior – imune ao controle negativo, não obstante crivada de vícios de fisiologismo ou de improbidade.

(...)

(b) a crença, não menos equivocada, de que em dadas circunstâncias, normativamente estabelecidas, o agente público operaria como um singelo vassalo da lei, preso à vinculação ‘robotizada’, cuja suposta inevitabilidade o liberaria de qualquer responsabilidade ético-jurídica.⁴⁰³

Para o fim de delimitar-se a concepção adotada neste trabalho acerca da discricionariedade e da vinculação, é preciso que se deixe claro que, com o advento da guinada lingüística, não se justifica mais qualquer vinculação absoluta, cega, já que muitas expressões normativas são indeterminadas *a priori*. Além disso, não se pode olvidar que o resultado da interpretação guarda estreita relação com as pré-compreensões que o intérprete traz consigo, o qual confere sentido ao texto normativo, sendo a norma fruto desse processo interpretativo.⁴⁰⁴ Essas constatações bem demonstram o equívoco do positivismo jurídico ao defender a possibilidade de se extrair do texto normativo a verdade única e, portanto, da vinculação absoluta.⁴⁰⁵

É preciso superar o que Lenio Luiz STRECK denominou de crise de paradigmas que atravessa o imaginário dos juristas:

(...) a crise possui uma dupla face: de um lado, uma crise de modelo de direito (preparado para o enfrentamento de conflitos interindividuais, o direito não tem condições de enfrentar/atender as demandas de uma sociedade repleta de conflitos supraindividuais), problemática de há muito levantada por autores como José Eduardo Faria; de outro, a crise

⁴⁰³ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade...**, p. 10-11.

⁴⁰⁴ Lapidar, nesse sentido, as lições de Riccardo GUASTINI: “chamo de ‘norma’ todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou a um fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de fragmentos de disposições). Em outros termos, pode-se também dizer assim: a disposição é (parte de) um texto ainda por ser interpretado; a norma é (parte) um texto interpretado”. GUASTINI, RICCARDO. **Das fontes...**, p. 25.

⁴⁰⁵ Com inequívoco acerto, Juarez FREITAS pondera que: “Não se realiza em nenhuma província do Direito a subsunção automática da regra ao caso. Implausível sustentar “a” única solução correta (sequer nos atos de plena vinculação). Irrenunciável, desse modo, sem unilateralismo excludente, a busca da melhor solução, historicamente condicionada, desfeita a quimera do dedutivismo formal. Somos o que interpretamos. Absurda qualquer vinculação escrava”. FREITAS, Juarez. **Discricionariedade...**, p. 18, nota de rodapé 4.

dos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, o que significa dizer, sem medo de errar, que ainda estamos reféns do esquema (representacional) sujeito-objeto. Fundamentalmente, essa crise de dupla face sustenta o modo exegético-positivista de fazer interpretar o direito. Explicando melhor: se, de um lado, parte considerável dos juristas ainda sustentam posturas objetivistas (em que a objetividade do texto sobrepõe-se ao intérprete, ou seja, a lei ‘vale tudo’, espécie de consolidação do ‘paraíso dos conceitos do formalismo’ de que falava Hart), de outro, há um conjunto de posições doutrinário-jurisprudenciais assentadas no subjetivismo (de vertentes axiológicas, realistas, etc.), segundo o qual o intérprete (sujeito) sobrepõe-se ao texto, ou seja, ‘a lei só é a ponta do iceberg, isto é, o que vale são os valores ‘escondidos’ debaixo do iceberg’. A tarefa ‘crítica’ desse intérprete ‘privilegiado’ seria a de ‘descobrir’ esses valores ‘submersos’ (...). O aspecto ‘crítico’ estaria no fato de que o barco do positivismo bateria contra esses ‘valores submersos’.⁴⁰⁶

Assim, também nos atos vinculados é indispensável a atuação do intérprete, seja em face da indeterminação dos conceitos normativos, seja porque está ele submetido não apenas aos ditames da lei, mas ao ordenamento jurídico que, conforme já se salientou, é composto por princípios e regras. Na atuação, mesmo vinculada, caberá ao agente administrativo constatar, munido de suas pré-compreensões, qual solução melhor se coaduna com as regras e princípios aplicáveis ao caso concreto.⁴⁰⁷

Reprise-se, uma vez mais, que no exercício da função administrativa quase sempre é necessário um trabalho interpretativo (até porque interpretar já é aplicar)⁴⁰⁸ em decorrência da própria “textura aberta” dos enunciados normativos, exigindo uma atuação do intérprete no sentido de delimitar, em concreto, o termo indeterminado em abstrato. Esta atividade equivale à interpretação que, conforme já analisado, na se confunde com a discricionariedade propriamente dita.

⁴⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **A crise...**, p. 203-228.

⁴⁰⁷ Nesse sentido, Juarez FREITAS: “deveras, o ato vinculado, malgrado a aparente ausência de ‘discricionariedade volitiva’ ou avaliativa, comporta sempre o exame de aspectos relacionados à indeterminação cognitiva (efeito da ambigüidade/equivocidade ineliminável dos enunciados normativos e da ‘textura aberta’ - na expressão de Friedrich Waismann), aspectos que transcendem a aplicação acrítica das condições de aplicação das regras (Tatbestand). A não ser desse modo, a lúgubre máxima *in claris cessat interpretatio* voltaria a assombrar, e todos os progressos hermenêuticos seriam postos a perder. Há, sem dúvida, motivos de sobra para afugentar tal fantasma: em primeiro lugar, a indeterminação dos conceitos normativos nunca será abolida inteiramente, sob pena de recaída, voluntária ou involuntária, nas armadilhas da Escola da Exegese ou de seus rebentos contemporâneos mais sofisticados. Em segundo lugar, implausível que a vinculação às regras prepondere. É, de todo em todo, inapropriado dar as costas à capital clivagem hierárquica e funcional entre princípios constitucionais e regras legais. Agir, sim, mas só depois de pensar em termos de Constituição”. FREITAS, Juarez. **Discricionariedade...**, p. 9.

⁴⁰⁸ Sobre o tema, remete-se o leitor ao terceiro capítulo deste trabalho.

Da mesma forma que não se cogita uma vinculação absoluta, também é errôneo pressupor a discricionariedade pura⁴⁰⁹, sem limites, consoante já se antecipou. A discricionariedade administrativa decorre, na verdade, do dever-poder conferido pelo ordenamento jurídico⁴¹⁰ para que o agente administrativo possa aferir, à luz das peculiaridades da necessidade a ser atendida, qual a solução adequada ao ordenamento jurídico. Expressa, portanto, um juízo de oportunidade e conveniência.

Em qualquer hipótese – atividade interpretativa ou discricionariedade administrativa – não haverá liberdade irrestrita. Ao revés, essa atuação deverá se coadunar com as regras e os princípios incidentes, exigindo-se esmerada motivação, apta a demonstrar a juridicidade e legitimidade da decisão.

Ao definir o conceito de legitimidade, no âmbito da administração pública, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, asseverou que:

(...) para o administrador, por fim, ao qual cabe aplicar a lei para promover os interesses públicos confiados ao Estado, a legitimidade tanto poderá estar integralmente contida na legalidade, cabendo-lhe, tão-somente, praticar atos vinculados, como apenas parcialmente nela contida, necessitando praticar atos em que lhe caberá fazer, abstrata ou concretamente, **opções legítimas**. (...) a legitimidade é definida pelos fins e, desde que tais fins estejam expressa ou implicitamente contidos na lei, torna-se possível traduzi-la em termos de legalidade e, assim, indiretamente, submetê-la a controle.⁴¹¹ (grifos no original)

Escolha legítima é aquela que retrata a opção adequada para o caso concreto. Há, portanto, o dever de escolher bem, como decorrência do princípio da eficiência, esculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que guarda intrínseca relação com

⁴⁰⁹ Como ensina Sérgio GUERRA: “se, de um lado, a atividade da Administração não pode conformar-se com a generalização da competência vinculada, sendo indispensável adaptar-se constantemente às circunstâncias particulares e mutáveis que a norma não pôde prever, de outro lado, uma Administração amplamente discricionária não oferece aos cidadãos qualquer segurança, pois se volta, em diversas situações, ao arbítrio despótico por meio de abuso ou desvio de poder”. GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 71.

⁴¹⁰ José Eduardo Martins CARDOZO ressalta que a discricionariedade pode ser conferida tanto pelo legislador quanto pelo conjunto de princípios: “a definição do universo de alternativas válidas (...) deve ser construída a partir da interpretação jurídica não só da norma legal que outorga a sua competência mas também de todo o conjunto de princípios (...). CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o estado de direito. In: GARCIA, Emerson (coordenador). Op. cit., p. 43-77.

⁴¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade ...**, p. 25-28.

o “dever de boa administração”⁴¹²⁻⁴¹³. Não é justificável a escolha de qualquer opção, dentre as admitidas abstratamente pelo ordenamento jurídico. Sobre o tema, pondera Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO: “(...) a discricção administrativa não pode significar campo de liberdade para que o administrador, dentre as várias hipóteses abstratamente comportadas pela norma, eleja qualquer delas no caso concreto”.⁴¹⁴

Será legítima a escolha que assegurar a concretização dos princípios incidentes, ou seja, que for eficaz, proporcional, razoável, responsável, motivada, transparente, imparcial, condizente com a moralidade, com os direitos fundamentais em jogo⁴¹⁵, e que leve em conta as reais necessidades da sociedade. Nesse compasso, o exercício da discricionariedade deve guardar estreita vinculação com as políticas públicas e, estas, por seu turno, com as efetivas prioridades da sociedade.

Um País que sofre com a ineficácia do Estado para atender todas as demandas sociais, em virtude da escassez dos recursos públicos, não pode ficar inerte diante dos desmandos do próprio Estado na gestão desses recursos. Assim, o dever de boa administração, que decorre do princípio da eficiência, exige que a discricionariedade esteja motivadamente vinculada ao sistema constitucional e que retrate uma decisão não apenas legal, mas principalmente legítima.

Por conta disso, não se justifica mais a contraposição absoluta entre atos discricionários e vinculados, na medida em que impossível cogitar-se vinculação plena

⁴¹² Sobre o tema, vide GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 130-136.

⁴¹³ Sem adentrar na discussão pertinente a boa administração ser ou não um direito fundamental, discussão esta que ultrapassa os limites deste trabalho, o fato é que não se pode olvidar a existência de um dever de boa administração por parte da Administração Pública, conforme pondera Juarez Freitas: “É que o estado da discricionariedade legítima, na perspectiva adotada, consagra e concretiza o direito fundamental à boa administração pública, que pode ser assim compreendido: trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”. FREITAS, Juarez. **Discricionariedade...**, p. 20.

⁴¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit., p. 36.

⁴¹⁵ Conforme destaca Ingo Wolfgang SARLET: “os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas e atividades (...). O que importa, neste contexto, é frisar a necessidade de os órgãos públicos observarem nas suas decisões os parâmetros contidos na ordem de valores da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais, o que assume especial relevo na esfera da aplicação e interpretação de conceitos abertos e cláusulas gerais, assim como no exercício da atividade discricionária”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 392.

ou discricionariedade pura, sem limites. Mais correto falar-se em graus de vinculação à determinação normativa prévia. Nesse sentido é a irretorquível distinção de Juarez FREITAS:

A distinção sutil entre os atos vinculados e discricionários cinge-se à intensidade da vinculação à determinação normativa prévia, não tanto ao grau de liberdade de apreciação. **No caso dos atos discricionários, o bom administrador público emite juízos decisórios de valor (no campo da escolha de conseqüências e na determinação dos conceitos normativos, presentes na hipótese de incidência⁴¹⁶) no encaço presumível de conferir a máxima concretização à coexistência exitosa dos valores projetados pelo sistema. Já na prática dos atos vinculados (impossível a vinculação inteira e maciça) o bom administrador emite o mínimo de juízo necessário à determinação do conteúdo do comando legal e à subordinação principiológica completa, para além do princípio da legalidade.** Ou seja, não foge, impunemente, para o mundo pseudo-seguro das regras.⁴¹⁷ (grifos no original)

Seguindo essa linha, a discricionariedade administrativa pode ser conceituada como o dever imposto ao administrador público de encontrar, em face do caso concreto, dos critérios delimitados no sistema e segundo seu juízo de oportunidade e conveniência, a solução correta (adequada à Constituição) para o caso concreto, entendida como aquela que propicia a máxima concretização dos valores projetados pelo sistema.

Nesse viés, cumpre esclarecer que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade: enquanto a primeira se refere à atuação pautada no ordenamento jurídico, a segunda consigna o exercício de um poder fora dos parâmetros fixados pelo direito.⁴¹⁸

⁴¹⁶ Convém destacar que, conforme asseverado no item pertinente à discricionariedade administrativa e judicial, entende-se que a atuação do intérprete de dar sentido aos conceitos jurídicos indeterminados não se confunde com a discricionariedade propriamente dita, porquanto esta expressa um juízo de conveniência e oportunidade, o que não ocorre no processo interpretativo.

⁴¹⁷ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade...**, p. 20.

⁴¹⁸ “A discricionariedade encontra seu limite na legalidade, enquanto a arbitrariedade o ultrapassa e, por essa razão, avança o território da ilegalidade (e, notadamente, da inconstitucionalidade material). A discricionariedade envolve exercício de uma atividade nos limites da lei, ainda que o agir administrativo, nessa situação, resulte da concretização de um ato normativo dotado de um grau superior de abstração o que conduzirá, inevitavelmente a uma atuação colmatadora da administração. Nesse espaço, ainda estar-se-á diante da concretização (aberta) do interesse público em face de determinada situação de fato. A arbitrariedade, por sua vez, escora-se na vontade pessoal do administrador público, manifestando exercício de um poder desvinculado de quaisquer parâmetros legais”. KNOER, Fernando Gustavo; KNOER, Cibele Fernandes Dias. Efeitos da vinculação e da discricionariedade. In: **Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 256-257.

Partindo-se do pressuposto de que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, a escolha apenas será legítima se fundamentada em justificativas aceitáveis racionalmente. E a aferição da compatibilidade das razões aduzidas com o sistema constitucional somente será crível mediante profunda sindicabilidade. Daí porque o exercício da função administrativa, seja ela vinculada ou discricionária, deve ser acompanhado de um acurado controle, tanto interno (pela própria entidade) quanto pelo Poder Judiciário.

A hermenêutica filosófica propõe-se a restringir a discricionariedade, apontando determinados parâmetros ao intérprete no sentido de contribuir para a “descoberta” da solução adequada para o caso concreto.

Não restam dúvidas de que a hermenêutica tem contribuído de forma significativa para a sindicabilidade da interpretação jurídica, a partir da compreensão dos elementos estudados anteriormente (círculo hermenêutico, pré-compreensões, distância temporal e história efetual). Sendo assim ela também é uma importante ferramenta no controle da discricionariedade administrativa, não propriamente no que diz respeito ao mérito do ato administrativo, mas sim ao dar as balizas para a interpretação do direito. Não se pode olvidar que qualquer exercício discricionário (na esfera administrativa) pressupõe uma atividade interpretativa do direito. Por conta disso é que é possível defender que a hermenêutica filosófica de GADAMER pode ser aplicada no momento em que o agente público for conferir sentido a determinado texto legal, com o intuito de fixar os parâmetros (limites) para a prática do ato discricionário.

Ora, a prática de qualquer ato administrativo requer do agente uma compreensão do comando legal que confere referido poder discricionário.⁴¹⁹ Na

⁴¹⁹ Cumpre destacar, na esteira de STRECK, que o as críticas feitas nesse trabalho em relação à discricionariedade não importam numa vedação ao trabalho interpretativo. Sabe-se, por evidente, que a interpretação sempre será necessária. Porém, este trabalho criativo não depende da subjetividade assujeitadora do intérprete que, de forma egoísta – solipsista – confere sentido aos enunciados normativos de acordo tão-somente com sua vontade. Ao revés, referido sentido exsurge de uma intersubjetividade. Vejamos as pertinentes ponderações do autor: “Por tudo isso – e permito-me insistir nesse ponto – discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo, **uma questão de democracia**. Consequentemente, deveria ser despiciendo acentuar que **a crítica à discricionariedade judicial não é uma ‘proibição de interpretar’**. Ora, interpretar é dar sentido (*Sinngebung*). É fundir horizontes. E o direito é composto por regras e princípios, ‘comandados’ por

conformação deste ato, deve o intérprete ter a cautela de não deixar seus pré-juízos inautênticos interferirem em tal interpretação. Somente percorrendo o círculo hermenêutico é que será possível alcançar-se a resposta correta que, no caso do direito, será aquela adequada à Constituição Federal. Dessa feita, ainda que se cogite a existência de margem de liberdade ao intérprete, na prática de ato administrativo discricionário, deve-se ter em mente que tal “liberdade” é meramente política, não abrangendo, portanto, a interpretação do direito.

Seguindo essa linha, a tese da resposta correta de forma alguma pode acarretar o esvaziamento da ação política no interior do Estado Constitucional. Ao revés, consoante já defendido em momento anterior, sabe-se que o juízo de oportunidade e conveniência é indispensável, em determinados momentos, para garantir a consecução do interesse público. A crítica direcionada neste trabalho diz respeito à discricionariedade típica do positivismo, que confere ampla margem de liberdade ao intérprete, no momento da conformação de sentido do texto legal, o que pode contribuir para o alargamento demasiado da discricionariedade administrativa. Em outras palavras, um intérprete que não possua uma consciência hermenêutica pode entender que determinado enunciado normativo confere margem de discricionariedade administrativa quando, na verdade, só existe uma única resposta adequada à Constituição. O que se objetiva, portanto, é o controle da discricionariedade interpretativa, bem como o exercício da oportunidade e conveniência de forma compatível com a Constituição Federal.

No plano do direito, tem-se que o intérprete quando se depara com um determinado texto legal já o lê a partir da antecipação de sentido propiciada pela estrutura da pré-compreensão, a qual pode estar contaminada pelos juízos inautênticos.

uma Constituição. Assim, afirmar que os textos jurídicos contêm vaguezas e ambigüidades e que os princípios podem ser – e na maior parte das vezes são – mais ‘abertos’ em termos de possibilidades de significado, **não constitui novidade**, uma vez que até mesmo os setores mais atrasados da dogmática jurídica já se aperceberam desse fenômeno. O que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, a sua transformação em normas) **não depende** – e não pode depender – de uma subjetividade assujeitadora (esquema S-O), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete. Ora, fosse isso verdadeiro, teríamos que dar razão a Kelsen, para quem **a interpretação a ser feita pelos juízes é um ato de vontade**. Isso para dizer o mínimo!”. (grifos no original) STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...**, p. 87.

Conforme já destacado, para que o intérprete possa enxergar o texto, a partir dele mesmo, é imprescindível que se abra ao universo ôntico, prevenindo-se da subjetividade de suas próprias idéias, eliminando-se assim as falsas antecipações de sentido (sejam as decorrentes dos pré-juízos subjetivos, sejam aquelas provenientes do inconsciente).

Para atingir tal desiderato, deve percorrer o círculo hermenêutico, o que ocorre sempre que o intérprete busca ampliar seu projeto inicial, para colocá-lo à prova. Assim é que o sujeito hermeneuticamente consciente deve abrir espaço ao outro – o que no campo do direito se dá pela busca de precedentes, doutrinas, bem como outras fontes que possam auxiliar o intérprete em sua compreensão.⁴²⁰ A cada abertura – ou

⁴²⁰ Conforme esposado por Leonel OHLWEILER: “Para Gadamer, a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. O trabalho de concretização, no entanto, no entanto, não pode resumir-se simplesmente em um conhecimento dos artigos correspondentes, exigindo-se um conhecimento do labor desenvolvido pelos Tribunais, da dogmática jurídica, o que também não importa em uma atividade de mera subsunção. A interpretação de uma norma jurídica não está relacionada com o sentido intentado pelo autor, mas muito mais como um texto necessitado de interpretação. A reflexão é o que possibilita a contínua mediação entre o presente e o passado, possibilitando que o jurista rompa com os poderes dogmáticos. (...) A aplicação dos termos indeterminados pode ser entendida como uma fusão de horizontes e uma mediação da distância no tempo, em que o intérprete vale-se da experiência da tradição e em um movimento circular que vai do hermeneuta ao texto e desde ao hermeneuta. A partir do texto procede-se a uma atualização, sendo assim exigível a presença de um intérprete atual. A tarefa da hermenêutica não restará realizada caso houver somente a captação no passado de coisas cerradas e conclusas, em vez de algo sempre inacabado ou que possa ser de novo interrogado para extrair dele o inédito.(...) A concepção aqui adotada é dialógica, e não de domínio, sendo importante estar aberto para o que diz a tradição. No entanto, estar aberto não significa realizar o que o outro diz, mas ouvir o que tem para dizer. Uma consciência hermenêutica tem sua consumação na abertura para a experiência que caracteriza o homem experimentado frente ao dogmático. (...) Esta abertura acima mencionada inicia-se com uma pergunta, pois não se faz experiência sem a atividade da pergunta. Abrir perguntas sem reservas e delas servir-se como um caminho a ser percorrido de maneira conjunta. Na elaboração de uma pergunta, direcionada para um sentido, o perguntado é colocado sob uma determinada perspectiva, adotando uma posição de quem quer saber e não de quem pergunta para ter razão. Perguntar é saber que não se sabe. A razão dialética passa por perguntas e respostas. Perguntar quer dizer abrir, e a abertura do perguntado quer dizer que não está fixada a resposta. Na hermenêutica jurídica dos termos legais indeterminados, deve-se então falar de um horizonte do perguntar como a perspectiva para entendê-los. (...) Compreender é retroceder com perguntas, isto é, aquele que pretende compreender deve retroceder com suas perguntas mais além do que está dito e entender o texto como uma resposta a uma pergunta para a qual é a resposta. (...) O caráter especulativo possibilita uma atualização do texto jurídico, já que o caráter circular do processo hermenêutico não busca um sentido primeiro, **‘mas renovar a efetividade histórica do texto por referência à nova situação em que procede a interpretação’**, onde os pré-juízos são colocados criticamente frente às possibilidades significativas do texto. No desenvolvimento de compreensão dos termos indeterminados, o intérprete coloca-se frente às produções doutrinárias e jurisprudenciais, liberando os seus pré-juízos através da situação da pergunta frente ao texto. Não se pretende, por óbvio, entender a aplicação destes termos jurídicos

volta – do referido círculo verifica-se uma ampliação do projeto inicial, na medida em que as próprias pré-compreensões do sujeito restaram alargadas. É justamente a distância operada entre a primeira leitura e o projeto final que permite ao intérprete identificar e afastar os juízos inautênticos⁴²¹, empreendendo-se uma compreensão a partir das pré-compreensões universalizáveis. É nesse momento que a resposta correta exsurge.⁴²²

através do rigor metodológico propugnado pelos critérios anteriormente expostos no Capítulo I, sob pena de cair em um positivismo rígido. Na aplicação dos termos indeterminados não há uma atividade de mera subsunção dos casos concretos dentro da generalidade da lei, pois, se assim fosse, haveria uma simplista aplicação a-histórica e fixista. Com efeito, pode-se falar em algo externo, quer dizer, a história efetual da norma, sendo a aplicação fulcrada no devenir histórico da compreensão dos signos jurídicos, que é por onde são captadas as suas virtualidades. É claro que, neste processo de compreensão, como ser histórico que é o intérprete, ele está vinculado ao conjunto de expectativas de sentido da doutrina e jurisprudência, pois é um sujeito integrado à tradição. No entanto, e aqui reside um aspecto importantíssimo, **‘não está atado indefectivamente a uma compreensão, pois entender é sempre uma atitude de abertura e prévio a algo criador e complementar do passado’**. (grifos no original) OHLWEILER, Leonel. **Direito administrativo...**, p. 101-106.

⁴²¹ Novamente cumpre colacionar as lições de STRECK: “Afim, são **os pré-juízos não percebidos que, no seu domínio, tornaram-se surdos para a coisa de que nos fala a tradição**, como bem explica Gadamer. Pré-juízos falsos/inautênticos devem ser desmascarados, anulando-se a sua validade, uma vez que, enquanto **continuam a nos dominar, não os conhecemos e nem os repensamos como juízo**. Daí a contundente assertiva de Gadamer, alertando para o fato de que **não será possível desvelar um pré-juízo enquanto ele agir continuamente e sub-repticiamente**, sem que saibamos, mas, somente ocorre no encontro com a tradição. E observemos: se é verdade que existe uma tradição ilegítima que conforma o *modus* interpretativo dos operadores do direito – pelo qual ainda se crê na **plenipotencialidade da regra**, na equiparação (metafísica) entre texto e norma, entre vigência e validade, e pelo qual ainda se acredita, de um lado, na possibilidade da busca de essências (vontade da norma, espírito do legislador, para dizer o menos) e, de outro, na direção inversa, crê-se em uma espécie de livre atribuição de sentidos - , **também é verdade que há uma tradição legítima, conformada a partir do neoconstitucionalismo e das posturas pós-positivistas que apontam para a superação desse modelo exegético-positivista, que dá azo a decisões fruto de (meras) subsunções, em pleno paradigma do Estado Democrático de Direito**. É nesse universo – de avanços e retrocessos – que se colocam os pré-juízos (autênticos e inautênticos) conformadores da capacidade de compreensão dos juristas”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade...**, p. 271-272.

⁴²² Nessa linha é a importante conclusão de STRECK: “**Não há grau zero na atribuição de sentido**. Insisto: o intérprete deve estar atento à tradição (e à sua autoridade), compreender os seus pré-juízos como pré-juízos, promovendo uma reconstrução do direito, perscrutando de que modo um caso similar (não somente a ementa, é evidente, lembrando, aqui, a questão da hermenêutica representada pelo grau de objetivação abrangente que cada decisão deve ter/conter) vinha sendo decidido até então, confrontando a jurisprudência com as práticas sociais que, em cada quadra do tempo, surgem estabelecendo novos sentidos às coisas e que provocam um choque de paradigmas, o que sobremodo valoriza o papel da doutrina jurídica e a interdisciplinariedade do direito. Como bem diz Gadamer, a compreensão alcança suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as quais se inicia não são arbitrarias. Em outras palavras, para voltar aos exemplos, não importam para o direito as opiniões pessoais que o intérprete (juiz, tribunal, etc) tenha a respeito de furtos, porte de armas, cães, etc. Dito de outro modo, não importam, para o direito, as opiniões pessoais do intérprete (juiz, promotor de justiça, ministro de tribunal) sobre o sonegação de tributos e sobre (a adequada utilização/emprego dos recursos públicos) se o Estado gasta mal ou bem o produto arrecadado. Não é

Em sede de discricionariedade administrativa, esse caminho deverá ser percorrido pelo agente no momento da delimitação das balizas de sua atuação, com o escopo de aferir se, de fato, remanesce poder discricionário que legitime a escolha política segundo juízos de oportunidade e conveniência. É possível que, ao percorrer tal círculo, constate o intérprete a existência tão somente de uma resposta possível, frente aos limites impostos pela Constituição Federal, afastando-se, portanto, qualquer discricionariedade.

Sabe-se, porém, que o acontecer da verdade, para a hermenêutica filosófica, ocorre ao longo da história, daí a importância dos efeitos da história efetual, que demonstra a necessidade de novos questionamentos sempre que se almeja o real significado de um texto, buscando-se alargar o horizonte do próprio intérprete. Por isso que cada situação concreta deve ser analisada a partir das suas especificidades.

Por todo o exposto, somente é compatível com o Estado Democrático de Direito um conceito limitado de discricionariedade administrativa, que esteja aberto à profunda sindicabilidade, impondo-se a busca por critérios que possam fundamentar referido controle. E, no decorrer deste trabalho, objetivou-se demonstrar que a hermenêutica filosófica pode contribuir para tal intuito. Com efeito, o estudo desta proposta, além de auxiliar de forma considerável o controle da discricionariedade, é imprescindível a qualquer análise que se proponha a enfrentar a problemática da compreensão/interpretação do direito – mormente em função da universalidade da linguagem nos processos cognitivos.

Não obstante, sabe-se que tal proposta não está imune a críticas⁴²³ e nem pode ser vislumbrada como a solução para todos os problemas. Dessa feita, alguns juristas

de sua subjetividade que deve advir o sentido a ser atribuído à lei. Nesse sentido, para evitar mal-entendidos sobre o tema, como, por exemplo, que estamos jogados em um mundo de subjetividades e de relativismo ou que o sujeito ‘morreu’ (quando, na verdade, o que morreu foi a subjetividade assujeitadora, o sujeito consciente, solipsista)”. *Ibidem*, p. 267-269.

⁴²³ “i) Na crítica de CASTANHEIRA NEVES, a visão do direito como integridade não considera devidamente a ‘dimensão problemático-juridicamente específica imposta pelo caso decidendo’. Para o jusfilósofo português, a argumentação assentada na coerência e narratividade não é suficiente para o problema da validade das decisões judiciais, o que enseja uma deficiência metodológica dessa teoria. ii) os princípios fundantes do sistema de coerência dworkiano (justiça, equidade e devido processo legal) não possuem conteúdo semântico determinável *a priori*, dependendo de uma moral objetiva não verificável em um contexto de grande complexidade social e,

almejam adequar as contribuições da hermenêutica à necessidade de correção, a exemplo de Marco Aurélio MARRAFON, que busca tal intento a partir das seguintes mediações:

- i) realçar a percepção de que o desvelar hermenêutico está sempre impregnado pelo ‘autêntico’ e ‘inautêntico’, onde cada projetar-se traz consigo um reenvio ao passado e, quicá, um giro inconsciente de sentido;
- ii) desmistificar a crença na concepção de que a consciência histórico-efeitural e a distância temporal são suficientes para libertar a verdade da inautenticidade, evitando excessos que inibem o agir crítico e resguardando a objetividade do julgado da predominância de falso preconceitos, isto é, das arbitrariedades do projeto antecipador;
- iii) possibilitar a abertura a experiências externas ao *Dasein*, inclusive, de índole lógico-normativo e retórico-argumentativa, como promotor do necessário estranhamento para que o círculo evolua deslocando horizontes de pré-compreensão;
- iv) destacar os limites da universalidade hermenêutica tanto em relação ao necessário rompimento com a totalidade de sentidos do ‘mundo-da-vida’, quanto à devida consideração da concorrência do inconsciente na antecipação do sentido;
- v) ante às considerações iii e iv, reconhecer a necessária complementaridade dialética entre hermenêutica e argumentação, conciliando o aspecto ontológico da decisão com as vicissitudes do caso concreto e sua devida justificação normativa;
- vi) não permitir que a argumentação recaia em nova metafísica, pois cada internalização de uma experiência ôntica ou argumento está sempre, antes, durante e depois, determinado por um projeto de antecipação de sentido. Desse modo, confirma-se a noção de que o ôntico e o ontológico estão em permanente tensão, a qual se renova a cada volta no círculo hermenêutico através do estranhamento e identificações reciprocamente consideradas até que seja alcançada a compreensão final própria da decisão conclusiva.⁴²⁴

Reconhece o autor que o modelo hermenêutico fenomenológico é o que melhor compreende a problemática pertinente à tomada de decisão judicial – raciocínio perfeitamente aplicado ao controle da discricionariedade administrativa –, porém, em face de suas deficiências, defende a necessidade de sua evolução, mediante

por isso, dão margem a que diferentes casos tenham julgamentos diversos sem necessária perda de coerência; iii) esses princípios não dão margem ao rompimento da lógica da totalidade imposta, afinal, a coerência não pode passar das possibilidades dos princípios pré-estabelecidos no interior do pensamento que inaugura a própria totalidade, tornando a crítica limitada e restrita a seu interior; iv) tomada em sentido forte e unidiscursivo a hermenêutica não possui o condão de encontrar a verdade (vide capítulo anterior) e, por conseguinte, não soluciona o problema da discricionariedade; v) as categorias da tradição, distância temporal, consciência histórico-efeitural na compreensão da Constituição não são suficientes para a objetividade almejada pelo direito, vez que, pelas razões expostas nos tópicos 2.4 e 2.5 desta tese: v.1) não há espaço para tradições ou moral objetiva em ambiente de grande pluralismo axiológico e filosoficamente niilista; v.2) não respondem à concorrência da psicanálise; v.3) não dão respostas à questão da validade da compreensão obtida na decisão; v.4) minora a importância do agir crítico, correndo o risco da doença histórica”.

MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter...**, p. 145-146.

⁴²⁴ Ibidem, p. 165-166.

as contribuições da filosofia da libertação e da psicanálise. Contudo, tais críticas de forma alguma afastam a importância da hermenêutica filosófica, ao revés, corroboram suas contribuições e bem demonstram a problemática ressaltada neste trabalho, qual seja, a necessidade de controle da discricionariedade.

De qualquer sorte, tendo em vista os estritos limites deste estudo – que visa apresentar as principais contribuições da hermenêutica filosófica ao controle da discricionariedade – não serão analisadas, a fundo, as críticas tecidas pelo autor, já que elas são acessórias e não têm por escopo refutar as contribuições mencionadas ao longo deste estudo.

Cabe, em sede de conclusão, um último registro. Para se atingir a resposta correta/adequada, faz-se necessário reconhecer uma relação de complementaridade entre hermenêutica filosófica e teoria da argumentação, na medida em que é justamente por meio desta última que será possível aferir se o processo compreensivo não decorreu dos juízos inautênticos do intérprete. Conforme já pontuado em momento anterior, qualquer processo de interpretação/aplicação do direito, bem como o exercício da competência discricionária, no âmbito administrativo, deve levar em conta a existência de dois vetores: um lógico-formal, que permite a manifestação dos objetos na linguagem; e outro hermenêutico, que consiste no elemento prático da experiência de mundo. O primeiro diz respeito ao *logos apofântico*, que consubstancia o **como** do discurso, sendo o segundo o *logos hermenêutico*, caracterizado pelo **como** do mundo.⁴²⁵

A resposta correta, à luz da hermenêutica de cariz filosófico, é a resposta correta para aquele caso específico – nesse sentido, a tese de Marco Aurélio MARRAFON, que defende a estrita vinculação às vicissitudes do caso concreto – que advém da síntese hermenêutica da *applicatio*. Por evidente, referida resposta deve ser acompanhada de acurada motivação racional (no plano lógico-semântico – *logos apofântico*), mormente quando se estiver perante o exercício de função administrativa que comporte certa margem de discricionariedade administrativa, porquanto a justificativa racional do ato, por meio de escorreita motivação, é indispensável para

⁴²⁵ STEIN, Ernildo. *Aproximações ...*, p. 21.

qualquer controle sobre tal atuação.⁴²⁶ Nessa linha, além da argumentação pertinente ao momento da tomada de decisão – quando o intérprete busca a solução adequada ao caso concreto – tem-se outra exigência, a argumentação/justificação posterior, que tem por intuito motivar o ato praticado.

Por derradeiro, importa registrar que as contribuições aqui analisadas terão uma maior aplicabilidade na medida em que os intérpretes conseguirem superar a baixa constitucionalidade que ainda impera em nosso País e dificulta a delimitação do que se entende por tradição constitucional.

A dificuldade de concretização não nos impede, porém, de acreditar que quicá um dia seja possível vislumbrar em nossa prática jurídica a existência de repostas corretas, entendidas não enquanto únicas ou absolutas, mas sim como decorrência de uma evolução constante da cadeia integrativa do direito, que exsurgerà dos valores impregnados em nossa Constituição Federal.

Ainda que se reconheça tal dificuldade, mormente em uma sociedade plural como a Brasileira, tal obstáculo não pode servir de respaldo à aposta na discricionariedade que expresse a vontade solipsista do intérprete. O texto constitucional e a tradição – esta última responsável por formar as pré-compreensões que antecipam qualquer interpretação – impõem limites ao intérprete e podem sim atuar como barreiras à discricionariedade.

⁴²⁶ Nesse sentido, Lenio STRECK destaca a necessidade de se recorrer à teoria da argumentação para a justificação da decisão: “(...) em face da pré-compreensão (lembramos a força da tradição, que não pode ser objetificada), o intérprete não se livra -, portanto, não pode jamais ser ‘aliviado’ – dos discursos de fundamentação/justificação”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade...**, p. 274-275.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho se objetivou demonstrar a problemática pertinente à discricionariedade administrativa, no contexto da constitucionalização do direito brasileiro que, em que pese ter propiciado a vinculação da Administração Pública a diversos princípios e à concretização dos direitos fundamentais, acabou - a depender do marco teórico adotado – por alargar em demasiado o âmbito da referida discricionariedade, em face da indeterminação desses conceitos expressos em nosso texto constitucional.

É chegado o momento de apresentar as considerações finais do presente estudo sem ter, contudo, qualquer pretensão de eixaurimento do tema, até porque, seguindo a proposta da hermenêutica filosófica aqui apresentada, o conhecimento é sempre provisório e incompleto, posto que construído e aperfeiçoado ao longo da história. Certamente, muitas são as possibilidades de evolução e outros marcos teóricos poderiam ter sido adotados. Não obstante, optou-se por delimitar como marco teórico a hermenêutica de cariz filosófico, principalmente a partir das contribuições de HEIDEGGER, GADAMER e STRECK.

Traçada essa premissa, cumpre apresentar algumas conclusões que, de certa forma, foram desenvolvidas ao longo de todo o trabalho:

1. O conceito clássico de discricionariedade administrativa encontra fundamento no positivismo que, dentre outras, defende a seguinte concepção: considerando que as normas jurídicas são incapazes de prever todas as situações concretas e, ainda, contemplam termos imprecisos, confere-se ampla margem de liberdade ao juiz para a resolução dos “casos difíceis”. É nesse ponto que o positivismo amolda-se ao paradigma da consciência, porquanto o juiz, de forma solipsista, determina a melhor solução para o caso concreto, nas hipóteses de lacuna no ordenamento jurídico, ou ainda em face de situações que dão margem a diversas interpretações.

2. A discricionariedade administrativa não pode mais ser vislumbrada – como anteriormente defendido pela doutrina, ainda arraigada à concepção positivista – como margem indistinta de escolha dentre as opções que se encaixem na moldura positivista. Com efeito, o processo de constitucionalização do direito e a conseqüente vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais e aos princípios previstos na Constituição exigem uma reformulação desse conceito, tornando-o mais restrito, em face dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico.
3. O processo de constitucionalização do direito, a partir da concepção adotada neste trabalho, impõe a necessidade de se interpretar os diversos ramos do direito à luz da Constituição Federal, cuja força normativa vincula todos os poderes do Estado. Especificamente na seara do direito administrativo, é a Constituição – enquanto sistema de regras e princípios – que parametriza a atuação administrativa, exigindo que ela esteja em consonância com o direito como um todo e não apenas com a lei. Por conta disso, a discricionariedade administrativa não está vinculada somente à lei, mas sim e, principalmente, à Constituição Federal.
4. A vinculação da Administração aos princípios previstos na Constituição Federal, ao contrário de restringir a discricionariedade administrativa – a depender do marco teórico adotado – acabou por alargá-la de forma demasiada, na medida em que tais normas apresentam alto grau de indeterminação, conferindo ampla margem de liberdade ao agente público em sua conformação. Tal constatação tem acarretado severos problemas na interpretação/aplicação do direito, o que acaba refletindo, também, na atuação administrativa quando da conformação de atos discricionários.
5. Em que pese a suposta margem de liberdade, o fato é que, por imperativo de segurança jurídica e de coerência, não pode o direito ser aquilo que o intérprete quer que ele seja, como se fosse crível a manipulação arbitrária das hipóteses extraídas da “moldura”, optando-se por qualquer solução. Essa concepção, fundamentada na filosofia da consciência, não se sustenta

mais em virtude do caráter hermenêutico do direito. Com a virada lingüística, e a constatação de que a linguagem não é apenas um terceiro elemento entre sujeito e objeto, mas sim fundamento de todo o pensar, na medida em que é pela linguagem, e somente por meio dela, que o sujeito tem acesso ao mundo, opera-se uma mudança paradigmática na forma de se compreender o direito.

6. Segundo HEIDEGGER, o homem só tem consciência de mundo porque ele dispõe de um conjunto de valores e conhecimentos dados a *priori* (denominado de pré-compreensão) em virtude de sua condição de estar no mundo. Essa estrutura do *Dasein*, que antecipa qualquer interpretação, amplia-se e sofre mutações ao longo do tempo, à medida que o homem adquire novas experiências. Isso porque, as experiências acumuladas pelo sujeito propiciam uma ampliação em seu horizonte de consciência de mundo, alterando, inclusive, sua concepção acerca dos objetos que estão no mundo. Por conta disso é que o conhecimento nunca é absoluto, ao revés, altera-se e amplia-se ao longo do tempo.
7. GADAMER salienta que a interpretação opera-se sempre a partir dos conceitos prévios, os quais são alterados e substituídos por outros mais adequados à medida que se percorre o círculo hermenêutico. Qualquer interpretação está sujeita aos erros e falsidades das opiniões próprias do intérprete, impondo-se uma constante revisão dessas opiniões prévias, no sentido de se alcançar projetos mais adequados às coisas mesmas, isentos de arbitrariedades. A compreensão só atinge suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias adotadas não são arbitrarias.
8. Considerando que a compreensão adequada do caso se perfaz a partir dos pré-juízos autênticos, para que o intérprete possa enxergar o texto, a partir dele mesmo, é imprescindível que se abra ao universo ôntico, prevenindo-se da subjetividade de suas próprias idéias, eliminando-se assim as falsas antecipações de sentido – sejam as decorrentes dos pré-juízos subjetivos, sejam aquelas provenientes do inconsciente.

9. Nessa linha, seguindo os passos de STRECK, é importante destacar que o fato do intérprete conferir sentido ao enunciado normativo de forma alguma pode dar ensejo à conclusão de que ele pode “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, conferindo sentidos arbitrários aos textos. Ao revés, a concepção de Estado Democrático de Direito não se coaduna com arbitrariedades e decisionismos, porquanto estas encontram suas bases em subjetividades assujeitadoras, totalmente antidemocráticas.
10. A hermenêutica defendida por GADAMER busca afastar a discricionariedade, na medida em que, nessa proposta, não há interpretação, nem tampouco aplicação sem compreensão, sendo que esta última se dá a partir da antecipação de sentidos propiciada pela estrutura de compreensão e esta, por seu turno, não está à disposição do intérprete. Portanto, a pré-compreensão autêntica deve impor limites ao decisionismo judicial e à conformação do ato administrativo.
11. A situação hermenêutica é determinada pelos preconceitos que o intérprete traz consigo, os quais moldam o horizonte do presente, ou seja, aquilo que o intérprete consegue enxergar a partir da sua condição de mundo. Este horizonte, porém, não pode ser vislumbrado como algo que possui conceitos fixos e definitivos, ao contrário, deve-se ter em mente que o horizonte do presente está em constante formação, porquanto o intérprete sempre se vê obrigado a colocar à prova seus preconceitos, justamente para identificar aqueles que podem causar mal-entendidos. Por conta disso, é possível inferir que a compreensão se opera sempre a partir da fusão de horizontes (por meio da abertura do círculo hermenêutico), sendo a tradição o lugar onde se opera tal fusão, na medida em que o velho e novo sempre se desenvolvem juntos.
12. Esta alteração paradigmática repercute consideravelmente na forma de se interpretar o direito. Com efeito, enquanto a hermenêutica clássica, assentada no paradigma da consciência, vislumbrava somente o aspecto lógico-formal da estrutura do enunciado (logos apofântico), a

hermenêutica filosófica, fundamentada no paradigma da linguagem, tem por escopo conferir um 'sentido', a partir da dimensão lingüística e da pré-compreensão do sujeito (logos hermenêutico).

13. É equívoco pressupor, como fazia a hermenêutica clássica, que a interpretação ocorre por partes: primeiro compreendo; depois interpreto; para somente finalmente aplicar. GADAMER recusa essa divisão ao deixar claro que esses três momentos conjugam-se em apenas um: *na applicatio*. Portanto, seguindo os passos da hermenêutica proposta por GADAMER, a interpretação não é um ato posterior à compreensão, antes, compreender é sempre interpretar e, por consequência, a interpretação é a manifestação da própria compreensão.
14. Ademais, o processo compreensivo desenvolve-se no decorrer da história, daí porque o intérprete, para entender adequadamente um texto, deve compreendê-lo a cada situação concreta de uma forma diferente. Por conta disso, compreender também é sempre aplicar. Essa constatação reflete substancialmente na interpretação do direito, na medida em que resta claro que o intérprete não reproduz sentidos ao se deparar com um texto (como defendia o positivismo jurídico), ao revés, o processo hermenêutico é sempre produtivo.
15. O processo de constitucionalização do direito impõe a necessidade de se interpretar os diversos ramos do direito à luz da Constituição Federal, cuja força normativa vincula a todos os intérpretes. É a Constituição – enquanto sistema de regras e princípios – que parametriza a atuação do intérprete, e busca afastar a possibilidade de arbitrariedade. O constitucionalismo, em tempos de pós-positivismo, não permite qualquer interpretação solipsista vinculada à relação sujeito-objeto. Ao contrário, o modelo de constitucionalismo adotado pela Carta de 1988, em face de seu claro viés compromissório, mormente no que diz respeito à concretização dos direitos fundamentais, exige do intérprete a resposta correta.

16. A doutrina costuma analisar a discricionariedade e a vinculação de forma contraposta, incidindo aquela nas hipóteses em que a lei confere margem de liberdade ao administrador, e esta última quando já se estabelece de antemão e em termos de incontestável objetividade a única solução a ser adotada, sem qualquer margem de subjetividade do intérprete. Essa concepção, porém, ainda está atrelada ao paradigma da filosofia da consciência e à metodologia lógico-dedutiva típica do positivismo, por meio da qual seria possível extrair do texto normativo a verdade única. Somente à luz desse paradigma é possível defender-se a vinculação administrativa como poder exercido nas hipóteses em que o ordenamento já contempla em abstrato, de forma objetiva, a única solução a ser adotada, cabendo ao intérprete apenas “descobrir” a verdade contida no enunciado normativo.
17. Com o advento da guinada lingüística, não se justifica mais qualquer vinculação absoluta, cega, já que muitas expressões normativas são indeterminadas *a priori*. Além disso, não se pode olvidar que o resultado da interpretação guarda estreita relação com as pré-compreensões que o intérprete traz consigo, o qual confere sentido ao texto normativo, sendo a norma fruto desse processo interpretativo. Essas constatações bem demonstram o equívoco do positivismo jurídico ao defender a possibilidade de se extrair do texto normativo a verdade única e, portanto, da vinculação absoluta. Assim, também nos atos vinculados é indispensável a atuação do intérprete, seja em face da indeterminação dos conceitos normativos, seja porque está ele submetido não apenas aos ditames da lei, mas ao ordenamento jurídico que, conforme já se salientou, é composto por princípios e regras. Na atuação, mesmo vinculada, caberá ao agente administrativo constatar, munido de suas pré-compreensões, qual solução melhor se coaduna com as regras e princípios aplicáveis ao caso concreto.

18. Da mesma forma que não se cogita uma vinculação absoluta, também é errôneo pressupor a discricionariedade pura, sem limites, consoante já se antecipou. Em qualquer hipótese – atividade interpretativa ou discricionariedade administrativa – não haverá liberdade irrestrita. Ao revés, essa atuação deverá se coadunar com as regras e os princípios incidentes, exigindo-se esmerada motivação, apta a demonstrar a juridicidade e legitimidade da decisão. Por conta disso, não se justifica mais a contraposição absoluta entre atos discricionários e vinculados, na medida em que impossível cogitar-se vinculação plena ou discricionariedade pura, sem limites. Mais correto falar-se em graus de vinculação à determinação normativa prévia.
19. Nesse viés, a discricionariedade pode ser conceituada como o dever imposto ao administrador público de encontrar, em face do caso concreto, dos critérios delimitados no sistema e segundo seu juízo de oportunidade e conveniência, a solução correta (adequada à Constituição) para o caso concreto, entendida como aquela que propicia a máxima concretização dos valores projetados pelo sistema.
20. A hermenêutica filosófica de GADAMER pode ser aplicada no momento em que o agente público for conferir sentido a determinado texto legal, com o intuito de fixar os parâmetros (limites) para a prática do ato discricionário. Sabe-se que, para delimitar se há discricionariedade ou vinculação, na esfera administrativa, deve o agente público interpretar o ato normativo que confere tal competência, o que, em última instância, consiste no processo de interpretação. É nesse momento que o agente público confere sentido aos princípios que incidem no caso concreto, de forma que, não se pode olvidar que a carga axiológica que reveste estas normas pode acarretar uma ampliação indevida na discricionariedade administrativa.
21. Mais do que uma possibilidade, na esteira de Lenio Luiz STRECK, a resposta correta consubstancia uma necessidade, principalmente num País

de modernidade tardia como o Brasil. A resposta correta, à luz da hermenêutica de cariz filosófico, é a resposta correta para aquele caso específico, auferida na constante tensão entre “ser” e “ente”, num dialético processo de velamento e desvelamento, que advém da síntese hermenêutica da *applicatio*. Por evidente, referida resposta deve ser acompanhada de acurada motivação racional (no plano lógico-semântico – logos apofântico).

22. Em GADAMER é possível falar em verdades, que se consubstanciam em pré-juízos autênticos, dos quais o intérprete se apropria a partir da sua condição de ser-no-mundo. Para o filósofo alemão, esta questão está vinculada à tradição na qual o intérprete está mergulhado. No plano do direito (Estado Democrático de Direito), referida tradição deve ser vislumbrada como a consolidação do constitucionalismo de viés pós-positivista que aposta no direito como transformador da realidade, principalmente no que diz respeito à concretização dos direitos fundamentais. Assim, a interpretação correta requer a compreensão da “tradição constitucional” que parametriza a atuação do intérprete e afasta eventuais arbitrariedades – ainda que se reconheça a dificuldade em se falar de “tradição constitucional” em nosso País.
23. A hermenêutica filosófica propõe-se a restringir a discricionariedade, apontando determinados parâmetros ao intérprete no sentido de contribuir para a “descoberta” da solução adequada para o caso concreto. Não restam dúvidas de que a hermenêutica tem contribuído de forma significativa para a sindicabilidade da interpretação jurídica, a partir da compreensão do círculo hermenêutico, das pré-compreensões, da distância temporal e história efetual. Sendo assim ela também é uma importante ferramenta no controle da discricionariedade administrativa, não propriamente no que diz respeito ao mérito do ato administrativo, mas sim ao dar as balizas para a interpretação do direito.

24. A prática de qualquer ato administrativo requer do agente uma compreensão do comando legal que confere referido poder discricionário. Na conformação deste ato, deve o intérprete ter a cautela de não deixar seus pré-juízos inautênticos interferirem em tal interpretação. Somente percorrendo o círculo hermenêutico é que será possível alcançar-se a resposta correta que, no caso do direito, será aquela adequada à Constituição Federal. Dessa feita, ainda que se cogite a existência de margem de liberdade ao intérprete, na prática de ato administrativo discricionário, deve-se ter em mente que tal “liberdade” é meramente política, não abrangendo, portanto, a interpretação do direito.
25. A tese da resposta correta de forma alguma pode acarretar o esvaziamento da ação política no interior do Estado Constitucional. Ao revés, sabe-se que o juízo de oportunidade e conveniência é indispensável, em determinados momentos, para garantir a consecução do interesse público. A crítica direcionada neste trabalho diz respeito à discricionariedade típica do positivismo, que confere ampla margem de liberdade ao intérprete, no momento da conformação de sentido do texto legal, o que pode contribuir para o alargamento demasiado da discricionariedade administrativa. Em outras palavras, um intérprete que não possua uma consciência hermenêutica pode entender que determinado enunciado normativo confere margem de discricionariedade administrativa quando, na verdade, só existe uma única resposta adequada à Constituição. O que se objetiva, portanto, é o controle da discricionariedade interpretativa, bem como o exercício da oportunidade e conveniência de forma compatível com a Constituição Federal.
26. No plano do direito, tem-se que o intérprete quando se depara com um determinado texto legal já o lê a partir da antecipação de sentido propiciada pela estrutura da pré-compreensão, a qual pode estar contaminada pelos juízos inautênticos. Conforme já destacado, para que o intérprete possa enxergar o texto, a partir dele mesmo, é imprescindível que se abra ao

universo ôntico, prevenindo-se da subjetividade de suas próprias idéias, eliminando-se assim as falsas antecipações de sentido (sejam as decorrentes dos pré-juízos subjetivos, sejam aquelas provenientes do inconsciente).

27. Para atingir tal desiderato, deve percorrer o círculo hermenêutico, o que ocorre sempre que o intérprete busca ampliar seu projeto inicial, para colocá-lo à prova. Assim é que o sujeito hermeneuticamente consciente deve abrir espaço ao outro – o que no campo do direito se dá pela busca de precedentes, doutrinas, bem como outras fontes que possam auxiliar o intérprete em sua compreensão. A cada abertura – ou volta – do referido círculo verifica-se uma ampliação do projeto inicial, na medida em que as próprias pré-compreensões do sujeito restaram alargadas. É justamente a distância operada entre a primeira leitura e o projeto final que permite ao intérprete identificar e afastar os juízos inautênticos, empreendendo-se uma compreensão a partir das pré-compreensões universalizáveis. É nesse momento que a resposta correta exsurge.
28. Em sede de discricionariedade administrativa, esse caminho deverá ser percorrido pelo agente no momento da delimitação das balizas de sua atuação, com o escopo de aferir se, de fato, remanesce poder discricionário que legitime a escolha política segundo juízos de oportunidade e conveniência. É possível que, ao percorrer tal círculo, constate o intérprete a existência tão somente de uma resposta possível, frente aos limites impostos pela Constituição Federal, afastando-se, portanto, qualquer discricionariedade.
29. Somente é compatível com o Estado Democrático de Direito um conceito limitado de discricionariedade administrativa, que esteja aberto à profunda sindicabilidade, impondo-se a busca por critérios que possam fundamentar referido controle. E, no decorrer deste trabalho, objetivou-se demonstrar que a hermenêutica filosófica pode contribuir para tal intuito. Com efeito, o estudo desta proposta, além de auxiliar de forma considerável para o

controle da discricionariedade, é imprescindível a qualquer análise que se proponha a enfrentar a problemática da compreensão/interpretação do direito – mormente em função da universalidade da linguagem nos processos cognitivos.

30. Sabe-se que tal proposta não está imune a críticas e nem pode ser vislumbrada como a solução para todos os problemas. Dessa feita, alguns juristas almejam adequar as contribuições da hermenêutica à necessidade de correção, a exemplo de Marco Aurélio MARRAFON. Reconhece o autor que o modelo hermenêutico fenomenológico é o que melhor compreende a problemática pertinente à tomada de decisão judicial – raciocínio perfeitamente aplicado ao controle da discricionariedade administrativa –, porém, em face de suas deficiências, defende a necessidade de sua evolução, mediante as contribuições da filosofia da libertação e da psicanálise. Contudo, tais críticas de forma alguma afastam a importância da hermenêutica filosófica, ao revés, corroboram suas contribuições e bem demonstram a problemática ressaltada neste trabalho, qual seja, a necessidade de controle da discricionariedade.
31. Por fim, para se atingir a resposta correta/adequada, faz-se necessário reconhecer uma relação de complementaridade entre hermenêutica filosófica e teoria da argumentação, na medida em que é justamente por meio desta última que será possível aferir se o processo compreensivo não decorreu dos juízos inautênticos do intérprete. Conforme já pontuado em momento anterior, qualquer processo de interpretação/aplicação do direito, bem como o exercício da competência discricionária, no âmbito administrativo, deve levar em conta a existência de dois vetores: um lógico-formal, que permite a manifestação dos objetos na linguagem; e outro hermenêutico, que consiste no elemento prático da experiência de mundo. O primeiro diz respeito ao logos apofântico, que consubstancia o **como** do discurso, sendo o segundo o logos hermenêutico, caracterizado pelo **como** do mundo.

32. As contribuições aqui analisadas terão uma maior aplicabilidade na medida em que os intérpretes conseguirem superar a baixa constitucionalidade que ainda impera em nosso País e dificulta a delimitação do que se entende por tradição constitucional. A dificuldade de concretização não nos impede, porém, de acreditar que quicá um dia seja possível vislumbrar em nossa prática jurídica a existência de repostas corretas, entendidas não enquanto únicas ou absolutas, mas sim como decorrência de uma evolução constante da cadeia integrativa do direito, que exurgirá dos valores impregnados em nossa Constituição Federal. Ainda que se reconheça tal dificuldade, mormente em uma sociedade plural como a Brasileira, tal obstáculo não pode servir de respaldo à aposta na discricionariedade que expresse a vontade solipsista do intérprete. O texto constitucional e a tradição – esta última responsável por formar as pré-compreensões que antecipam qualquer interpretação – impõem limites ao intérprete e podem sim atuar como barreiras à discricionariedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALDAY, Rafael Escudero. **Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral.** Madrid: Civitas, 2004.

ALESSI, Renato. **Diritto amministrativo.** Milão: Guiffré, 1949.

ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Madri. Fundacion Beneficência et peritia iuris, 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976,** 2001.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. **Vinte anos da constituição federal de 1988.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo.** 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Discricionariedade e controle judicial.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e democracia. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coord.). **Direitos fundamentais e democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Temas de direito administrativo e constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia de direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Teoría e interpretación de los derechos fundamentales.** In: Escritos sobre derechos fundamentales. Trad. de Ignacio Villaverdew Menéndez. Baden-Baden: nomos Verl.-Ges., 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 18. ed. São Paulo:Malheiros, 2006.

_____. **Do estado liberal ao estado social.** 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1983.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos de direito constitucional.** Coimbra: Coimbra, 1991.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o estado de direito. In: GARCIA, Emerson (coordenador). **Discricionariedade administrativa.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia:** tópicos para a possibilidade de uma reflexiva habilitação. Coimbra Editora, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder judiciário no regime democrático.** Estudos avançados. São Paulo, v. 51, n. 18, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calousete Gulbekian, p. 173.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Tomo I. Madrid: Civitas, 1995.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984.

FALLA, Fernando Garrido. **Las transformaciones del régimen administrativo**. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1962.

_____. **Tratado del derecho administrativo**. Madri: Instituto de Estudios Politicos, 1962.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Introducción de P. Andrés, trad. de P. Andrés y A. Greppi, Trotta, Madrid, 2002.

FERREIRA, Daniel. A função administrativa e seu regime jurídico. **Cadernos de Direito**, Faculdade de Direito de Curitiba, Curitiba, n°. 6, p. 19, 1999.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Estudos de direito administrativo**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**: Heidegger em retrospectiva. Tradução Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. **Verdade e método I**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. **Verdade e método II**: complementos e índice. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GORDILLO, Augustin. **Princípios gerais do direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GUASTINI, RICCARDO. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. 3. ed. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. Trad. Márcia Cavalcanti. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica européia**. Sintra: Europa-América, 1977.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo; VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Administração pública brasileira e os 20 anos da constituição de 1988: momento de**

predomínio das sujeições constitucionais em face do direito fundamental à boa administração pública. **Revista Fórum Administrativo – Direito Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 95, p. 23-34, janeiro de 2009.

_____. Administração pública democrática e efetivação de direitos fundamentais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Alexandre Krug et all. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KNOER, Fernando Gustavo; KNOER, Cibele Fernandes Dias. Efeitos da vinculação e da discricionariedade. In: **Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MACHADO, João Batista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1991.

MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. **Vinte anos da constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 12 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Florianópolis: Habitus, 2008.

_____. Jurisdição constitucional em tempos de ‘horror político’. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____ **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional:** discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundamentação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito.** São Paulo: Atlas, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.** São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

_____. **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MERKL, Adolfo. **Teoria general del derecho administrativo.** México: Nacional, 1980.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Lisboa: Coimbra Editora, 1997, Tomo I.

MONTESQUIEU, Barão de. **O espírito das leis.** São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade:** novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Mutações do direito administrativo.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOTTA, Fabrício (coordenador). **Concurso público e constituição.** Belo Horizonte: Fórum, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito:** do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987.

OHLWEILER, Leonel. **Direito administrativo em perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Editorial Trotta, 2003.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n° 6, p. 48, 1968.

_____. **Reflexões sobre a teoria do desvio de poder.** Coimbra: Coimbra Editores, 1940.

RIBEIRO, Vinício. **O estado de direito e o princípio da legalidade da administração.** Coimbra: Coimbra Editores, 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social.** São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SANCHÍS, Luís Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales.** Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e ‘novos’ direitos na constituição federal de 1988: algumas aproximações. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **A constituição dos novos direitos.** Nuria Fabris: Porto Alegre, 2008.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do**

direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Comissões parlamentares de inquérito e o conceito de fato determinado.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Direito constitucional:** anotações nucleares. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: **Revista JML de Licitações e Contratos Administrativos**, Curitiba, ano I, n. 02, março de 2007.

_____. **Filtragem constitucional:** construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Fabris Editor, 1999.

_____. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Crítica Jurídica.** Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho, n. 24, p. 135, 2005.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

_____. **Seis estudos sobre “ser e tempo”.** 3. Ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. A crise paradigmática do direito no contexto da resistência positivista ao (neo) constitucionalismo. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. In: **Vinte anos da constituição federal de 1988.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

_____; MORAIS, Luis Losé Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre 27 (57): 95-109, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TALAMINI, Daniele Coutinho. **Revogação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson (coordenador). **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

VACCARO, Stefania Becattini. A reinvenção da democracia e o direito de ter direitos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Os “novos” direitos no Brasil:** uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil:** ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. 9. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.