

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

HENRIQUE MOREIRA LEITES

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA
Uma aproximação hermenêutico-constitucional

PORTO ALEGRE

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

HENRIQUE MOREIRA LEITES

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA
Uma aproximação hermenêutico-constitucional

Porto Alegre
2008

HENRIQUE MOREIRA LEITES

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA
Uma aproximação hermenêutico-constitucional

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas

Porto Alegre
2008

HENRIQUE MOREIRA LEITES

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA
Uma aproximação hermenêutico-constitucional

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Aprovada em 18 de agosto de 2008.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Juarez Freitas

Prof. Dr. Thadeu Weber

Prof. Dr. Jayme Weingartner Neto

À Carolina.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os amigos que me acompanham desde há tempo.

Agradeço, de modo particular, ao meu orientador, professor Juarez Freitas, jurista que dispensa apresentações no meio acadêmico, pela atenção prestimosa, sempre pronto para o auxílio que em uma orientação se requer.

Agradeço aos professores e funcionários do programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, todos sempre solícitos e atenciosos.

Agradeço ao professor e padre Geraldo Luiz Borges Hackmann, amigo sempre presente e grande incentivador nos caminhos acadêmicos e religiosos.

Agradeço aos meus pais Luiz Carlos e Rejane e aos meus irmãos Leonardo e Guilherme, pessoas com quem posso dizer que formamos, substantivamente, uma família.

Agradeço a Deus, princípio de tudo.

“Ninguém creia que lhe baste a leitura sem a unção,
a especulação sem a devoção,
a investigação sem a admiração,
a atenção sem a alegria,
a atividade sem a piedade,
a ciência sem a caridade,
a inteligência sem a humildade,
o estudo sem a graça divina,
a pesquisa humana sem a sabedoria inspirada por Deus”

(São Boaventura, *Itinerarium mentis in Deum*, prol. n. 4)

RESUMO

A presente dissertação apresenta o problema de relacionar uma determinada compreensão hermenêutica, com especial destaque ao círculo hermenêutico à imprescindível mediação hierarquizadora, e à discricionariedade administrativa. Para tanto, trabalha-se com a hipótese de que é possível relacionar estas duas áreas de pesquisa, e se chega à conclusão da direta influência da visão que o intérprete possui do que é a interpretação jurídica, bem como de outras compreensões correspondentes como a idéia que o intérprete possui do próprio conceito de sistema jurídico. A discricionariedade administrativa é tratada de modo a se negar uma irrestrita liberdade. Por seu turno, a vinculação é concebida, não somente como vinculação à lei, mas ao sistema, pelo que se faz importante a referência a regras, princípios e valores que atuam na caracterização do Direito. A repercussão desta abordagem incide sobre uma releitura do mérito do ato administrativo, considerado, tradicionalmente, um qualificador que torna a atuação estatal imune a controle jurisdicional. Aborda-se, conjuntamente, a problemática que envolve a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados, tema de tanta polêmica e discussão, tratando-se de não opor radicalmente estes à discricionariedade, nem de identificá-los como sendo a mesma realidade. E, de modo derradeiro, trata-se da temática dos direitos fundamentais, exigência imprescindível, nos dias atuais, em que se procura cada vez mais reforçar as barreiras contra toda arbitrariedade do poder. Dentro deste tema, especial relevo ganha a abordagem do princípio da proporcionalidade e do direito fundamental à boa administração pública, que, consorciados, perfazem o caminho principal para se tratar do tema da legitimidade do poder estatal, que perpassa todos os pontos como pano de fundo, e propiciam novas angulações em diferentes âmbitos do Direito Administrativo, sobretudo.

Palavras chaves: hermenêutica – interpretação jurídica – discricionariedade – mérito administrativo – conceitos jurídicos indeterminados – direitos fundamentais – proporcionalidade – direito fundamental à boa administração pública.

ABSTRACT

This dissertation presents the problem of connecting a certain hermeneutic understanding, giving a special distinction to the hermeneutic circle and to the indispensable hierarchical mediation as well to the discretionarity of administration. Thus, the basis of the present undertaking is the hypothesis that it is possible to relate these two areas of research. The conclusion will be that there is a direct influence of the interpreter's viewpoint of the legal interpretation as well as of other understandings corresponding to the idea which the interpreter has about the concept of legal system. The discretionarity of administration implies a denial of an unrestricted freedom. The vinculation is understood not only as vinculation to the law but to the system. Therefore the reference to rules, principles and values which characterize the law is important. The repercussion of this approach requires a new understanding of the merit of the administration act, generally considered as a qualifier getting the state's acting free from jurisdictional control. At the same time is brought into focus the doctrine of not determined law concepts. This is a controversial and discussed subject, aiming not to oppose radically them to the discretionarity nor to identify them as being the same reality. Finally there is dealt with the subject of basic rights actually a necessary requirement, then day by day are reinforced the barriers against the arbitrariness of the power. In this horizon the approach of the proportionality principle and of the fundamental law acquires a special relevance. Both associated are the subject of the legitimacy of the state's power, which pass through all the aspects as a backdrop and favour new views in different extents, specially in that of the Administrative Law.

Key words: hermeneutics – juridical interpretation – discretionarity – administrative merit – not determined juridical concepts – basic rights – proportionality – basic right for good public administration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
I. A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA	15
1.1 A necessidade de uma revisão histórica de conceitos tradicionais	15
1.2 As contribuições da hermenêutica filosófica para a hermenêutica jurídica	19
1.2.1 Pré-compreensões: a elaboração de um projeto interpretativo	19
1.2.2 O círculo hermenêutico	20
1.2.3 Alteridade do texto	24
1.2.4 Distância temporal e história dos efeitos: prenúncios da reconquista do problema fundamental da hermenêutica	25
1.3 Os dois pólos da interpretação jurídica: o caso e a norma	29
1.4 O método interpretativo	32
1.5 A hierarquização axiológica	37
II. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	42
2.1 Contexto da discricionariedade e da vinculação administrativas	43
2.1.1 Ato administrativo discricionário	43
2.1.2 Ato administrativo vinculado	47
2.1.3 Princípio de legalidade	49
2.1.4 Considerações hermenêuticas sobre a discricionariedade	54
2.2 Mérito administrativo e controle jurisdicional da atividade administrativa	57
2.2.1 Mérito do ato administrativo	57
2.2.2 Controle jurisdicional da atividade administrativa	59
2.2.3 Considerações hermenêuticas no cotejo do mérito e do controle jurisdicional	62
2.3 O problema dos conceitos jurídicos indeterminados	64
2.3.1 Delimitação do problema	64
2.3.2 O problema da única resposta correta	69
2.3.3 Síntese crítica e contribuições hermenêuticas a respeito da possível identificação entre discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados	73
2.4 Direitos fundamentais	77
2.4.1 Direitos fundamentais como parâmetros para a discricionariedade administrativa	78
2.4.2 Vinculatividade dos órgãos públicos	81
2.4.3 Limitações aos direitos fundamentais	83
2.4.4 Princípio da proporcionalidade	87

2.4.5 Direito fundamental à boa administração pública	90
CONCLUSÕES.....	96
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	105

INTRODUÇÃO

Não se pode banhar duas vezes no mesmo rio. O rio, o homem e o tempo. Estes os três elementos da metáfora de Heráclito. Segundo esta, a cena descrita de um homem que se banha em um rio em determinado momento de sua vida não mais se dá da mesma forma, a situação não se repete, é única. O rio é aparentemente sempre o mesmo. Da mesma forma, parece ser o mesmo homem. Com este exemplo, começa-se a traçar o perfil da abordagem a ser desenvolvida nesta Dissertação de Mestrado.

Da não permanência do estado de coisas que se quer tratar, resulta a abordagem do primeiro problema a ser discutido, propor uma visão hermenêutica que evite as aporias a que reconduzem uma visão positivista e formalista do fenômeno jurídico e da respectiva idéia de interpretação. Faz-se essa objeção como uma forma de expor pré-compreensões que contemplam a pesquisa desenvolvida. Com isto, propõe-se uma compreensão determinada de interpretação jurídica que leva em conta a historicidade da compreensão e a decisiva contribuição do intérprete na elucidação da aplicação do Direito.

O problema, que está presente em todas as questões expostas e debatidas ao longo do texto, pode ser formulado da seguinte forma: saber qual a influência, na teorização da discricionariedade administrativa, exercida por uma determinada concepção hermenêutica. Assim, é a partir de uma exposição sobre a interpretação jurídica e de problemas inerentes a esta que se buscará discutir a discricionariedade administrativa. Deste modo, far-se-á uma exposição e conseqüente revisão dos elementos do tema que anima o trabalho.

Passa-se, assim, a uma breve revisão do discurso comum dos juristas no que diz respeito ao ideal de objetividade na interpretação jurídica. Nega-se a possibilidade fática deste ideal ocorrer de modo absoluto e para esta revisão e de outras idéias que a acompanham, procede-se a um momento propositivo, em que se relacionam aspectos que procuram confirmar a possibilidade de parametrizar a atividade interpretativa. Reconhece-se, portanto, a atualidade da hermenêutica filosófica e suas contribuições à hermenêutica jurídica, o que se faz com o destaque da importância das pré-compreensões e da elaboração de projetos interpretativos, do círculo hermenêutico, como procedimento (não método) de busca da verdade, no respeito da alteridade do texto, reconhecendo a possibilidade positiva de conhecimento que representam a distância temporal e a história efetual.

Com estas contribuições hermenêuticas, desvela-se a importância da reconquista do problema fundamental da hermenêutica, aporte digno de anotação, revelado pela idéia de que compreender é sempre já aplicar. Contrariando certo costume, não há um momento de interpretação ou conhecimento e posterior aplicação de normas, tema a ser elucidado no desenvolvimento.

Do ponto de vista estritamente jurídico, aparecem o caso e a norma, ambos necessitando ser compreendidos (interpretados), cada qual com diferentes reclames. O caso não é algo objetivo, também precisa ser interpretado, assim como as disposições que, interpretadas, traduzir-se-ão em normas. É nesta interação que, no campo da prudência, se crê deva o administrador público dar vida ao sistema jurídico, não se olvidando que o caso contribui fatalmente para a evolução e criação do Direito, este que não existe isoladamente nas disposições, mas é fruto de interpretação.

Ao final da abordagem hermenêutica, passa-se a apontar a improdutividade da utilização de métodos, como determinantes para as decisões interpretativas. O fundamental, espera-se demonstrar, é que o método em si não tem caráter decisivo, pelo que se aposta na pluralidade e interação de diferentes métodos a serem utilizados no ato de compreender. Dá-se, pelo contrário, relevância para o momento de hierarquização axiológica procedida pelo intérprete, que, identificada com a circularidade hermenêutica, leva em conta a complexidade do fenômeno jurídico.

Em um segundo momento do texto procura-se realizar a fusão entre o tema da interpretação jurídica, inicialmente problematizada, com o tema da discricionariedade administrativa, dividindo-se o estudo em quatro aspectos principais.

Inicia-se este segundo momento com a contextualização do que, tradicionalmente, se entende por discricionariedade administrativa e vinculação jurídica, e da valorização a que se dá ao princípio de legalidade, de grande influência para os dois conceitos. Trata-se, neste sentido, de propor uma leitura não antagônica da discricionariedade e da vinculação que permeiam a atuação administrativa, bem como ressaltar a não supremacia do princípio de legalidade como critério de resolução deste problema.

Discricionariedade e vinculação são apresentadas como realidades não contrapostas e, frente a esta constatação, vê-se que a diferenciação a ser proposta para estas duas categorias dos atos administrativos está mais no plano gradual, do que propriamente, na

diferença de qualidade ou natureza. Tanto os atos habitualmente ditos discricionários e aqueles vinculados possuem certa liberdade, e se vinculam ao sistema jurídico, sem exceção.

Em vista deste modo de conceber a discricionariedade administrativa, passa-se ao reexame do mérito do ato administrativo, considerado o espaço de valoração segundo critérios de conveniência e oportunidade, sobre o qual não se há que falar em controle direto ou irrestrito, mas em sindicabilidade aprofundada. Este modo de ver se perfectibiliza com a proposta de controle do demérito do ato administrativo, situação em que os órgãos de controle, especialmente, o judiciário, assume a posição de administrador negativo.

No seguimento, realiza-se uma tentativa de diálogo ou revisão crítica da problemática que envolve a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados. Nesta, surge com grande evidência a idéia de que se é possível, mediante interpretação, chegar à unidade de solução justa. A única resposta correta faz-se objeto de análise e crítica, situação em que se aplica o enfoque hermenêutico preliminarmente realizado, indicando a impossibilidade fática de sua ocorrência. Com esta problemática se procura mostrar a importância que assume o papel de mediação hermenêutica, exercida pelo intérprete, na solução dos casos jurídicos.

De modo final, apela-se ao estudo dos direitos fundamentais como critérios materiais de julgamento e de interpretação das disposições na produção de normas. Esta guinada tem por meta relacionar uma visão hermenêutica com a própria “coisa” com que trabalha o intérprete-administrador. Os direitos fundamentais constituem parâmetro da ação estatal e vinculam aos órgãos públicos, que precisam de uma boa compreensão hermenêutica para bem promover critérios de concordância prática entre os diferentes direitos que postulam aplicação pela Administração Pública.

Com isto, pretende-se mostrar o valor, que assume para o debate, o dever de ponderação do agente público através da utilização do princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso e inoperância, como princípio fundamental para a concretização do Estado Democrático de Direito. Princípio este que contribui para uma boa ponderação ou hierarquização entre as regras, princípios e valores, que interagem na concretização dos direitos fundamentais.

Para não se apresentar isoladamente a importância de um ou alguns direitos fundamentais, opta-se pela incursão no direito fundamental à boa administração pública. Este direito fundamental realiza a síntese daqueles direitos fundamentais que vinculam direta e

imediatamente a Administração Pública, direito de recente elaboração na doutrina nacional, considerado com “standard” mínimo entre os deveres fundamentais opostos ao agente público.

Da reflexão sobre este direito, baseado no dever de proporcionalidade, e do produtivo diálogo destes temas com a abordagem hermenêutica da discricionariedade administrativa, apresenta-se doutrina que propõe revisão de tradicionais institutos do Direito Administrativo, a saber: autorização de serviço público, convalidação dos atos administrativos, responsabilidade extracontratual do Estado, poder de polícia administrativa.

Com a enunciação deste elenco de abordagens, pretende-se dar início ao que se procurou abordar no texto. Conjugados, espera-se mostrar, para além do discurso retórico, a pertinência da aproximação hermenêutica e constitucional no campo do Direito Administrativo, promovendo constante renovação desta disciplina. Se as premissas estiverem bem colocadas, poder-se-á, de modo aplicativo, justificar a incidência da metáfora de Heráclito no presente trabalho. Porque, ao mergulhar novamente no rio, o homem já não é mais o mesmo e as águas que banham o rio, também estas, não são mais as mesmas. Eis o devir na tentativa de aplicação ao jurídico.

I. A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Este primeiro capítulo tem por objetivo lançar bases hermenêuticas¹ para uma releitura ou aproximação do tema central, que é a discricionariedade administrativa. Para tanto, procede-se a uma revisão de conceitos e elementos interpretativos considerados tradicionais ou correntes na doutrina e jurisprudência, e, posteriormente, a declinação ou crítica do que se entende por interpretação jurídica.

Preliminarmente, quer-se ressaltar pontos de uma teoria sobre a interpretação jurídica que se considera não mais em voga, para num passo seguinte revisá-los e, assim, apresentar pontos de intersecção com o tema da discricionariedade administrativa. A explanação destes pontos deve ser enfrentada ao longo deste capítulo inicial, com o levantamento das principais argumentações inerentes à temática.

Esta abordagem preliminar da atividade hermenêutica integra o roteiro escolhido para abordar a discricionariedade administrativa, na medida em que se busca colher material que sirva de subsídio a propiciar um fecundo diálogo em torno destes temas.

1.1 A necessidade de uma revisão histórica de conceitos tradicionais

A normatividade jurídica apoiada nas concepções do positivismo jurídico e do formalismo teórico são as que se mostram mais presentes no discurso usual dos juristas, e, ao mesmo tempo, necessitam, por este motivo, franca análise e revisões históricas.

Inicialmente, portanto, é preciso destacar que os juristas utilizam com certa frequência os termos ‘norma’ e ‘disposição’ indistintamente². Atribui-se esta ausência de distinção à crença na correspondência bi-unívoca³ entre disposições e normas. A

¹ A respeito da importância da hermenêutica para o Direito, é de se lembrar a contribuição de Canaris: “A hermenêutica como doutrina do entendimento correcto e os critérios para a objectivação dos valores desempenham, aliás, em vez dele, o papel decisivo dentro do pensamento jurídico”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 33.

² GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 29. Para o autor ‘disposição’ é o texto a ser interpretado, constituindo o *objeto* da interpretação, enquanto ‘norma’ é o sentido ou significado atribuído a uma disposição por meio da interpretação, ou seja, constitui o seu *produto*.

³ Cf. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas...*, p. 29, não há a chamada correspondência bi-unívoca entre disposições e normas porque toda disposição é mais ou menos vaga e ambígua, porque toda disposição tolera diversas e conflitantes atribuições de significado, sendo que muitas – talvez todas – disposições têm um conteúdo de significado complexo e, também, porque duas disposições sejam perfeitamente sinônimas. A este

correspondência em questão pode ser representada pela constatação – para quem assim crê – de que a cada disposição corresponda uma (única) norma e que, igualmente, a cada norma corresponda uma só disposição.

Este uso indistinto dos dois termos citados e a crença na correspondência bi-únivoca entre disposição e norma, segundo Riccardo Guastini, pressupõe uma doutrina formalista do direito e uma doutrina formalista da interpretação. Exatamente, a partir desta constatação, abre-se espaço para uma crítica, na medida em que se considera que toda fundamentação formalista do direito (somente baseada na forma) está fadada ao fracasso. Ou seja, o apego à forma é, desde já, veementemente combatido, não por não considerá-la oportuna e necessária, mas por não levar em conta uma série de questões fundamentais as quais o direito deve servir, diminuindo o fenômeno jurídico e a própria atividade hermenêutica.

Um pensamento comum entre os juristas é o de que o cerne do discurso judicial é redutível a um silogismo⁴. Este método, basicamente, consiste numa hierarquização de normas e de fatos, em vista da aplicação do direito a um caso concreto. O silogismo jurídico inicia pela verificação de um fato, que constitui a premissa menor da argumentação, e na identificação da norma que regula o caso que constitui, por sua vez, a premissa maior do método silogístico. De forma derradeira, e automática, apresenta-se a conclusão.

Esta forma de pensar a argumentação e a interpretação jurídica pode ser reconhecida como uma visão parcial da hermenêutica, na medida em que a correção da operação silogística consiste, neste sentido, na verificação da justificação interna⁵. Para este

respeito, Giorgio Berti, escreve que “também para as fontes se incorre freqüentemente no equívoco originado pela troca do conteúdo com o continente, e se chama freqüentemente fontes as disposições expressas por um ato normativo. BERTI, Giorgio. *Interpretazione costituzionale*. Padova: Cedam, 2004, p. 93-94.

⁴ Conforme CIRNE LIMA, o silogismo, que constitui a segunda grande descoberta feita por Aristóteles, “consiste na concatenação lógica de duas proposições que, articuladas entre si, fazem sair de si uma terceira proposição”. Refere, ainda, que “se as duas proposições iniciais, as premissas, forem verdadeiras, então a proposição delas resultante, a conclusão, sempre e necessariamente será também verdadeira”. CIRNE LIMA, Carlos Roberto. *Dialética para principiantes*. 3ª ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 60.

⁵ Riccardo Guastini lembra que o silogismo é o cerne do raciocínio judicial, que as premissas constituem a justificação da decisão (*justificação interna*), mas que a escolha das premissas também exige justificação (*justificação externa*). Desenvolvendo o tema, o autor refere que a escolha das premissas é o resultado de uma dupla série de decisões preliminares: uma que atende à interpretação das fontes do direito e, às vezes, dos precedentes, referente ao estabelecimento da premissa maior, e outra a atender a avaliação das provas, no estabelecimento da premissa menor. Isto quer dizer que a decisão requer uma prévia solução quanto a estes dois aspectos, a interpretação das fontes e a valoração dos fatos. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas...*, p. 69. A idéia que se levanta ao se tratar da lógica que se aplica ao Direito é a de um normativismo dialógico, este superador do normativismo tradicional e ortodoxo, que vê no Direito instrumento de repressão, unicamente. É que se tratando do Direito, pode-se dizer que este deve ser pensado como uma técnica de pensar também a partir

tipo de justificação, basta que não haja contradição entre as premissas, que por conseqüência lógica sobrevém a conclusão, isto é, o resultado a ser encontrado como produto do método já é encontrado na formulação das premissas. Este método de justificação se presta a diversas concepções ideológicas da interpretação⁶, inclusive aquelas que instrumentalizam o direito e a interpretação jurídica para a consecução de finalidades indignas.

Resulta também desta forma de conceber a interpretação jurídica que esta ocorre em meio a um automatismo na aplicação das normas jurídicas aos casos concretos. A compreensão ora relatada enquadra-se dentro deste conceito de formalismo interpretativo e de formalismo jurídico aos quais se propõe refutar neste espaço.

Outro “dogma” a ser contestado, porém, também frequente no discurso comum dos juristas é o de que a interpretação consiste numa atividade de tipo cognoscitivo. Esta ‘teoria cognitiva’ da interpretação jurídica enfatiza que a atividade do intérprete seja a de averiguar (empiricamente) o significado objetivo dos textos normativos e a intenção subjetiva de seus autores. Conjuntamente, acredita-se, por esta visão, que os textos normativos possuem um significado próprio, um sentido seu, e que este sentido pode ser apreendido pelo intérprete, um sentido, por assim dizer, objetivado no ato de criação.

Outra opinião que acompanha a teoria cognitiva da interpretação, mas não é exclusividade desta, é a de que todo sistema jurídico é necessariamente completo e coerente.

dos problemas, e por isto a lógica formal também se apresenta inadequada, metodologicamente, para pensar em sua inteireza o jurídico. Conforme Juarez Freitas acentua: “todo legalismo positivista, napoleônico é, de um certo modo, antijurídico”. A lógica do Direito propicia reconhecer que para dar conta do *jurídico* é preciso um raciocínio tópico, que parte de lugares comuns, pontos de partida, que possuem valor geral e provável, o que impede uma lógica dedutiva sem uma prévia valoração ética. Também concorda com isto, o fato de que para toda decisão jurídica interagem princípios extralógicos, como por exemplo, o sentimento de justiça. FREITAS, Juarez. Direito e lógica uma visão aberta. In: *Véritas*, vol. 33, n. 129, mar. 1988, pp. 77-80. Contraditando a idéia de um sistema lógico formal para expressar a unidade interior e a adequação de determinada ordem jurídica, postulado da chamada “jurisprudência dos conceitos”, que pretendia uma concatenação das proposições jurídicas de modo a formar um sistema de regras logicamente claro, sem lacunas, baseado na subsunção lógica dos fatos, Canaris afirma que a “unidade interna de sentido do Direito, que opera para o erguer em sistema, não corresponde a uma derivação da idéia de justiça de *tipo lógico*, mas antes de *tipo valorativo* ou *axiológico*”. Acrescenta Canaris: “os valores estão, sem dúvida, fora do âmbito da lógica formal e, por conseqüência, a adequação de vários valores entre si e a sua conexão interna não se deixam exprimir logicamente, mas antes apenas, axiológica ou teleologicamente”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito...*, p. 28-38. Para o conceito de justificação e a diferenciação entre justificação interna e externa, também, ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 218 e ss.

⁶ Ressalte-se que muitos problemas aqui discutidos podem ser enquadrados como problemas de interpretação em sentido amplo. Para esta constatação veja-se em GUASTINI, Riccardo. Teoria e ideologia da interpretação constitucional. Trad. Henrique Moreira Leites. In *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 40, nov./dez. 2006, p. 217-256, artigo em que o autor considera certos problemas semelhantes aos discutidos neste texto como problemas de teoria ou ideologia da interpretação, isto é, problemas de dogmática.

Dentro destas asserções, Riccardo Guastini bem lembra:

“Evidentemente, a teoria cognitiva da interpretação está estreitamente ligada à doutrina da separação dos poderes, ao princípio de sujeição do juiz à lei (princípio de legalidade na jurisdição), e ao “mito” da certeza do direito. Esta teoria, difundida na dogmática juspositivista do século XIX, está hoje largamente desacreditada junto a qualquer jurista cauto”⁷.

Relativamente ao tema principal deste estudo, a discricionariedade, entende-se que dar credibilidade à teoria cognitiva da interpretação e aos dogmas da completude e coerência do direito, é não dar espaço para a discricionariedade judicial em sede de interpretação jurídica.

Dentro destas concepções tradicionais também merece referência Gustavo Zagrebelsky, ao registrar uma visão pela qual a interpretação seria uma “atividade que visa a transformar disposições em normas”⁸, sendo que o ordenamento, segundo esta mesma tradicional visão, seria um conjunto de interpretações, isto é, de normas. A esta visão se poderia chamar de *interpretação dirigida apenas pelas exigências do direito*, ou seja, não se leva em conta dentro desta conceituação as exigências do caso.

O autor italiano critica este modo de vislumbrar a interpretação jurídica por considerá-lo unilateral e inexato, na medida em que faz uma descrição parcial desta atividade, ou seja, não se nega que a interpretação seja atividade que extrai das disposições, dos textos normativos, a norma; entretanto, trata-se de uma atividade que supera esta visão por englobá-la, considerando-a parte da descrição da hermenêutica jurídica.

Portanto, uma interpretação dirigida apenas pelas exigências do direito não se livra totalmente de uma concepção formalista desta atividade. É parcial na medida em que não faz referência às exigências do caso a ser resolvido, isto é, não menciona que a interpretação jurídica dependa de uma valoração de fatos que se apresentam problemáticos e requerem uma categorização de sentido e valor pelo intérprete.

Estes pensamentos integram, a grosso modo, o conjunto de abordagens e concepções sobre as quais muitas argumentações comuns, em sede de discricionariedade,

⁷ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas...*, p. 140. Alerta Guastini que alguns modos de ver vinculados à teoria cognitiva da interpretação sobrevivem na filosofia do direito contemporânea e dá como exemplo a tese segundo a qual toda questão de direito admite uma, e somente uma “resposta justa”, tese que se entende seja falaz e mais adiante será objeto de análise.

⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1988, p. 39.

baseiam-se. Advertências estas podem ser consideradas também noções preambulares do presente estudo, ainda que sob o aspecto negativo, no sentido de formarem teses a serem aqui superadas. Tornar-se-ão recorrentes na medida em que a exposição o exigir, o que se passa a fazer a seguir, com a apreciação do procedimento hermenêutico e da força das pré-compreensões na interpretação, mediante a abordagem que analisa as contribuições da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica.

1.2 As contribuições da hermenêutica filosófica para a hermenêutica jurídica

Avançando na abordagem da interpretação jurídica, é momento de tratar de alguns elementos da hermenêutica filosófica, desenvolvendo, para tanto, as contribuições do pensamento do filósofo alemão Hans-Georg Gadamer.

1.2.1 Pré-compreensões: a elaboração de um projeto interpretativo

Com o filósofo Hans-Georg Gadamer, reconhece-se que a atividade pela qual o homem se aproxima de um texto para interpretá-lo, a hermenêutica, é uma tarefa que se realiza com sua pré-compreensão (*Vor-verständnis*)⁹. Esta pré-compreensão pode ser entendida como o conjunto de preconceitos¹⁰ e expectativas que o intérprete possui sobre determinado tema, é o conjunto de todas as suas pré-compreensões em determinada área.

O filósofo alemão ensina que ninguém aborda um texto, uma obra de arte, sem fazer uso de suas pré-compreensões. Ao abordar um texto, ao fazer uma primeira leitura, o intérprete de imediato tem uma impressão a respeito do que leu, da pintura que observou, da música que escutou, que pode ser considerada um projeto interpretativo.

⁹ Gadamer refere que “quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar” e, mais adiante, acresce que “elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que só podem ser confirmadas ‘nas coisas’, tal é a tarefa constante da compreensão” (p. 356). Neste ponto, de especial importância a advertência que o autor faz no sentido de que “é só o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão que pode levar o problema hermenêutico à sua real agudeza” (p. 360). A respeito da pré-compreensão, destaque-se ainda que esta é considerada por Gadamer a primeira de todas as condições hermenêuticas, surgida a partir da situação de ter que se haver com essa mesma “coisa” (p. 390). GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Vol I. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 1997.

¹⁰ Note-se que cabe a Hans-Georg Gadamer a reabilitação dos preconceitos. Esta é uma importante contribuição para a hermenêutica, que se ergue após a negativa conotação que as pré-compreensões receberam – e são herança – do Iluminismo. No entanto, Gadamer não se deixa levar pela fé romântica na autoridade, também esta fonte de pré-compreensões, condenando-a de igual modo. Aqui, toda referência aos termos *preconceitos*, *pré-juízos* e *pré-compreensões*, refere-se aos pressupostos que determinam o ponto de partida de toda compreensão.

Essa constatação é importante para a atividade de fundamentação das interpretações jurídicas, evidenciando que o intérprete não se aproxima do objeto a ser interpretado como *tábula rasa*.

Para uma adequada interpretação, a hermenêutica filosófica de Gadamer prescreve o conhecimento de um procedimento para toda pessoa que deseja buscar a verdade, que vem a ser o chamado círculo hermenêutico. Por esta denominação, considera-se o movimento do compreender, o procedimento de qualquer atividade interpretativa nossa.

O movimento que permite ao intérprete procurar conhecer os seus próprios pré-compreensões, pois estes atuam queira o intérprete ou não, e, com esta postura, poder revisar criticamente e distinguir os pré-compreensões que devem ou não ser levados em conta.

1.2.2 O círculo hermenêutico

O círculo hermenêutico é o procedimento que o intérprete realiza na abordagem de um texto, de uma obra, de uma mensagem. Este movimento tem o seu início quando o intérprete realiza uma primeira interpretação do texto, munido de seus conhecimentos prévios, suas expectativas com relação ao seu conteúdo, com sua pré-compreensão, como bem se frisou anteriormente, elaborando um projeto interpretativo preliminar.

Após esta leitura primeira do texto, é preciso, num segundo passo, buscar confirmação à interpretação dada. E os parâmetros que servirão para confirmar esta primeira impressão, para este teste da interpretação, são o *texto* e o *contexto*. Por confirmação no texto pode-se considerar que o intérprete deve reconhecer, no referido teste, se o seu projeto encontra confirmação no objeto – ou como Gadamer diz, na “coisa” – a ser interpretado. E, por confirmação no contexto, pode-se considerar a busca de qualquer informação capaz de confirmar ou enfraquecer a interpretação proposta.

Este movimento deve sempre ocorrer na interpretação de um texto e tem o seu termo final quando o intérprete, depois de pôr ao crivo do texto e do contexto, encontrar confirmação nestes parâmetros. Quando a interpretação não encontra a confirmação perseguida é sinal de que o projeto inicial deve ser revisto, até que se forme um novo projeto interpretativo que, igualmente, deverá trilhar o caminho da confirmação explicitada. E este

procedimento deve ser realizado tantas vezes quantas forem necessárias, teoricamente ao infinito, até que o intérprete chegue ao seu objetivo.

O ponto de partida do filósofo alemão é a descrição que Martin Heidegger, na obra *Ser e tempo*, faz do círculo hermenêutico:

“O círculo não deve ser degradado a círculo *viciosus* e tampouco considerado inconveniente ineliminável. Nele se oculta uma possibilidade positiva do conhecer mais originário, possibilidade que só pode ser captada de modo genuíno se a interpretação compreende que sua função primeira, permanente e última é a de não se deixar nunca impor pré-disponibilidade, pré-vidências e pré-cognições do caso ou das opiniões comuns, mas fazê-las emergir das próprias coisas, garantindo assim a cientificidade do próprio tema”¹¹.

Ademais, a teoria hermenêutica desenvolvida por Gadamer não se contenta em revelar o fenômeno interpretação, ou apenas em descrever a ação de pressuposição do intérprete e o movimento realizado pelo círculo hermenêutico, mas procura antes adequá-lo ao bem entender, ou seja, o círculo hermenêutico, e essa é uma constatação importante, é a possibilidade positiva de uma compreensão adequada de um texto, e as pré-compreensões, em Gadamer, surgem como elementos fundantes da compreensão.

Nesse sentido, o círculo hermenêutico revela o seu caráter crítico quando exige a atuação revisora das pré-compreensões, em atitude que não se deixa submergir aos desmandos unilateralistas que derivam de interpretações acríticas baseadas nestas.

Essa posição é compartilhada pelo jurista italiano Gustavo Zagrebelsky, quando afirma que toda interpretação procede da prefiguração ou da nova prefiguração de casos¹². Dentro da configuração do procedimento circular, o autor elege o caso ao mesmo tempo como ponto de partida e ponto de chegada da atuação interpretativa.

A categorização de sentido e valor que o intérprete realiza na interpretação, ao levantar as questões, os problemas a serem resolvidos, já antevê possíveis soluções que postulam confirmação, mas inicialmente restringe-se apenas a uma compreensão subjetiva, e, neste sentido, desempenha o papel de indicar a direção da pesquisa que deve ser realizada¹³.

¹¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método...*, p. 355. Veja-se, também, uma boa introdução à obra de Gadamer, neste ponto, REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Vol. 6. São Paulo: Paulus, 2006, p. 249.

¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale...*, p. 40.

¹³ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale...*, p. 43, “esta categorização é o que se denomina “pré-compreensão”, para indicar a existência de uma “antecipação de sentido e valor” que reclama confirmações,

Esta abordagem revela que o intérprete é necessariamente orientado na pesquisa, e, portanto, a interpretação nunca prescinde da pré-compreensão do intérprete, não sendo este – diga-se novamente – *tábula rasa*.

Aqui se ressalta o papel importante da pré-compreensão de uma pessoa que se põe a interpretar algo. E o círculo hermenêutico age como resposta à pergunta “o que fazer com” dirigida às pré-compreensões, depois da constatação da ação destas no ato de compreender. E para legitimar a atuação das pré-compreensões, a hermenêutica gadameriana indica que não há interpretação sem pressupostos.

Esta idéia vai ao encontro de outra questão levantada por Gadamer, a saber, a reabilitação que o autor concede aos preconceitos, às pré-compreensões, após a conotação negativa que também estes receberam do Iluminismo¹⁴, pois se esta nova visão não tivesse sido empreendida, restaria lamentar a presença das pré-compreensões. Gadamer restabelece duas formas de pensar, que são possíveis fontes de pré-compreensões: a *autoridade* e a *tradição*¹⁵.

Depois de Gadamer a tradição e a autoridade – fontes de pré-compreensões – não devem mais ser olhadas de forma negativa como ocorreu no Iluminismo, momento em que foram postas como inimigas da razão e da liberdade racional, situação que ainda perdura nos dias atuais.

isto é, respostas ou soluções “adequadas”, nas normas do ordenamento: é uma antecipação de solução, provisória e necessitando confirmações além da primeira compreensão subjetiva, mas sempre essencial para indicar a direção da pesquisa que deve ser realizada”.

¹⁴ O *Aufklärung* é responsável pelo matiz negativo que os preconceitos receberam e possuem até hoje, sendo da sua própria essência o “preconceito contra os preconceitos” na lição de Gadamer (p. 360). Neste sentido, o termo alemão *Vorurteil* (pré-compreensão) e o francês *préjugé* foram restringidos pela *Aufklärung* ao significado de um “juízo não fundamentado” (p. 361). Gadamer reabilita o sentido de prejuízos, considerando-os como condição da própria compreensão. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*.

¹⁵ Gadamer informa que a teoria das pré-compreensões desenvolvida na *Aufklärung* distingue pré-compreensões de *estima humana* e pré-compreensões *por precipitação* (p. 361). Segundo Gadamer, a *Aufklärung* concebe que “a precipitação é a verdadeira fonte de equívocos que induz ao erro no uso da própria razão. A autoridade, ao contrário, é culpada de que não façamos uso da própria razão” (p. 368). Assim, a *Aufklärung* não deixou valer nenhuma autoridade, indicando que a fonte última de toda autoridade é a razão, isto é, tudo devia ser decidido pelo tribunal da razão. O que a *Aufklärung* não se dá conta é de que existem prejuízos legítimos (p. 368). Mostra-se um erro a oposição excludente entre autoridade e razão. Da tradição pode-se dizer que esta é uma particular forma de autoridade defendida pelo romantismo. Gadamer reabilita as pré-compreensões ao escrever comentários no sentido de que a autoridade – não a fé incondicional em qualquer autoridade, mas apoiada num ato de reconhecimento e conhecimento – pode ser fonte de verdade (p. 370), superada uma visão deformada desta como fé cega, por exemplo, na aceitação incondicionada do antigo. Diz o autor que “entre tradição e a razão não se existe nenhuma oposição que seja assim tão incondicional” e que “a tradição sempre é um momento da liberdade e da própria história”. Tradição é considerada um ato de conservação, eis que também a conservação é um ato da razão, visto nos encontrarmos inseridos na tradição (p. 373-374). GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*.

Como a interpretação não ocorre sem pressupostos, não há como compreender senão em meio à tradição, que fornece uma gama de concepções no seio da qual nos situamos. O fundamental, referindo-se à tradição, é colocá-la sob o um olhar crítico.

Conforme anotam Reale e Antiseri, Gadamer rejeita a atitude do romantismo de fé na autoridade, sustentando que a proposta iluminista¹⁶ de querer crivar toda e qualquer pré-compreensão à luz da razão é uma pretensão justa, mas, que dessa pretensão não pode haver uma rejeição indiscriminada das pré-compreensões, da autoridade e da tradição, pelo fato de que existem pré-compreensões notáveis e pré-compreensões tradicionais que podem resultar adequadas e produtivas para o conhecimento.

A autoridade e também a tradição podem ser e, na verdade o são, fontes da verdade. A questão é a aceitação acrítica destas, o que, isso sim, é uma pré-compreensão não justificada. Nenhuma argumentação pode ser considerada errada por ser “velha”, da mesma forma que a “nova” não pode ser aceita indiscriminadamente como a verdadeira. É possível ver que a razão também está subtendida em atos de permanência e que o compreender é ato que se realiza em meio à tradição. Indo adiante, em todo ato de inovação se conserva mais do que se pode imaginar e esta preservação não é um ato menos afeito à racionalidade e à liberdade do que um ato de inovação.

Tanto tradição quanto autoridade devem transmitir uma idéia de permanência flutuante¹⁷. Ou seja, todo processo de interpretação ocorre em meio ao que está posto, ao que já é dado como elemento histórico, às doutrinas e teorias, às praxes, aos costumes. Cabe examiná-las criticamente, e para uma melhor leitura da realidade que se apresenta e da postura que se deve tomar na iminência de decisões interpretativas, conservar ou inovar, toma-se por auxílio a distância temporal¹⁸.

Um tribunal que é chamado a julgar um determinado tema polêmico na sociedade, sendo este aclamado a fazer justiça, deve bem sopesar os interesses envolvidos e saber-se guardião de uma ordem, da Constituição e seus valores, de um sistema que reclama viva atualização. Esta consciência pode bem se encaminhar para ambos os lados da questão, tanto

¹⁶ Cf. REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. *História da Filosofia...*, p. 256, “a superação de todos as pré-compreensões, que é um preceito geral do Iluminismo, apresenta-se ela própria como uma pré-compreensão”.

¹⁷ ZANINI, Rita Dostal. *Hermenêutica filosófica e hermenêutica jurídica: uma aproximação a partir dos conceitos de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: (Dissertação de Mestrado) - PUCRS, Faculdade de Direito, 2006, p. 22.

¹⁸ Para a noção de distância temporal, remete-se para o item 1.2.4.

conservação quanto inovação do tema posto em debate. E é preciso que os julgadores saibam que não devem aceitar as pressões midiáticas que defendem invariavelmente o novo, o progresso. Se se chegar a uma decisão que implique inovação, se a autoridade da tradição em algum momento for superada, que o seja porque o tempo retirou a outorga daquele entendimento que até então era comum. Justamente nisto consiste a permanência flutuante da tradição, a perda, ao menos em parte, do reconhecimento, que é o que lhe confere autoridade.

1.2.3 Alteridade do texto

Prosseguindo na exposição, é momento de lembrar que o intérprete com consciência hermenêutica, reconhecendo as próprias pré-compreensões, procedendo no movimento do círculo hermenêutico, é aquele que não utiliza o texto como pretexto para só ele falar. Quer dizer, ao abordar uma situação a ser interpretada, deve reconhecer os direitos do texto, isto é, a sua alteridade¹⁹, ou seja, é preciso deixar que o texto diga alguma coisa.

Esta é uma atitude que está diretamente associada à existência das pré-compreensões, ao passo que, para o respeito da alteridade do texto, é preciso que o intérprete tome consciência das próprias pré-compreensões para não sucumbir por meio destas²⁰.

Reconhecer a alteridade do texto também é reconhecer que este possui uma vida autônoma. Desde a sua produção, o texto entra em contato com outros produtos culturais e, assim, resulta o “ganhar” vida própria. Conforme a lição de Gadamer, o autor é um elemento ocasional²¹.

¹⁹ A respeito da “alteridade do texto” diz Gadamer: “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. 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”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método...*, p. 358.

²⁰ Assim é que Gadamer diz que a receptividade do texto não implica em neutralidade, implica antes a “apropriação das opiniões prévias e pré-compreensões pessoais”, isto é, o que importa é se dar conta dos próprios pré-juízos. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método...*, p. 358.

²¹ Ainda sobre a alteridade do texto, do ponto de vista do seu autor, e não já do intérprete, Gadamer diz que “o verdadeiro sentido de um texto não depende do aspecto puramente ocasional representado pelo autor e seu público originário. Ou pelo menos não se esgota nisso, pois sempre é determinado também pela situação histórica do intérprete e conseqüentemente por todo curso objetivo da história” e adiante “o sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso, a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também e sempre produtivo”, pelo que adverte o autor que é fundamental que se compreenda que o intérprete pode e deve compreender mais do que o autor. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método...*, p. 392.

Assim considerando, não se deve ter por pressuposto, em um debate, que deva prevalecer o sentido original do texto, a ser buscado na intenção de “um” legislador quando de sua elaboração. A constatação simples e corriqueira feita doutrinariamente exemplifica de modo assaz evidente este dado, quando invariavelmente se diz que um cientista desconhecia todas as conseqüências da teoria que criou.

A alteridade do texto e a necessidade de uma postura crítica com as pré-compreensões, permitem introduzir um aspecto da hermenêutica a ser considerado pelo intérprete, que não quer e não pode se deixar levar inconscientemente pelas pré-compreensões, a saber, a noção de distância temporal. Já que o texto possui uma vida autônoma após o seu surgimento, no contato com o exterior cultural, a distância temporal surge como fator que possibilita uma melhor compreensão de um texto. E é a ‘história dos efeitos’ de um texto que dá, sempre, melhores condições de bem interpretá-lo, pois com o tempo aparecerão hipóteses interpretativas, métodos, elementos que integrarão as ferramentas do intérprete na abordagem do seu objeto.

1.2.4 Distância temporal e história dos efeitos: prenúncios da reconquista do problema fundamental da hermenêutica

A referência à distância temporal²² surge a partir da constatação de que o tempo não é um abismo que separa e distancia o intérprete da verdade a ser buscada, mas, pelo contrário, constitui uma “possibilidade positiva e produtiva do compreender”.

É pela distância temporal que ao intérprete é dado aspirar a um conhecimento mais objetivo, visto que se lhe permite adquirir uma visão panorâmica²³ do fenômeno histórico, e filtrar as pré-compreensões de caráter particular, a partir de novos problemas e relações de sentido antes insuspeitas.

A partir da distância temporal é que se permite falar na utilização da consciência histórica do intérprete. Diz Gadamer que “um pensamento verdadeiramente histórico deve incluir sua própria historicidade em seu pensar. Só então deixará de perseguir o fantasma de

²² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método...*, p. 393. Diz Gadamer, a respeito, que “todo mundo conhece essa peculiar impotência de se julgar onde não dispomos de uma distância temporal que nos forneça critérios seguros”. Também se refere, o filósofo alemão, à ingenuidade do historicismo revelada na idéia de deslocar-se ao espírito da época, pensar conforme os seus conceitos e representações com vistas à objetividade histórica.

²³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método...*, p. 394-395.

um objeto histórico”²⁴. E a partir desta assertiva é que o autor refere que uma “hermenêutica adequada à coisa em questão deve mostrar a realidade da história na própria compreensão”²⁵.

Gadamer chama a essa exigência de “história efetual”. A história dos efeitos na obra gadameriana pode ser traduzida como o estudo das interpretações produzidas por uma época. É que a distância temporal permite uma verdadeira visão panorâmica sobre o texto, possibilitando, aliada a uma consciência histórica, tornar visíveis as pré-compreensões que passaram despercebidos aos olhos de quem se pôs a interpretar determinado texto.

Neste sentido, reitera-se o valor da tradição que não mais aparece como inimiga da razão, mas como fator que possibilita o conhecimento, ao passo que a interpretação não pode eliminar de seu universo cognitivo as pré-compreensões. O próprio compreender é um ato que ocorre em meio à tradição, que nada mais é do que um passado – não especificamente um tempo cronológico em sentido estrito – que é selecionado, transmitido e consagrado ao longo do tempo.

Já que compreende em meio à tradição, o intérprete é fruto da história dos efeitos²⁶ e, neste sentido, a interpretação que fizer de um texto passa a integrar está história, situando-se como mais uma inscrição na cadeia de efeitos históricos que integram o significado de uma obra.

Todo convite a interpretar é, também, a fazer parte da tradição, visto que o texto, por ser elaborado em tempo pretérito, requer renovada leitura e atualização pela mediação interpretativa. O produto da interpretação plasma-se no presente e logo em seguida, ou simultaneamente, integra já um momento futuro do ato interpretativo, considerando-se mais uma das interpretações que historicamente se fizeram do texto.

O intérprete que procura isoladamente o sentido do texto, que lhe foi cunhado pelo autor, nada mais realiza do que uma arqueologia do texto, trabalhando não diferentemente do que um historiador, aparentemente, desprezioso com os resultados da pesquisa. Por isso, pode-se dizer que aquele que se dedica a extrair de um texto o seu significado, mesmo sem o saber, o faz a partir de um dado momento presente, e, por isso, revivifica no tempo presente o sentido do texto, reconstrói o conteúdo do texto a partir do

²⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método...*, p. 396.

²⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método...*, p. 396.

²⁶ Na visão gadameriana da história efetual, diz-se que “ela determina de antemão o que se nos mostra questionável e se constitui em objeto de investigação”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método...*, p. 398.

horizonte presente, ou seja, o texto deve significar algo para o presente. Daí que o intérprete que penetra no estudo de um texto normativo deve dele extrair o seu conteúdo normativo atual, reelaborado a partir dos instrumentos de que agora, no instante atual, dispõe.

Não se condena ao esquecimento total a intenção do legislador²⁷, na elaboração de um texto, mas, sob uma ótica gadameriana, o ato de criação é um dos fatores que contribuem para a significação daquele objeto, como igualmente o fazem os elementos que formam a história posterior deste mesmo texto. Isso leva a não absolutizar uma forma comum de argumentar entre os juristas, a de encontrar em uma fórmula originalista a verdadeira interpretação das leis.

Por isto, o originalismo não pode deitar raízes sobre o palco da hermenêutica, pelo menos por duas razões: a primeira aponta para o já referido respeito à alteridade do texto, na medida que se considera o autor do texto um elemento ocasional; a segunda se desenvolve depois que Gadamer demonstrou que o *compreender* passa a ser considerado um processo unitário, englobando *intelligere*, *explicare* e *aplicare*. Eis o problema da reconquista do problema fundamental da hermenêutica²⁸. Para o autor “compreender o texto é já sempre aplicá-lo”, como bem anota Richard Palmer²⁹, acrescentando que, de acordo com o filósofo alemão, na compreensão há sempre algo de semelhante a uma aplicação à situação presente.

²⁷ Elucida o ponto a constatação de que depois de vindo ao mundo, um texto vive uma vida autônoma: produz seus efeitos. Com o tempo se verão conseqüências, erros, aplicações, desenvolvimentos e interpretações. Aqui, entra em cena o conceito de história dos efeitos. O texto produz efeitos que o autor deste nem podia imaginar. E é a luz destes efeitos, dentro de uma distância temporal é que se verá o significado do texto, à luz destes efeitos. E a cada leitura ou releitura do texto o intérprete o fará sob a influência dos efeitos. Destaca-se a distância temporal não como fator a impossibilitar ou dificultar o conhecimento, antes pelo contrário, como fator a favorecer o conhecimento e possibilitar a compreensão da obra ou do fato.

²⁸ Conforme explica Gadamer, o problema hermenêutico recebeu significado sistemático a partir do romantismo que reconheceu a unidade interna entre *intelligere* e *explicare*, isto é, fica evidenciado que a interpretação não é um “ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão”. A contribuição hermenêutica que restou do romantismo é, portanto, a de que compreender é sempre interpretar. Entretanto, com a fusão entre compreensão e interpretação a hermenêutica romântica não recupera da velha tradição hermenêutica o terceiro “momento” da problemática hermenêutica, a *aplicação*. Diz Gadamer: “ora, nossas reflexões nos levaram a admitir que, na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete” (p. 406). Gadamer considera a hermenêutica, um processo unitário, reiterando que a aplicação é um “momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método...*, p. 407.

²⁹ PALMER, Richard E.. *Hermenêutica...* p. 190-191. Discorre Palmer, comentando a obra *Verdade e Método*, sobre esta situação de aplicação no compreender: “Também as hermenêuticas jurídica e teológica tendem a negar a idéia de que o texto é compreendido na base da congenialidade com o seu autor – uma ilusão romântica. Sabemos que a compreensão pode ocorrer e de fato ocorre com ou sem a congenialidade com o autor. Como explicar isto? Porque de facto não nos referimos ao autor mas sim ao texto”. Com igual clareza de exposição conferir ZANINI, Rita Dostal. *Hermenêutica filosófica e hermenêutica jurídica: uma aproximação a partir dos conceitos de Hans-Georg Gadamer...*, p. 37-38. Lembra Rita Zanini que por meio da antiga tradição do início do século XVIII, houve uma distinção no processo de compreensão, tendo o Romantismo reconhecido a unidade

O exemplo que bem pode ilustrar esta unidade é o de que uma lei ou uma passagem das escrituras bíblicas não querem ser entendidas historicamente, mas possuem sempre uma pretensão de atualização.

A título de ilustração deste ponto, pode-se citar Zagrebelsky, ao escrever que o caso também necessita ser interpretado, devendo a ele ser atribuído um *sentido* e um *valor*. E é desta forma que o intérprete aborda o caso categorizando-o, ao atribuir a este um sentido por meio de suas categorias de valor. E é esta categorização de sentido e valor que move a interpretação jurídica, pondo as questões as quais o intérprete deve dar respostas em termos jurídicos, extraídas do ordenamento³⁰.

Um ponto de contato parece emergir das abordagens expostas até aqui. O compreender, considerado também como aplicar, conforme a elaboração de Gadamer, parece encontrar, na explanação de Zagrebelsky, uma confirmação e visualização, pois o caso a ser resolvido e suas demandas não deixa de ser um elemento do presente histórico, que reclama do intérprete uma atualização do texto. O jurista, ao interpretar, necessariamente não olhará apenas para o texto, mas também para o presente, extraindo deste as interrogações necessárias para uma leitura adequada e aplicadora.

Mas o que é o presente, senão uma situação hermenêutica a que se chegou com o passar do tempo, sob a influência dos efeitos históricos? Portanto, quem interpreta, considera passado como fonte e o presente como problema.

Apesar de consciente da ação das pré-compreensões, da importância de pô-las ao crivo do círculo hermenêutico, alguém poderá se perguntar qual o meio para garantir a objetividade de uma interpretação fundada nesta descrição do processo hermenêutico. A resposta se acha justamente no debate crítico das premissas que orientam a pré-compreensão, no caso, da categorização de sentido e de valor. Esta discussão será retomada mais adiante ao se tratar do método interpretativo. Antes, porém, é necessário, no ponto seguinte, fazer uma espécie de analogia entre a contribuição hermenêutica de Gadamer com a de Zagrebelsky, com o que este chama de dois pólos da interpretação jurídica, com o objetivo de aproximar hermenêutica filosófica e hermenêutica jurídica.

interna entre *intelligere e explicare*. A consequência desta eleição foi a cisão desses dois elementos em relação ao terceiro: o da aplicação. Com Gadamer, portanto, dá-se um passo adiante na unificação destes três elementos.

³⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale...*, p. 43.

Propondo a interpretação sistemática do direito, Juarez Freitas ensina que a eleição ou hierarquização das premissas é que ocupa lugar de destaque na interpretação jurídica.³¹ Reconhecendo a circularidade hermenêutica presente no processo de aplicação do direito, o autor destaca o princípio hierárquico axiológico como “metacrítério que permite arbitrar a disputa entre princípios, regras e valores no seio do Direito Positivo”.³²

Eis, portanto, importantes contribuições que caracterizam de modo profundo a atividade hermenêutica. Neste passo parecem estar acordes as compreensões esboçadas. O tema da hierarquização axiológica será tratado adiante em destaque.

1.3 Os dois pólos da interpretação jurídica: o caso e a norma

Para Zagrebelsky, a interpretação é atividade que se desenvolve entre dois pólos³³: o pólo do *caso* a regular e o pólo da *norma* reguladora, realidade esta que não se deve olvidar sob pena de mera *descrição* do direito.

E cada um dos dois pólos da interpretação jurídica apresenta as suas exigências. Ao mesmo tempo, o resultado a ser buscado pode ser considerado obtido, finalizado, apenas quando não gera violência nem ao caso nem ao direito, ou quando causa a menor violência possível, dentro de limites aceitáveis.

Aqui pode ser levantado um ponto de contato com o círculo hermenêutico. A pouco se explicou que o procedimento do círculo hermenêutico consiste exatamente na verificação em que se põe o projeto interpretativo prévio sob o crivo do texto e do contexto. Levando adiante a análise pode-se fazer certa analogia comparando o texto ao direito, ao texto de lei, e o caso ao contexto, ou, no mínimo, parte deste, na medida em que o caso se apresenta como um elemento presente que pode vir a confirmar ou desconfirmar a prévia interpretação ao apresentar as suas exigências.

³¹ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 51.

³² FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito...*, p. 54. Não se perca de vista, a importante contribuição do autor no sentido de, indo a diante do pensamento de Norberto Bobbio a respeito das antinomias jurídicas: “Na linha tópico-sistemática proposta, portanto, para vencer as antinomias (*sempre, de algum modo, solúveis juridicamente*) que ocorrem ou poder ocorrer entre normas do mesmo escalão formal e coevas, o critério hierárquico axiológico, nos termos dos preliminares conceitos de sistema jurídico e de interpretação sistemática, apresenta-se tipicamente capaz de oferecer, em todos os casos, uma solução minimamente adequada, desde que, no bojo do sistema, haja uma básica razoabilidade”, p. 99.

³³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale...*, p. 40.

O caso tem a função de ser simultaneamente, dentro da circularidade interpretativa, o ponto de partida e o ponto de chegada do procedimento hermenêutico. Inicialmente, é da preliminar valoração do caso que o intérprete extrai as questões a serem por ele respondidas em termos jurídicos³⁴. A referência à solução de casos contribui para a assertiva de Eros Grau ao considerar a interpretação do Direito como uma prudência³⁵, isto é, atividade essencialmente prática. Entretanto, o caso na sua dimensão meramente factual não é portador de problemas; o passa a ser quando alguém frente a este passa a julgá-lo, atribuindo-lhe um sentido e um valor.

É um discurso que, pode-se dizer, está em consonância com a abordagem da pré-compreensão a que se fez referência anteriormente e com o conceito exposto do círculo hermenêutico. Como tarefa infinita, a interpretação jurídica indicará ao intérprete que confirme ou não a problematização inicial que do caso elaborou. Neste sentido, elabora um projeto interpretativo do caso, com base igualmente no direito, e ao caso retorna para verificar a conformidade da solução anteriormente esboçada. Este procedimento termina quando o intérprete entende que satisfatoriamente esboçou um resultado que não agride às exigências do caso e às exigências do direito.

A verdadeira compreensão do círculo hermenêutico leva a algumas outras considerações sobre a interpretação de casos jurídicos. Uma destas considerações se refere a busca do sentido originário do texto legal, quando de sua produção ou, dito de outro modo, a busca pela vontade do legislador. A compreensão hermenêutica propugnada deve superar uma

³⁴ Neste sentido, Gadamer diz que “a compreensão começa onde algo nos interpela” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método...*, p. 395, e para que isso ocorra, é possível dizer que é dentro do próprio horizonte do intérprete que as perguntas se apresentam.

³⁵ Demonstra o autor a influência e a atualidade da prudência (*phronesis*) utilizada para se referir à interpretação jurídica. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110. Em artigo Luis Fernando Barzotto afirma que “Um traço característico da modernidade foi tratar o direito como um fenômeno social “neutro”, um sistema de normas, princípios e procedimentos a ser descrito por uma asséptica “Teoria do Direito”. Ao contrário, no mundo clássico, o direito era pensado a partir da justiça”. Referindo-se ao pensamento ético clássico, ensina que este se desenvolveu como a “doutrina do bem viver”. Neste contexto é que surgem as virtudes, e dentre estas, a *phronesis*, a prudência, o saber prático voltado “à determinação da ação correta na situação concreta. Este saber prático – dirigido à orientação da ação humana – representado pela virtude da prudência, difere-se, por sua vez, do saber teórico ou técnico, visto que não pode ser ensinado por via de aprendizado. Acrescenta o autor que a *phronesis* é o “saber utilizado no âmbito da moral, da política e do direito. O procedimento que emprega é a deliberação”. Com estas idéias, nota-se a atualidade da ética clássica e sua possibilidade produtiva de se prestar como ferramenta de auxílio para o jurista contemporâneo ao tratar dos valores. Veja isto com o que diz o autor: “O conhecimento da lei é um conhecimento que não apresenta dificuldades. Mas interpretar a lei para poder determinar o justo aqui e agora, isso é uma “tarefa árdua”, que exige a prudência”. Por último, reforce-se a idéia de que a *prudência* é considerada uma virtude. BARZOTTO, Luis Fernando. O Direito ou o Justo. O direito como objeto da Ética no pensamento clássico. In *Anuário do programa de pós-graduação em Direito*. São Leopoldo, Unisinos, 2000, pp. 159-161; 173.

tal concepção originalista. O intérprete não pode ter por finalidade descobrir a vontade que o legislador empregou no texto, o que, levado a cabo, tornaria a interpretação incompleta, por prescindir das exigências do caso.

Como se disse, a interpretação não está apenas a serviço do caso, sob pena de ser uma atividade meramente casuística, mas no respeito ao sistema, também deve atender aos reclames do direito, ou seja, não está a serviço exclusivo nem de um nem de outro³⁶.

A interpretação, portanto, se destina à pesquisa da norma adequada tanto ao caso quanto ao direito³⁷. Esta colocação se impõe pela crítica anteriormente feita à idéia, largamente difundida, de que a interpretação seria uma atividade que visa transformar disposições em normas, excluindo deste conceito que o caso também apresenta suas próprias exigências, a que se fez referência.

Tanto é assim que o caso prepondera sobre as regras em situações de insuficiência dos textos normativos, situações de conflito insanável, em que se diz que conflitam as exigências do caso e as exigências das normas. O caso, nas situações em que o direito não mais é idôneo a solucioná-lo, pressiona a interpretação até que no ordenamento se procure uma nova norma, mais adequada. E a esta operação fala-se da “produtividade do caso concreto”³⁸.

O caso concreto ocupa, não de forma absoluta, por causa desta sua produtividade, ainda que em potência, nessa tensão dos dois pólos da interpretação jurídica, uma posição de destaque e superioridade, pois a interpretação jurídica é uma atividade essencialmente prática, visa a resolver problemas concretos da vida. E na compreensão sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido³⁹.

Frente a estas idéias, ganham força as críticas ao formalismo interpretativo, bem como ao positivismo acrítico, com a constatação de que a máxima *dura lex sed lex* não vale mais, assim como a própria existência de outras máximas e axiomas no direito estão ameaçadas nas suas posições.

³⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale...*, p. 40.

³⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale...*, p. 40.

³⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale...*, p. 42.

³⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método...*, p. 406-407.

Um pensamento axiomático⁴⁰ tende a petrificar os conceitos de direito, de interpretação e causam o engessamento do raciocínio, na adoção, por exemplo, de métodos “científicos” que adotam uma concepção de verdade para a solução dos conflitos jurídicos, questão a ser examinada neste próximo ponto.

1.4 O método interpretativo

Outra questão interpretativa de relevância e que se mostra uma forma muito comum de pensar é aquela que diz com a escolha do método de interpretação para a solução de casos. Dentro deste modo de pensar, poder-se-ia guiar pela seguinte questão: qual o método de interpretação adequado que se legitima por sua correção interpretativa? De outro modo, qual é o método interpretativo adequado à solução dos casos? Qual deles confere objetividade à interpretação jurídica?

Antes de uma resposta conclusiva a estas indagações é preciso, desde já, mencionar a constatação de Zagrebelsky, segundo a qual:

“As tradicionais concepções que resolvem o problema da interpretação em questões de emprego dos métodos não ajudam de modo algum, dada a evidente improdutividade de toda pesquisa apenas sobre os métodos, de per si próprios, desprovidos de significado”⁴¹.

Uma abordagem adequada deste tema leva ao reconhecimento da impossibilidade da eleição de um método *a priori* como decisivo para a solução hermenêutica. Aqui ocorre a separação de mais um item da dogmática tradicional, qual seja, a pesquisa e estudo de métodos interpretativos isoladamente, dada a improdutividade, acima referida, de toda pesquisa dirigida pelo método. Veja-se.

A adoção prévia de um método, tido por solução interpretativa, pode levar a resultados disformes, não quistos pelo sistema jurídico. Para exemplificar, tome-se novamente o formalismo interpretativo, que sustenta a máxima segundo a qual *in claris non fit*

⁴⁰ Cf. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito...*, p. 51, “Em certo sentido, sem exagero na afirmação, resta contestável a possibilidade mesma de axiomas na seara jurídica”. Em sentido semelhante, referindo, propriamente à dogmatização do Direito, ver STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 214. Afirma o autor: “O equívoco do pensamento dogmático do Direito é pensar que um conjunto de enunciados explicativos acerca do Direito, postos à disposição da comunidade jurídica, é suficiente para compreender o Direito. Na verdade, quanto mais o pensamento dogmático tenta explicar o Direito através de conceptualizações, mais ele estará escondendo o Direito”.

⁴¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale...*, p. 48.

interpretatio. Este modo de pensar, segundo Rita Zanini⁴², ao comentar Gadamer, idolatra os métodos objetivistas, o que, por sinal, é fruto de polêmica entre Betti e Gadamer⁴³. Tal

⁴² ZANINI, Rita Dostal. *Hermenêutica filosófica e hermenêutica jurídica: uma aproximação a partir dos conceitos de Hans-Georg Gadamer...*, p. 63.

⁴³ Faz-se pertinente ter presente a contribuição e divergência doutrinária a partir do que escreveu Emilio Betti. Betti, dando-se conta da grande importância que possui às “ciências do espírito” a teoria da interpretação ou teoria hermenêutica, funda em 1955 o *Istituto di Teoria dell’Interpretazione*, junto a Faculdade de Direito da Universidade de Roma. Sua obra mais famosa, dentre os seus vários escritos, é *Teoria generale dell’interpretazione*, publicada inicialmente em 1955, e por ele próprio traduzida ao idioma alemão e com republicação doze anos depois, 1967, com o título *Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften*. Betti, com a finalidade de prestar um grande serviço à teoria hermenêutica, produziu em seu livro quatro cânones do procedimento hermenêutico, consideradas quatro boas regras para uma boa interpretação. Seu intuito maior é o de respeitar os direitos do objeto, fugir do subjetivismo do intérprete, pelo que se depreende da frase *sensus non est inferendus, sed efferendus*, que demonstra a idéia de que o sentido não deve ser imposto, mas extraído. Acrescente-se à pretensão de objetividade, a consideração à tarefa do intérprete que deve ser a de re-conhecer e re-construir a mensagem, as intenções, o sentido. Os quatro cânones (BETTI, Emilio. *Teoria Generale della Interpretazione*. Vol. I. Milano: Giuffrè, 1990) são atinentes ao “objeto” primeiro e segundo, ou atinentes ao “sujeito” intérprete (p. 304), estes últimos respondem ao momento da subjetividade inseparável da espontaneidade do compreender (p. 314). São para o autor cânones cuja observância garantem o êxito epistemológico da interpretação. O primeiro cânone é o da *autonomia ou imanência do critério hermenêutico*. A idéia que se extrai deste cânone é a de que a interpretação deve compreender as formas representativas – podemos compreender a linguagem das disposições – que comunicam a objetivação de um espírito (pense-se, por exemplo, no legislador), *segundo aquele espírito que nestas se objetivou* (p. 305). Aqui o que vale é revelar o sentido que se encontra dado no objeto e não transferir um sentido a partir de fora. Nos termos do autor “contra todo arbítrio subjetivo, o cânone em questão impõe respeitar o objeto no seu peculiar modo de ser, e exige que seja medido com a sua própria medida” (p. 305). O segundo cânone intitula-se *totalidade e coerência do valoração hermenêutica*. Referindo-se também objeto, este cânone considera que todas as partes constitutivas de um discurso possuem uma comum referência ao todo do qual fazem parte ou ao qual se concatenam. É a partir do todo que se compreendem e iluminam as partes do todo (texto inteiro) e no contínuo confronto com as partes que se compreende o sentido do todo. Esta necessidade de correlação entre as partes e o todo, segundo Emilio Betti se legitima também pelo senso comum (p. 308). O terceiro cânone, este relativo ao sujeito, é o da *atualidade do compreender*. Este cânone indica que o intérprete não deve ser um receptor passivo da mensagem a ser interpretada, mas devem com os seus próprios sentidos tratar de por as suas “categorias mentais” em colaboração para conseguir reconstruir o significado do objeto sob interpretação. Escreve Betti que “ao intérprete se requer deixar constantemente conhecedor da contribuição que a sua mentalidade dá, e deve dar, ao processo interpretativo” (p. 315). Este cânone se dirige contra o falso pré-compreensão, segundo o autor, expresso no ideal de deixar que as coisas, o objeto em questão, falem “per se”, pré-compreensão de uma “nua objetividade”. Resta que o intérprete não pode cancelar a sua subjetividade para compreender. O quarto e último cânone, também relativo ao sujeito, é o cânone da *adequação do compreender ou cânone da correspondência e congenialidade hermenêutica*. Parte-se da idéia de que o conhecimento é considerado, para fins hermenêuticos, re-cognição, assimilação congenial do objeto por parte do sujeito (p. 317). Para contemplar este cânone do procedimento hermenêutico, Emilio Betti, refere que é preciso uma *abertura mental*, que pode ser caracterizada, de modo negativo, como humildade e abnegação de si, e “revisar em um honesto e resolutivo prescindir dos próprios prejuízos e hábitos mentais impeditivos,” e, de modo positivo, se caracteriza por uma “amplitude e capacidade de horizonte que gera uma disposição congenial e fraterna frente aquilo que é objeto de interpretação” (p. 318). Conforme salienta o autor, pode-se chamar de cânone da *adequação do compreender*, ou cânone da *reta correspondência* ou consonância hermenêutica, “pelo qual o compreender deve esforçar-se em pôr a própria viva atualidade em íntima adesão e harmonia com a mensagem que – segundo a pertinente imagem de Humboldt – lhe vem do objeto, de modo que uma e outro vibrem em perfeito *unísono*” (pp. 319-320). Com estes quatro cânones Emilio Betti acredita conseguir conferir a devida objetividade ao processo hermenêutico. E critica certos teóricos da hermenêutica, dentre estes Gadamer, de não levar em conta os direitos do objeto, impondo-lhe o sentido, mais do que extraindo que nele está contido. Para Betti o intérprete deve reconhecer nas objetivações do espírito o “pensamento criativo que o anima” e para tanto deve percorrer de modo inverso, em seu *iter* hermenêutico, o caminho genético, deve, pois, re-conhecer e “re-construir a mensagem, as intenções manifestadas na objetivações” (cf. REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. *História da Filosofia...*, p. 266, ao empreenderem uma síntese dos cânones de Emilio Betti). Conforme se verifica, Emilio Betti também critica a hermenêutica existencial de Heidegger, Gadamer e Bultmann, pelo excessivo peso que, segundo ele, dão à pré-compreensão, o que leva a uma “atribuição de sentido” (*Sinngebung*). A objetividade da interpretação pode ser

compreensão descarta o fato de que o trabalho do intérprete é fruto da *história dos efeitos*, e que, historicamente situada, a interpretação está sempre sujeita a revisões.

considerado, pois, o ponto central, do qual o jurista italiano não abre mão, evidenciado pelo fórmula *sensus non est inferendus, sed efferendus*. Em 1962 Emilio Betti publica um pequeno livro com o título *Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, pouco depois da publicação de *Verdade e Método* Hans-Georg Gadamer. Conforme o relato de Richard Palmer, Betti faz uma “crítica nítida e inequívoca à abordagem que Gadamer fizera a este tema”, e estas, basicamente, consistem, em primeiro lugar, na idéia de que a hermenêutica de Gadamer “não serve como metodologia ou como auxiliar de metodologia dos estudos humanísticos”, e em segundo lugar, a objeção de que “ela põe em risco a legitimidade de nos referirmos ao estatuto objectivo dos objectos de interpretação e que portanto torna discutível a objectividade da própria interpretação” (PALMER, Richard E. *Hermenêutica...* p. 63). Conforme a informação de Palmer, Betti “queria distinguir os diferentes modos de interpretação das disciplinas humanas e formular um corpo básico de princípios com os quais se interpretasse as acções do homem e os objectos” (p. 64) e continua dizendo que o autor pretende afirmar “é que, qualquer que seja o papel da subjectividade na interpretação, o objecto mantém-se objecto e podemos tentar fazer dele e realizar com ele uma interpretação objectivamente válida” (p. 65). Dentro da polémica criada, nas palavras de Palmer, “as críticas de Betti a Gadamer levantam sérias objecções à ‘intersubjectividade’ existencial e à historicidade da compreensão, defendendo que Gadamer não conseguiu produzir métodos normativos que permitisse distinguir uma interpretação certa de uma interpretação errada, e de que ele considera conjuntamente processos muito diferentes de interpretação” (p. 66). Segundo Betti, há diferenças nos processos de interpretação que correspondem ao historiador e ao advogado. Para o autor italiano, apenas a interpretação legal implica uma aplicação ao presente – idéia que Gadamer defende se enquadrar em toda atividade hermenêutica – pelo que a interpretação do historiador não implica uma aplicação mas submersão na realidade e objectividade posta no que está a estudar. Eis, talvez, a grande conciliação – naquilo que é possível – das abordagens de Betti e de Gadamer. Este autor respondeu às críticas de Betti em uma carta, declarando que não possuía a pretensão de propor um método, mas que o propósito de sua obra é o de tentar demonstrar “aquilo que é”. Palmer anota que a evidência de que Betti não se satisfaz com a resposta de Gadamer – Betti publicou a carta de Gadamer como nota de rodapé do próprio panfleto onde ataca Gadamer – visto que para ele Gadamer “subjectividade existencial sem quaisquer regras”. Esta polémica, deixa os lados opostos e a partir de uma determinada interpretação pode apresentar pontos de confluência. Veja-se as idéias de Hans-Georg Gadamer a respeito. A respeito do primeiro cânone de Betti, da *autonomia* ou *imanência do critério hermenêutico*, é possível contrapor o que Gadamer diz, quando expressa que na compreensão não se dá o ideal de objectividade proposto pelo professor italiano, o que na ótica do professor alemão suporia um ponto de vista supra histórico, do qual não se dispõe. Gadamer, contra o subjetivismo, propõe o respeito à alteridade do texto, em que pese não o considere um “objeto” externo ao intérprete. A divisão sujeito e objeto é enfraquecida ao passo que tanto intérprete quanto coisa a ser compreendida se influenciam mutuamente, ao se encontrarem. Há uma relação de recíproco efeito, tanto que todos somos frutos do horizonte em que vivemos. A esses traços se permite também acrescentar que a historicidade não é pensada a partir de um ponto objetivo, mas de um ponto em que a própria idéia de conhecimento histórico é posto em jogo (p. 386-387). Quanto ao segundo cânone do professor italiano, é de se notar que o que este é o que mais guarda identidade com o que sustenta Gadamer ao desenvolver uma descrição do fenômeno da compreensão, pelo que, apenas para contrastar-lhe a idéia, o procedimento do círculo hermenêutico de revisar o projeto interpretativo a luz do texto e do contexto, proporciona a atitude necessária para bem efetivar esta idéia de totalidade e coerência da valoração hermenêutica. O terceiro cânone pode ser aproveitado na ótica gadameriana se, conforme a exposição do círculo hermenêutico, se der a este uma noção de que todo compreender já possui em si uma aplicação, considerada a compreensão um processo unitário. Ao cânone da *correspondência* e *congenialidade*, por guardar estrita identidade com o primeiro, vai a crítica de Gadamer de que quando alguém busca compreender um texto, não se desloca até a constituição psíquica do seu autor. Afirma Gadamer que nesta situação “nos movemos numa dimensão de sentido que é compreensível em si mesma e que, como tal, não motiva um retrocesso à subjectividade do outro”. Acrescenta, ainda, que “é tarefa da hermenêutica explicar esse milagre da compreensão, que não é uma comunhão misteriosa das almas mas uma participação num sentido comum” (p. 386-387). Diz, ainda, que: “a consciência hermenêutica sabe que não pode estar vinculada à coisa em questão ao modo de uma unidade inquestionável e natural como se dá na continuidade ininterrupta de uma tradição” (p. 391). Contra o ideal de objectividade sustentado por Betti, eis o seu traço hermenêutico, Gadamer sentencia: “mostramos que a compreensão é menos um método através do qual a consciência histórica se aproximaria do objeto eleito para alcançar seu conhecimento objetivo do que um processo que tem como pressuposição estar dentro de um acontecer da tradição” (p. 408). GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Por estes e outros motivos é possível dizer que Betti, ao lançar os cânones do bem entender, ao direcionar a mira na hermenêutica de Gadamer, o faz, é possível, sem compreender a proposta hermenêutica, de não impor um procedimento, mas elucidar este momento desde o seu início até o seu fim.

A consciência histórica reconhece, por sua vez, que por vários modos se resolvem os casos semelhantes, e que a cada nova leitura o intérprete se depara com uma nova situação hermenêutica, um novo estado de conhecimento, novos problemas, novas hipóteses de solução, um novo estado de coisas, pode-se dizer. A improdutividade de um método *a priori*⁴⁴, é reconhecida justamente nisto, em suprimir a evolução do conhecimento, em impossibilitar a superação das limitações e a formulação de efetivas soluções por apego ao método já pré-ordenado estaticamente.

Este reconhecimento da improdutividade de um método *a priori* não significa que a interpretação prescindia da utilização de métodos. Apenas não se deixa enfaixar por um único método, ou seja “o método interpretativo não é a interpretação”⁴⁵. E a chave que abre a interpretação para o sucesso é o reconhecimento de que o próprio *saber* é fundamentalmente dialético.

Neste sentido, é a abertura para a pluralidade de métodos que se mostra conforme esta caracterização do saber dialético, entendida a dialética como abertura para o diálogo. Os métodos, coletivamente considerados, são ferramentas que contribuem com o trabalho do intérprete na busca de soluções para o caso. Um dos métodos pode vir a preponderar sobre os outros, porém, não por decorrência de uma hierarquia fixa e prévia, mas a partir das e pelas exigências que o caso e o direito apresentam.

A dialética aparece como antítese do método, visto que “o método é incapaz de revelar uma nova verdade; apenas explicita o tipo de verdade já implícita no método”⁴⁶. A dialética visa a superar a tendência que o método tem de estruturar o modo individual de ver. Apresenta-se, pois, como autêntica conversação.

⁴⁴ Mostrando a fragilidade hermenêutica dos métodos, Streck diz que “não é desarrazoado afirmar, nesse diapasão, que os assim denominados métodos ou técnicas de interpretação tendem a objetificar o Direito, impedindo o questionar originário da pergunta pelo sentido do Direito em nossa sociedade”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica...*, p. 208.

⁴⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale...*, p. 48.

⁴⁶ PALMER, Richard E. *Hermenêutica...*, p. 168-169. Cf. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito...*, p. 170, “A Dialética, por outro lado, não peca contra a lógica formal. Simplesmente a supera, dado que é uma lógica da vida real. É a concepção da análise como parte integrante do processo social analisado, como sua consciência crítica possível, na certeza de que as coisas, em si mesmas, são contraditórias. Aclarando melhor, entendemos que o método para se apreender o fenômeno jurídico há de ser o dialético, de tal sorte que o método jurídico deve ser concomitantemente, a lei do desenvolvimento do intérprete e o movimento do próprio interpretar. O Direito não é tão-somente o reino da necessidade”.

A pluralidade de métodos está em consonância com a própria historicidade humana, sendo que o homem que se reconhece histórico, reconhece igualmente a sua finitude e a finitude de seu próprio conhecimento, como bem lembra Palmer:

“O conhecimento objetivo, o conhecimento “válido” objetivamente, sugere um ponto de vista superior à história, a partir do qual se poderá olhar a própria história – e um homem não dispõe de um ponto de vista deste gênero. O homem finito, histórico, vê e compreende sempre do seu ponto de vista, localizado no tempo e no espaço; não pode, diz Gadamer, colocar-se acima da relatividade da histórica e procurar “um conhecimento objectivamente válido”⁴⁷.

A postura dialética⁴⁸, ao prescindir do exclusivismo metódico, propõe ao intérprete algo que lhe pode custar muito caro: pôr em jogo a sua própria posição, isto é, estar disposto a colocar à prova os próprios pressupostos, fazer o teste de legitimidade da própria categorização inicial de valor e sentido de que se fez menção.

É neste contexto comunicativo em que se insere o intérprete cioso de seus deveres, em que: a intersubjetividade aparece como fator determinante para uma melhor resposta interpretativa; a historicidade torna evidente a finitude humana; e a dialética possibilita, aquele que busca a verdade, um horizonte crítico.

A pluralidade de métodos, portanto, “é condição de uma pesquisa aberta, adequada caso a caso, e põe em evidência a esfera do direito com aquilo que o direito deve servir”⁴⁹.

Uma pesquisa aberta se torna a característica de todo aquele que bem deseje encontrar boas e adequadas respostas ao interpretar o direito e os casos. Faz-se necessária uma

⁴⁷ PALMER, Richard E. *Hermenêutica...*, p. 182.

⁴⁸ Reconhecendo o saber como essencialmente dialético é que Gadamer diz que a suspensão dos próprios prejuízos, procedimento necessário para uma boa compreensão, do ponto de vista lógico tem a “estrutura da pergunta”. Eis a dialética presente na hermenêutica, sendo a essência da *pergunta* “abrir e manter abertas as possibilidades”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método...*, p. 396. A idéia de dialética está em respeitar a alteridade do outro, por a prova a própria posição no confronto argumentativo. Conforme Cirne Lima dialética é o que os filósofos gregos chamam de jogo dos opostos, pressupondo uma tese, a antítese e uma síntese. Conforme o autor a dialética está originalmente calcada nas idéias do filósofo pré-socrático Heráclito, do qual se transmite o exemplo da lira, instrumento musical dos antigos gregos, que numa visão inicial é pura tensão inicial entre arco e cordas, quando tocado surge a síntese, a música. O exemplo representa a idéia de que na dialética os opostos são o estágio inicial de uma discussão, de uma compreensão, e que a síntese é a conciliação, estágio em que as partes são conservadas e mantidas, e aquilo que não serve ao problema, à disputa, é deixado de lado, visto serem as partes sempre erradas ou incompletas. CIRNE LIMA, Carlos Roberto. *Dialética para principiantes*. 3ª ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 25.

⁴⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale...*, p. 48-49.

pesquisa nestes termos, pois o próprio sistema é aberto, não aceitando hierarquizações rígidas. É o tema a ser, daqui em diante, analisado.

1.5 A hierarquização axiológica

É oportuno apresentar, em consonância com as reflexões hermenêuticas até aqui esboçadas, o pensamento do professor Juarez Freitas, que propõe a Interpretação Sistemática do Direito. Esta se baseia numa concepção do sistema jurídico como “rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente na Constituição”⁵⁰.

Esta visão do direito, plena de elementos, merece algumas considerações juntamente com a análise da hierarquização axiológica proposta por esta visão de sistema.

A partir deste conceito, é possível visualizar que o autor reconhece na tipologia jurídica três instâncias do fenômeno jurídico, a saber, princípios, regras e valores jurídicos, que operam no seio do sistema jurídico. Com finalidade interpretativa, é imprescindível lembrar que o ordenamento jurídico, o sistema, é composto por normas, isto é, regras e princípios⁵¹, que estão a informar o jurídico na sociedade. Esta distinção é essencial na busca

⁵⁰ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito...*, p. 54.

⁵¹ O terreno da classificação das fontes em Direito, é um terreno em que muito se escreveu e que impera certa perplexidade, ou, ao menos, polêmica e confusão, conforme Robert Alexy.

Dentro das distinções teórico-estruturais que faz Robert Alexy, a mais importante para a teoria dos direitos fundamentais é a que distingue *regras* e *princípios* (p. 81). Para o professor alemão, tanto regras quanto princípios são normas porque dizem o que deve ser. Quanto a este tema o autor refere três possíveis teses a indicar o posicionamento dos doutrinadores. A primeira tese considera que a divisão de normas em classes é algo vão, frente à pluralidade existente (p. 85). A segunda tese prevê que as normas se dividem em duas classes, mas esta divisão é meramente de grau (p. 85-86). A terceira tese diz que as normas podem ser divididas em regras e princípios, mas não há entre estas categorias apenas uma distinção de grau, senão que, uma diferença qualitativa, eis a tese encabeçada por Alexy (p. 86).

Para Robert Alexy os princípios são *normas de otimização*, normas que estão a indicar que “algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes” (p. 86). São, portanto, mandatos de otimização, podendo ser cumpridos em diferentes graus. Assim, na *colisão* de princípios um tem de ceder ao outro, sem que isto implique a invalidação do princípio que cede ou a necessidade de uma cláusula de exceção (p. 89). O autor parte da idéia de que frente ao caso concreto, os princípios possuem pesos diferentes e que prevalece o princípio com maior peso. Com isto, apresenta-se a idéia de que os princípios não possuem uma precedência absoluta, incondicionada, senão que a solução deste conflito se dá pela estipulação de uma relação de precedência condicionada, isto é, sob as determinadas circunstâncias que ensejam esta precedência é que se há de falar em superioridade de um determinado princípio. A estipulação desta relação de precedência condicionada que se aplica aos princípios, conforme Alexy, é já o estabelecimento de uma regra. Considera, ainda que, *prima facie*, os princípios não contém mandatos definitivos e carecem de determinação em relação aos princípios contrapostos e as possibilidades fáticas (p. 99).

Já as regras, conforme Alexy, são normas que “só podem ser cumpridas ou não” e contém determinações no “âmbito do fático e juridicamente possível” (p. 87). Para o autor o *conflito* entre regras se resolve ou se atribuindo uma exceção a uma regra ou se declarando inválida uma regra, com a conseqüente eliminação deste do ordenamento, visto que o conceito de validade jurídica não é gradual. Diz o autor que “Se se constata a aplicabilidade de duas regras com conseqüências reciprocamente contraditórias no caso concreto e esta contradição não pode ser eliminada mediante a introdução de uma cláusula de exceção, há então que declarar invalidada, pelo menos, a uma das regras” (p. 88). Ressalta Alexy que com isso, não se está a prescrever a regra que deva ser declarada inválida e qual deva prevalecer. As regras, portanto, estão na dimensão da validade (p. 89), possuindo um caráter *prima facie* definitivo, ou seja, contém a determinação do que se deve fazer no âmbito do jurídico e fático possível. Em que pese isto, é diz o autor que é possível uma cláusula de exceção o que faz a regra perder seu caráter definitivo, para a decisão do caso. Por último, pode-se dizer que as regras são razões definitivas, diferentemente dos princípios que são razões *prima facie* (p. 101). Contra o que pensa Dworkin, as cláusulas de exceção introduzíveis nas regras sobre a base de princípios são teoricamente enumeráveis. Nunca se pode estar seguro de que um novo caso não tenha que introduzir uma nova cláusula de exceção (p. 99-100).

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Dworkin, outro expoente na exposição da teoria dos princípios, que em muitos pontos guarda similaridade com Robert Alexy em muitos aspectos comuns, assim como o professor alemão, está a designar princípios e regras como normas. Para Dworkin, a diferença que se estabelece entre princípios e regras é uma diferença de *natureza lógica* (p. 39). Distinguem-se pela “natureza da orientação que oferecem”. Para o autor, as regras se aplicam ao modo do tudo ou nada. A exemplo de Alexy, Dworkin também considera que as regras se aplicam na dimensão da validade, ou seja, ou uma regra se aplica por ser válida, ou não se aplica, situação em que se declara a invalidade da regra. Admite, também, que as regras podem ter exceções (p. 39-40), e para que bem se enuncie uma regra, deve ser levado em conta essa exceção, sem o que seria incompleto, visto que seria impreciso enunciar uma regra sem as suas respectivas exceções. Quanto mais se enunciar as exceções de uma regra tanto mais completo será o seu enunciado (p. 40). Não podendo uma das regras ser válida em caso de conflito, a decisão de qual delas deve ser levada em conta não está nas próprias regras, mas além destas (p. 43). O sistema pode regular esses conflitos com outras regras. Quanto aos princípios, reconhece o professor de Harvard que o fato de um princípio não prevalecer numa dada situação de dois princípios contraditórios incidirem sobre uma mesma situação fática, não significa que este não seja um princípio, pois em outros casos, sob outras condições, poderá ser decisivo (41-42). Reconhece Dworkin que os princípios possuem uma dimensão que as regras não a possuem, a saber, a *dimensão do peso ou importância* (42). Dada a situação de conflituosidade, quando se entrecruzam, o princípio que vai resolver o conflito tem de levar em conta o peso de cada um. Pelo contrário, as regras não possuem a dimensão de peso. A diferença de Alexy, Dworkin possui uma visão mais restritiva dos princípios do que o autor alemão, ou seja, além de distinguir princípios e regras, este ainda faz a distinção entre princípios e políticas (*policies*), consideradas, estas últimas, objetivos a serem alcançados, isto é, bens coletivos. Diferentemente, os princípios são padrões que devem ser observados, “não porque seja desejável por promover uma situação econômica, política ou social, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (p. 36).

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

De modo crítico a estes posicionamentos, pode-se considerar as contribuições de Juarez Freitas e de Humberto Ávila. Para Juarez Freitas, reconhecendo a distinção entre regras e princípios, considera que as regras são “preceitos menos amplos e axiologicamente inferiores aos princípios”, acrescentando que a distinção não é pela idéia da generalidade, mas pela qualidade argumentativa e pela diferença de grau (superioridade hierárquica) dos princípios. Conforme o autor, “na perspectiva tópico-sistemática aqui preconizada, tudo se traduz em questão de peso ou de hierarquia, inclusive no campo das regras”. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito...*p. 56.

Por outro lado, Humberto Ávila, também criticando a idéia de aplicação ao modo “tudo ou nada” às regras, diz que a diferença que se estabelece entre estas duas espécies normativas é uma diferença no *uso argumentativo*, havendo uso muito maior no caso dos princípios. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 35.

Por oportuno, relacione-se a exposição que Paulo Bonavides faz a este respeito. Refere o eminente professor a evolução da caracterização dos princípios, pelo que inicialmente considerados carentes de normatividade, idéia que corresponde à Velha Hermenêutica (p. 259). Destaca o autor três fases da evolução dos princípios. Na primeira, *jusnaturalista*, a normatividade era nula ou duvidosa. Na segunda fase, *positivista*, os princípios estão nos códigos e ali aparecem como “válvulas de segurança” ou como “fonte normativa secundária” (p. 262). A terceira fase, *pós-positivista*, é considerada aquela em que os princípios passam a ser considerados normas, passam pelo processo de juridicização e corresponde aos momentos de em que se proclamaram as constituições das últimas décadas do século XX. Continuando no aspecto histórico, adverte o professor, baseado em Josef Esser, que Boulanger foi o primeiro a distinguir regras e princípios, dando um importante passo no sentido de ser o primeiro a realizar um estudo analítico e classificatório dos diversos princípios de Direito (p. 265), sendo entretanto, o próprio Esser a aprofundar, na obra

de uma renovada visão sobre o fenômeno interpretativo e suas potenciais aplicações nos diversos âmbitos normativos.

Princípios, regras e valores que operam não como um conjunto fechado, mas que se apresentam como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente. Com isto, mesmo sem mencionar literalmente, faz-se referência ao intérprete que tem a missão de concretizar a hierarquização na aplicação jurídica.

Para tanto, este deve ter compromisso com a totalidade dos princípios, regras e valores uma vez que “interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro, pois qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito, para além de sua dimensão textual”⁵².

O compromisso com a totalidade do Direito também é decorrência do reconhecimento de que o intérprete possui o compromisso, bem retratado no conceito de

clássica Princípio e Norma (*Grundsatz und Norma*) esta distinção. Refere também a vacilação de Emilio Betti em reconhecer normatividade aos princípios. (p. 269). Adiante, ressalta a contribuição de Vezio Crisafulli, jurista italiano, para o desenvolvimento dos princípios como normas. Diz que Crisafulli pertence à classe de juristas que mais contribuiu para consolidar a doutrina da normatividade dos princípios. Destaca Bonavides, que “os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada” (p. 283), destacando como características dos princípios a de serem fundamentos da ordem jurídica, a sua função orientadora do trabalho interpretativo, e o fato de serem fonte em caso de insuficiência da lei e do costume. Sintetizando o pensamento deste autor, nas suas próprias palavras: “A importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

Por último, mas não menos importante, faz-se importante, ainda, destacar a lição de Riccardo Guastini, ao compendiar as idéias que traduzem o que se entende no imaginário jurídico-doutrinário, quando se está a enunciar a expressão “princípios”. Conforme o autor se pode falar em princípios para designar em relação às (outras) normas pelo lugar que ocupam no ordenamento jurídico (p. 186). Pela sua importância são consideradas como “*fundamento de outras normas*”. (p. 186-187) Neste sentido, pode-se dizer, conforme o autor, que uma norma seja fundamento de outras normas quando seja *especificação ou aplicação do princípio*, ou quando seja *atuação*, isto é um meio para atingir um fim (a norma fundante). Refere ainda a idéia de que uma norma é princípio de uma outra por conta da norma fundante ser uma *norma de competência*, concluindo que neste caso não soa apropriado falar em “princípio”. Também se fala em princípios para designar a sua diferente formulação lingüística. Por este ponto de vista, as normas (para nós regras) possuem um significado (relativamente) preciso, aplicadas ao modo tudo ou nada (Dworkin e Alexy). Os princípios, por sua vez, possuem um significado (altamente elástico e/ou indeterminado, visto que sua aplicação envolve sempre um elevado grau de discricionariedade. Sentencia Guastini: “Esse modo de pensar parece fundar-se na crença falaz de que a aplicação de normas não dá lugar a dúvidas e dificuldades, nem comporta escolhas discricionárias, mais ou menos como se as normas possuíssem (sempre ou quase sempre) um campo de aplicação claro e bem delimitado, sem margens de incerteza” (p. 188). Uma outra particular forma de se referir aos princípios diz que estes se caracterizam pela sua generalidade, que também é algo gradual. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 185-191.

⁵² FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito...*, p. 74-75.

sistema exposto acima, de dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, conforme sua configuração constitucional.

Dar cumprimento aos objetivos do Estado Democrático, respeitando a totalidade viva, que é o Direito, é, igualmente, respeitar a coexistência e a convivência do jogo que agita o cenário político, o que implica a impossibilidade de se adotar uma hierarquização rígida no Estado Democrático.

Desta impossibilidade, a hierarquização, com seu adjetivo “axiológica” – dentro da interpretação tópico-sistemática – surge como o reconhecimento do pluralismo democrático inerente ao Estado de Direito contemporâneo e dos inúmeros valores e princípios que o animam, consubstanciados explícita ou implicitamente na Constituição. Com isto, afirma-se que “toda interpretação sistemática é, de certo modo, interpretação constitucional”⁵³ e que a hierarquização deve levar em conta estes valores supremos do sistema. A esta afirmação se acrescenta o fato de que em toda relação jurídica se constata uma incidência preponderante de um bloco de princípios e que todas as frações do sistema guardam conexão entre si.

Também a partir da hierarquização axiológica – e dado o caráter aberto do sistema – se reconhece a impossibilidade de uma hierarquia *a priori*, uma hierarquia dada, prévia à mediação hermenêutica. Assim, também, não pode existir um único método que se repute adequado à interpretação jurídica, constatação a que já se aludiu, e aqui se torna recorrente.

Propriamente, a hierarquização axiológica não é um método ou critério interpretativo, mas aparece, então, como *metacritério* que “permite arbitrar a disputa entre princípios, regras e valores no seio do Direito Positivo”⁵⁴. Eis mais um motivo para reputar falaciosa toda definição jurídica e teoria interpretativa que leve em conta apenas os métodos considerados em si mesmos.

Ressalte-se que a idéia que permeia a interpretação sistemática do direito não é a de um método de interpretação, como os demais métodos da tradicional hermenêutica, mas uma verdadeira concepção de direito, uma aproximação do jurídico, que permite levar em conta tanto o caráter tópico quanto sistemático de toda interpretação, e, ressaltando, no final,

⁵³ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito...*, p. 80.

⁵⁴ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito...*, p. 54.

que a vitória se dá mediante um balanceamento axiológico⁵⁵ fora dos limites da lógica dedutiva, tão em voga no discurso comum.

A partir de uma leitura sintética das abordagens até aqui referidas já é possível dialogar sobre alguns elementos da interpretação jurídica, desmistificando algumas falácias hermenêuticas que dão sustentação a doutrinas e teorias interpretativas. Pretende-se, com isto, colaborar para uma mais fecunda análise do problema da discricionariedade administrativa, na medida em que este surge somente quando da necessidade de por em discussão a ação ou omissão do intérprete, dentro de uma suposição de liberdade condicionada de atuação. Pode-se levantar a hipótese de que uma adequada visão do procedimento interpretativo fornece bons elementos para uma boa compreensão da discricionariedade, daí surgindo um fecundo diálogo em prol da aplicação do Direito.

Portanto, em sede de interpretação jurídica, é possível extrair uma síntese de algumas idéias conclusivas para o presente estudo. Pelo exposto, permite-se dizer que a interpretação jurídica é atividade que a) transforma disposições em normas; b) deve levar em conta o caso e suas pretensões; c) não é apenas conhecimento (teoria cognitiva), mas envolve a própria produção do direito; d) supera tanto as visões lógico-formal e arqueológica da tarefa do intérprete; e) possibilita a existência da discricionariedade, por não ser o intérprete um mero reproduzidor de disposições, devendo enfrentá-las e delas extrair o melhor significado possível; f) ocorre em meio às pré-compreensões do intérprete e da preliminar prefiguração que este faz do caso a ser resolvido, o que demonstra sua perspectiva de atividade prática; g) não deve menosprezar tanto a autoridade quanto a tradição, reconhecendo-lhes os seus direitos; h) é historicamente determinada, seja por não se conceber fundadora da verdade, seja por saber que o tempo futuro pode se apresentar com melhores formulações interpretativas; i) não se confunde com um método, mas ocorre em meio à dialética tensão entre métodos; j) ocorre em meio à multiplicidade de princípios, regras e valores do sistema e tem por missão harmonizá-los, sistematizando-os a cada nova interpretação, sem uma hierarquia *a priori*; k) possui na hierarquização axiológica o “metacritério”, que permite ao direito uma progressiva evolução e o respeito ao pluralismo inerente ao Estado Democrático legitimado na Constituição.

⁵⁵ Balanceamento ou ponderação, cf. lição de Riccardo Guastini é a tarefa que “consiste em estabelecer entre os dois princípios em conflito uma hierarquia axiológica móvel”. GUASTINI, Riccardo. Teoria e ideologia da interpretação constitucional..., p. 250.

II. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Realizada primeiramente uma abordagem hermenêutico-filosófica relativa à interpretação jurídica, passa-se, no presente capítulo, a expor e discutir as implicações que semelhante enfoque pode dar ao estudo da discricionariedade administrativa. O objetivo a ser perseguido é o de traçar elementos que relacionem a concepção que o intérprete possui do fenômeno hermenêutico e sua influência na compreensão da discricionariedade administrativa. Para tanto, não se pode prescindir de partir de um determinado marco teórico – da tradição que *apresenta* a discricionariedade administrativa e suas históricas caracterizações – para, dialogicamente, extrair sínteses que permitam tanto reforçar idéias postas pelos administrativistas, quanto repropor leituras e significações a este tema, quando parecer oportuno.

Pretende-se, ademais, não firmar passo na simples constatação desta influência, mas aproximar a compreensão hermenêutica esboçada no primeiro capítulo com novos e diferentes enfoques que possam enriquecer este debate, que acompanha o Direito Administrativo desde as suas origens⁵⁶.

Num segundo momento, propõe-se uma análise separada do mérito do ato administrativo, o que pode apontar certo posicionamento, mas esta separação é feita no intuito de conjuntamente, e, por isto, tratar do tema da (im)possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos e discutir situações que enriqueçam o debate sobre a extensão deste controle.

Separadamente, num terceiro momento, porque a temática justifica, pretende-se uma análise entre a discricionariedade administrativa e a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, posto que se apresentam, doutrinariamente, em alguns textos, relacionadas entre um dos problemas que envolvem a discricionariedade administrativa.

E, por fim, passa-se a abordar a importância dos direitos fundamentais e a sua contribuição como critérios substantivos para o controle da legitimidade da atuação estatal, situação propícia e desejada para que se apresente e desenvolva a abordagem do direito

⁵⁶ Cf. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional*. Lima: Palestra Editores, 2006, p. 28, a história das técnicas de controle do poder discricionário da Administração é a própria história da jurisdição contencioso-administrativa e, também, do próprio Direito Administrativo em seu conjunto.

fundamental à boa administração pública, direito este quase inexplorado pela doutrina administrativista brasileira.

2.1 Contexto da discricionariedade e da vinculação administrativas

Como ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁷, “a distinção entre atos expedidos no exercício da competência vinculada e atos praticados no desempenho de competência discricionária” é clássica. A partir desta separação entre atos discricionários e atos vinculados é que se realiza uma análise sobre a pertinência desta qualificação dos atos administrativos.

2.1.1 Ato administrativo discricionário

Vem da tradição jurídica a associação que comumente se faz entre a discricionariedade e a liberdade de que dispõe o administrador público para a prática de atos administrativos. Ao longo da história já foi objeto de diversificados estudos, sob diferentes angulações teóricas.

Que conste do âmbito da liberdade de atuação parece ser um ponto pacífico. As divergências começam quando se procura construir uma teoria geral da discricionariedade. Diversas linhas de pensamento se acrescentam aí para qualificá-la, não se podendo falar em posicionamentos estanques e bem delineados, mas em grandes correntes doutrinárias.

Historicamente, apresentam-se duas principais correntes, no bojo da tradição. Uma primeira corrente, rígida e inflexível, trata a discricionariedade como limite à possibilidade de revisão dos atos administrativos pelos órgãos judiciários. Sob este enfoque, qualquer ato administrativo qualificado como discricionário – independentemente da formulação teórica que o conduz ao discricionário – possui o traço da imunidade⁵⁸.

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 9.

⁵⁸ Cf. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional...*, p. 92, 333, 338, na origem do Direito Administrativo, herança da Revolução Francesa e da rígida idéia de separação dos poderes, a tônica estava na isenção do Poder Executivo, fruto da intenção dos revolucionários de livrar o poder central, uma vez em suas mãos, dos condicionamentos judiciais. Oferece, ainda, como embasamento desta concepção e poder discricionário duas realidades: França e Alemanha. Na França, sendo fruto da interpretação revolucionária do princípio da separação dos poderes, como uma separação formal e rígida destes, impulsionada pelo temor de que os juizes pudessem bloquear as mudanças e transformações revolucionárias. Na Alemanha,

Na evolução histórica da discricionariedade, a imunidade que envolve originalmente o conceito de discricionariedade está fadada a desaparecer, pois no Estado de Direito não se admitem poderes ilimitados. Tanto é assim que toda idéia de poder⁵⁹, contemporaneamente, é compreendida como dever, quer dizer, o poder é conferido ao administrador público em função de um dever que lhe impõe a prática de atos administrativos que sejam jurídicos. Há bom tempo vem se consolidando um posicionamento doutrinário de repúdio à idéia de intangibilidade do ato considerado discricionário.

Creditar um espaço de livre atuação para a Administração Pública, um núcleo de ação inacessível, é impensável e já não parece contar com o apoio dos sérios juspublicistas. Há uma tendência em refutar uma tamanha liberdade, sobretudo pelas conseqüências de tal postura doutrinária. Hodiernamente, a liberdade sem limites é equiparada à arbitrariedade⁶⁰, situação pela qual não procede mais a conceituação ingênua, simples e pura, da discricionariedade como uma integral liberdade do agente público, reduto livre de qualquer tipo de controle jurídico.

Em oposição a esta caracterização, ergue-se uma doutrina que postula erradicar todos os âmbitos de imunidade do poder, remanescentes no seio do direito administrativo. A partir desta pretensão, busca limitar ao máximo possível os domínios da discricionariedade, reconduzindo as esferas de liberdade do administrador público ao âmbito da legalidade administrativa e, portanto, da vinculação. É neste sentido que Diogenes Gasparini afirma que “discricionários são os atos administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim, cabe à Administração Pública escolher dito comportamento. Essa escolha se faz por critério de *conveniência e oportunidade*, ou seja,

decorre da preservação do princípio monárquico como expressão do titular dar soberania nacional, que, enquanto tal, se entendia fora do controle que pudesse representar restrições derivadas da interpretação da Lei pelos Tribunais.

⁵⁹ Bem adverte a este respeito Odete Medauar, ao ressaltar que uma boa apreensão do sentido de “poder” é aquela que se explica ou transmuda na idéia de função: “Na função, o dever surge como elemento ínsito do poder, e desse modo a Administração concretiza, na sua atuação, o poder conferido pela norma, para atendimento de um fim. Assim, as atividades da Administração Pública configuram-se, em princípio, como função. A referibilidade a um fim mostra o caráter instrumental do poder”. Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 108.

⁶⁰ Diogenes Gasparini adverte para não se confundir as noções de discricionariedade com arbitrariedade. Para o autor, com influência do magistério de Seabra Fagundes, a discricionariedade não está acima ou além da lei e, como toda e qualquer atividade administrativa deve ser exercida com sujeição à lei, sustentando que a atuação arbitrária é ilegal. Cf. GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 93. Cf. também, MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 132. Comunga-se em parte desta compreensão. Entretanto, aqui a configuração da discricionariedade não é restritivamente uma questão meramente legal, possuindo outras fontes a discricionariedade, a serem expostas no decorrer do texto.

de *mérito*”⁶¹. Este é um posicionamento quase generalizado da doutrina que se ocupa da discricionariedade administrativa. É, por exemplo, assim que também se manifesta Maria Sylvia Di Pietro ao dizer “ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal”⁶².

Para não se proceder a uma simples desconstrução do que a doutrina veicula como o conceito de discricionariedade, é preciso dar alguma contribuição positiva. Sem pretensão axiomática, parece correto, não restringindo a discricionariedade aos confins da legalidade, exclusivamente, conceber a discricionariedade como noção que dá nome ao fenômeno da liberdade de atuação do administrador público, como, preponderantemente, consequência da abertura do sistema jurídico⁶³ e de uma correspectiva compreensão sistemática da interpretação jurídica. A abertura do sistema apresenta-se como fonte e limite da liberdade da atuação da Administração Pública, que, por sua vez, requer uma postura hermenêutica coerente com esta abertura.

A discricionariedade, tratada como liberdade de atuação do agente público, para que não se confundam as coisas, não se mostra de todo um erro, uma vez que é característica do sistema, decorrente de sua abertura, a possibilidade de moldá-lo, conforme as contingências inapreensíveis pela generalidade e abstração das regras jurídicas.

A discricionariedade é liberdade de atuação, porém, não sem limites. O limite que se impõe à liberdade do agente é justamente, repita-se, o sistema, entendido como totalidade de regras, princípios e valores. Pois, se das regras, por ausência de regulação específica ou por autorização expressa, decorre tal liberdade, certamente não escapa, o agente, ao dever de agir em conformidade com os princípios.

⁶¹ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo...*, p. 92.

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 227.

⁶³ Sobre a abertura do sistema, importante a contribuição de Karl Larenz, ao referir que “o sistema interno não é, como se depreende do que foi dito, um sistema fechado em si, mas um sistema ‘aberto’, no sentido de que são possíveis, tanto mutações na espécie de jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios; seja em virtude de alterações da legislação, seja em virtude de novos conhecimentos da ciência do Direito ou modificações na jurisprudência”. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 592.

Resta à discricionariedade continuar sendo o espaço de liberdade do agente público, porém, sempre vinculada ao sistema jurídico, o que impede ser especulada como arbitrariedade.

Estas são duas grandes caracterizações, isto é, não são modelos exatos e totalmente fiéis à realidade, ao passo que cada jurista, ao desenvolver a sua elaboração do tema, se apresenta como um matiz, uma variação de uma destas correntes, que ora se aproxima mais de uma ora mais de outra destas duas grandes linhas.

Os princípios, é claro, assim como as regras, não são absolutos⁶⁴ e devem reciprocamente ser relativizados, o que remete o agir administrativo à seara hermenêutica. É, pois, com uma adequada visão hermenêutica, que se faz uma também prudente aplicação normativa. Revelar os elementos para esta missão, de fato, é tarefa que se completa com a análise da idéia de vinculação.

No estágio em que se encontra o desenvolvimento doutrinário da discricionariedade, parece muito simplista uma abordagem que “tome” um dos lados e defenda posições que muitas vezes não se crê, por um dever de coerência com o “partido” tomado inicialmente. Aumentar o âmbito da discricionariedade ou, pelo contrário, restringi-lo ao máximo, são atitudes que revelam a relação de tensão dialética que existe na interpretação do Direito.

Nesta tensão, fruto do jogo de opostos que abrange, relativamente ao tema em análise, as atividades da Administração Pública, não se pode, como atitude de uma consciência hermeneuticamente educada, dar a vitória para nenhum dos opostos, mas, conservando o que cada um oferece de bom, produzir um terceiro estágio, em que se sintetizam os argumentos e idéias. Neste ponto, significa dizer que a argumentação feita pelos partidários – pode-se assim chamar – da *maior discricionariedade possível* pode ser mantida e, da mesma forma, os que pregam o total estreitamento da discricionariedade podem

⁶⁴ A respeito ver ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 14-15, obra em que o reputa como imagem que melhor caracteriza os Estados constitucionais contemporâneos, a figura da “ductibilidade”, isto é, da flexibilidade, do Direito como algo moldável. Escreve o autor: “A coexistência de valores e princípios, sobre a qual hoje deve basear-se necessariamente uma Constituição para não renunciar a seus cometidos de unidade e integração e, ao mesmo tempo, não se fazer incompatível com sua base material pluralista, exige que cada um de tais valores e princípios se assumam com caráter não absoluto, compatível com aqueles outros com os que deve conviver. Somente assume caráter absoluto o meta-valor que se expressa no duplo imperativo do pluralismo dos valores (no tocante ao aspecto substancial) e na lealdade em seu enfrentamento (no referente ao aspecto procedimental)”.

continuar defendendo suas idéias. É esta tensão que permite à discricionariedade administrativa não ser um tema sem possíveis correções e evoluções.

Ao que tudo indica, defender o direito à existência de uma discricionariedade de atuação do administrador público, de um âmbito de liberdade, mostra-se não a defesa de uma ficção jurídica, mas o reconhecimento de uma circunstância fática inexorável e inerente à hermenêutica jurídica e aos deveres de Administração. Relembre-se, ao menos, duas circunstâncias que ilustram esta afirmação: a) a idéia de que interpretar é hierarquizar axiologicamente perante o caso concreto e b) o fato de não se aplicar, ao menos exclusivamente, a lógica formal dedutiva ao raciocínio jurídico, situação na qual o que conta é a justificação na escolha das premissas.

Os defensores da máxima redução da discricionariedade, apesar do erro metodológico de quererem reduzir a discricionariedade única e exclusivamente ao âmbito da legalidade, possuem o mérito de manter como ideal a eliminação de situações em que a Administração age arbitrariamente, endossada por uma falsa idéia de discricionariedade.

Portanto, reconhecimento de uma realidade que subjaz à interpretação jurídica e busca de distanciamento de toda e qualquer forma de arbitrariedade, eis dois pontos de partida que, acredita-se, oferecem boa segurança inicial.

2.1.2 Ato administrativo vinculado

Tem-se considerado que os atos administrativos vinculados, por sua vez, são aqueles que possuem uma previsão legislativa com relação aos seus elementos, de maneira que o administrador público não possui liberdade de atuação, senão agir estritamente conforme o disposto nas previsões legislativas⁶⁵. Esta corresponde a uma compreensão tradicional da vinculação do ato administrativo e que, em geral, não é muito contestada.

⁶⁵ É o que se depreende da grande maioria dos textos de Direito Administrativo, que se ocupam em definir a vinculação. Por exemplo: Maria Sylvia Di Pietro, ao referir que “neste caso se diz que o poder da Administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal e qual forma”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 222; García de Enterría e Tomás Fernández dizem: “o exercício dos poderes vinculados reduz a Administração à constatação (*ascertainment*, no expressivo conceito italiano) do suporte fático legalmente definido de modo completo” (p. 452), para logo em seguida afirmarem que “há aqui um processo aplicativo da lei que não deixa resquício a juízo nenhum, salvo a constatação ou verificação do suporte fático, exatamente para constatá-lo com o tipo legal” (p. 453). É de ressaltar-se, ainda, que García de Enterría e Ramón Fernández admitem existir valorações na aplicação da lei, mas negam sejam estas apreciações subjetivas (p. 453). ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho Administrativo*. 7ª ed. Vol I. Madrid: Civitas, 2000.

Porém, revisar em parte as idéias que correspondem à discricionariedade e não proceder da mesma forma com a vinculação torna a abordagem um tanto lacunosa, ao passo que monografias abordam estes temas de modo correlacionado e contraposto.

Assim, apresenta-se o ponto de diferenciação, tradicionalmente considerado, entre discricionariedade e vinculação. A discricionariedade considerada como âmbito da liberdade de atuação do administrador público, conforme as duas grandes concepções apresentadas, ora como total imunidade, ora como liberdade residual, quase podendo ser inexistente. E a vinculação como o estrito dever de proceder às explícitas escolhas que a lei indica⁶⁶ e, quando esta assim não o faz, interpretar e aplicar as normas de modo a se obter concretamente a objetividade decisória que a lei indica e permite.

A partir da releitura da discricionariedade aqui desenvolvida, é importante saber se o tradicional conceito de vinculação jurídica do administrado público também não pode ser objeto de nova problematização. E a resposta parece evidente, pelos mesmos motivos porque se faz uma releitura da discricionariedade administrativa, a saber, a busca de uma melhor ciência jurídica que dê sustentação a decisões legítimas, o que inicia pela superação de extremismos rígidos, unilateralistas e falaciosos.

Permitindo-se uma nova visão sobre a concepção de vinculação, pode-se iniciar dizendo que esta categoria e a da discricionariedade não são categorias excludentes entre si. Todo ato administrativo possui variações graduais⁶⁷, segundo situações em que prepondera uma maior carga de discricionariedade e outras em que a vinculação prepondera.

⁶⁶ Cf., por exemplo BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 104, ao referir que atos vinculados “são aqueles em que a Administração não dispõe de qualquer liberdade para a sua expedição. Para essa espécie de ato a lei regula antecipada e exaustivamente o comportamento a ser seguido pelo agente público”. À correspondente idéia de ato discricionário, escreve o autor que “são aqueles que, embora regulados em lei, permite ao agente público certa margem de liberdade ao serem editados. Não se deve confundir ato discricionário com ato arbitrário”.

⁶⁷ É o que se depreende quando Lucia Valle Figueiredo escreve que inexistem diferenças entre atos vinculados e atos discricionários, embora pareça estar se referindo à comum identificação pelo princípio da legalidade. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 197. Aqui, porém, se acredita que entre discricionariedade e vinculação não existe uma diferença ontológica, porém sendo duas noções que traduzem a maior ou menor liberdade ou vinculação (dos lados da mesma moeda) do intérprete ao sistema, o que compreende o princípio da legalidade, mas neste não se esgota. O que será objeto de tratamento próprio a seguir. Para Andreas Krell, a vinculação dos agentes administrativos aos termos empregados pela lei apresenta uma variação meramente gradual, e daí extrai a conclusão de que o ato administrativo vinculado não possui uma natureza diferente do ato administrativo discricionário, residindo a diferença entre ambos apenas no grau de liberdade de decisão concedida pelo legislador, sendo, portanto, uma diferença quantitativa, mas não qualitativa. Neste sentido, o autor assinala que a decisão administrativa oscila entre os pólos da plena vinculação e da plena discricionariedade, considerando que esses extremos quase não existem na prática, dependendo a intensidade vinculatória da densidade mandamental dos diferentes tipos de

Neste passo, a vinculação, a que está comprometido o agente público, habitualmente identificada à plena vinculação à lei, resta mitigada. Isto porque sempre existe um resíduo que permanece à disposição do administrador quando profere um ato administrativo, visto que é impossível acessar o significado de um texto, das disposições jurídicas, prescindindo da subjetividade do intérprete.

Neste sentido, o professor Juarez Freitas⁶⁸ ensina que mesmo nos atos vinculados há um espaço de liberdade residual, ou seja, por maior que seja a vinculação do agente, sempre há um espaço, ainda que mínimo, de liberdade, espaço este inarredável da idéia de vinculação jurídica. Outra importante constatação é a de que a idéia de plena vinculação está calcada numa “alta valorização do princípio da legalidade”⁶⁹, situação que, então, ganha destaque. Acresça-se a isto, a concordância de que também no plano de interpretação das regras ocorre o balanceamento ou hierarquização axiológica.

2.1.3 Princípio de legalidade

Pelo exposto, torna-se oportuno tratar de algumas idéias a respeito do princípio de legalidade, visto sua forte influência na história do Direito Administrativo e respectivas construções doutrinárias. Para tanto, procede-se a uma análise a partir do marco histórico da Revolução Francesa e do princípio de separação dos poderes.

Investigando o significado autêntico do princípio de divisão ou separação dos poderes, Massimo Severo Giannini afirma que este, na verdade, é um falso problema⁷⁰, visto

termos lingüísticos utilizados pela respectiva lei. KRELL, Andreas J. *Discricionarieidade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 22.

⁶⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 212.

⁶⁹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais...*, p. 211. Exemplo desta super valorização encontra-se na declaração de Sérgio Guerra, ao escrever que “pode-se conceituar a discricionarieidade administrativa com sendo uma margem de liberdade da Administração que surge quando a sua atividade não está plenamente definida em lei”. GUERRA, Sérgio. *Discricionarieidade Técnica e Agências Reguladoras. Uma abordagem em sede Doutrinária e Pretoriana*. In OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.) *Direito Administrativo*. Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 873.

⁷⁰ A partir desta constatação Giannini assevera que “não necessariamente o princípio de divisão dos poderes se deve conceber na figura do século XVIII da tripartição de poderes, e que podem existir organizações constitucionais nas quais não haja um ‘poder’ legislativo ou um ‘poder’ executivo ou, inclusive, nas quais existam outras espécies e figuras de poderes”. GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo*. Trad. Luis Ortega. Vol. I. Madrid: MAP, 1991, p. 96.

que este princípio foi expressão de valores que variaram no tempo e no espaço e que quase sempre foram expressão de vários significados⁷¹.

Na impossibilidade de se extrair um significado autêntico deste princípio de divisão dos poderes, convém destacar a sua origem, situação que muito explica a difusa compreensão que consagrou o mais notório desenvolvimento do princípio de legalidade. Conforme os relatos históricos em que se apresentam as origens do Estado moderno, este “nasce no momento em que morre o absolutismo, que levava (e nas contemporâneas ditaduras também leva) à concentração de todos os poderes em um só órgão, ou em pouquíssimos, substancialmente dominados por apenas um”⁷².

Com o objetivo de assegurar o exercício coletivo da soberania por parte dos poderes públicos e garantir as liberdades civis e políticas do indivíduo, separaram-se inicialmente os três grupos de poderes, de modo que cada órgão tivesse uma competência plena e exclusiva em não mais de uma função⁷³.

Mas na origem da tradicional concepção da separação dos poderes, conforme Tomás-Ramón Fernández⁷⁴, evidencia-se uma separação formal e rígida destes, impulsionada pelo temor de que os juízes pudessem bloquear as mudanças e transformações revolucionárias. Conforme este autor, o início da separação dos poderes e o entendimento da função de administrar impunham algo de axiomático⁷⁵.

Assim é que a Lei francesa de 16 a 24 de agosto de 1790 estabeleceu a separação das funções administrativa e judicial e a proibição de que os juízes perturbassem a atividade dos corpos administrativos⁷⁶, sendo considerada como uma radical separação e claramente beligerante em prol de uma isenção judicial do Poder Executivo⁷⁷.

⁷¹ GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo...*, p. 95.

⁷² BARILE, Paolo; CHELI, Enzo; GRASSI, Stefano. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 10ª ed. Padova: Cedam, 2005, p. 273.

⁷³ BARILE, Paolo; CHELI, Enzo; GRASSI, Stefano. *Istituzioni di Diritto Pubblico...*, p. 273.

⁷⁴ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional...*, p. 24.

⁷⁵ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional...*, p. 29.

⁷⁶ CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo*. Trad. Luis Ortega. Madrid: INAP, 1994, p. 54.

⁷⁷ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional...*, p.333. Cf. este autor a idéia de separação dos poderes aparece como fruto da intenção dos revolucionários de livrar o poder central, uma vez em suas mãos, dos condicionamentos judiciais. E assim, conclui que ao separar os poderes e cobrir ao Executivo da intervenção do Judiciário, contribui para situar naquele o centro da gravidade da vida sócia (p. 338-340).

Aos moldes desta concepção revolucionária da separação de poderes, a caracterização do princípio de legalidade⁷⁸ que a partir desta corresponde, foi no sentido de que todo o poder passa a ser outorgado e limitado em razão da lei, expressão a que corresponde a autoridade máxima pela qual se exige obediência.

Um outro desenvolvimento histórico corresponde à edição da Lei de 24 de maio de 1872, que transformou o Conselho de Estado francês em um verdadeiro juiz, de forma independente do Governo, em nome do povo. A partir deste ano, o Conselho de Estado se fez mais efetivo, aumentando os casos analisados e consolidando e desenvolvendo o *excès de pouvoir*⁷⁹.

Conforme anota o jurista italiano Sabino Cassese, a partir deste momento o Parlamento e a Lei adquirem maior peso em relação à Administração Pública. A isto se acrescem as preocupações do liberalismo e do positivismo de manter o consenso dos governados em relação aos governantes e de dar um fundamento seguro positivo ao Direito⁸⁰.

Em razão disto, os elementos do ato administrativo deveriam estar expressamente previstos como elementos de alguma hipótese normativa, como expressa Massimo Severo Giannini, a “norma devia, portanto, fixar poderes, direitos, deveres, etc., formas e seqüências dos procedimentos, atos e efeitos de cada um de seus componentes, elementos e requisitos de cada ato, etc.”⁸¹. Trabalha-se, então, com o dogma da completude do Direito, considerando-o como o conjunto de normas.

Entretanto, semelhante idéia de legalidade encontra óbices, conforme descreve García de Enterría:

⁷⁸ Paulo Bonavides expressa que a idéia que está ínsita à origem do princípio da legalidade é a de prevalência formal, técnica e jurídica, formando-se a partir do “anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas que fossem obras da razão”, conjuntamente com a “negação da conduta arbitrária e imprevisível dos governantes”. (111-112) Refere, ainda, que foi no “século racionalista e filosófico – século XVIII – que desenvolvendo as teses do contratualismo social aprofundou na França a justificação doutrinária do princípio da legalidade”, expressando estas idéias com a apresentação do art. 32 do capítulo II da Constituição francesa de 1791, *in verbis*: “Não há em França autoridade superior à da lei; o rei não reina senão em virtude dela e é unicamente em nome da lei que poderá ele exigir obediência” (p. 113). Neste contexto histórico a lei assume o significado de liberdade. Cf. este autor, ainda, consta que alguns ex-colonos, alguns anos antes, de Massachussets, emancipados da dominação inglesa, gravaram na sua Constituição (art. 30), o princípio da separação dos poderes a fim de que “pudesse haver um governo de leis e não de homens”. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁷⁹ CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo...*, p. 57.

⁸⁰ CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo...*, p. 57.

⁸¹ GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo...*, p. 111.

“Ocorre, entretanto, que a idéia de exigir judicialmente da Administração de modo direto esse respeito à Lei, que seria toda sua regra de vida, parece encontrar-se nos próprios começos revolucionários com um obstáculo inesperado, que é o dogma da separação entre a Administração e a Justiça”⁸².

Esta forma de pensar e entender o princípio de legalidade dura até hoje no pensamento de muitos daqueles que deste tema se ocupam. O princípio de legalidade, nesta ótica, é compreendido como o critério único pelo qual a Administração Pública está submetida apenas à lei⁸³. A própria idéia de discricionariedade, para muitos, parte da compreensão de que é a lei, sempre ela e só ela, que confere esta liberdade ao administrador público.

Massimo Severo Giannini diz que “como desta forma as administrações públicas não puderam funcionar⁸⁴, encontraram duas válvulas de escape, uma na discricionariedade administrativa, e outra em determinados atos administrativos que adotavam somente em circunstâncias extraordinárias, chamadas de ‘ordenanças de necessidade’ denotando a situação inicial”.

Semelhante compreensão rígida do princípio de legalidade corresponde à concepção de que o poder administrativo, assim como o poder judiciário, deveriam ser fiéis executores da lei, em um viés formalista. Mas este posicionamento já não merece respaldo doutrinário⁸⁵, nem na realidade das atuais administrações públicas. Convém lembrar também, a propósito, a justificção que Sabino Cassese oferece para o fato de não mais se entender a administração como execução da lei. Diz o jurista italiano que ao tempo em que se ordenou esta idéia de Administração como execução da lei, era necessário oferecer uma definição

⁸² ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 19.

⁸³ CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo...*, p. 58.

⁸⁴ GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo...*, p. 111. O autor inclusive levanta o questionamento de se esta rigorosa concepção do princípio de legalidade tenha possuído uma autêntica vigência, concluindo que a legislação certamente não foi jamais tão concisa como se havia sustentado na teoria, e menos ainda na jurisprudência.

⁸⁵ CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo...*, p. 58. Neste sentido, oportuno lembrar as duas principais crises sofridas pelo princípio da legalidade, expostas por Paulo Bonavides. A primeira, reconhecida pelo Manifestado de Marx, situação em que a lei aparece degradada a instrumento da sociedade de classes, como a superestrutura social da opressão burguesa, como órgão de permanência dos privilégios econômicos. A segunda crise é a que se deu durante o nacional-socialismo, ocasião que esta chega ao seu grau máximo de intensidade. A respeito, expressa o autor que “aqui temos concretizado o exemplo histórico supremo de uma corrente de opinião de uma ideologia, de um partido político cujos chefes, sem quebra da legalidade, tomaram o poder à sombra do regime estabelecido e dele se serviram do modo que se nos afigura mais ominoso em toda a história do gênero humano, e cuja legitimidade vista ou apreciada pelos critérios do racionalismo imperante na doutrina jurídica dos movimentos liberais e positivistas do secular XIX, parecia irrepreensível. O mesmo se passou na Tchecoslováquia com a tomada do poder por uma revolução aparentemente pacífica, de teor parlamentar, que instaurou ali a nova legalidade proletária”. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política...*, p. 115.

síntese que desse à Administração um lugar entre os poderes públicos, e que hoje é questionável se existe esta necessidade. A colocação da distinção (ou tripartição) de poderes possuiu, portanto, uma importância ideológica, ao ter sido fruto de uma errônea interpretação que Montesquieu fez da Constituição inglesa do século XVII. Refere que esta teoria pretendia descrever de forma exaustiva os poderes públicos e colocá-los dentro de cada um dos poderes do Estado⁸⁶.

Por isso, conclui Sabino Cassese, não há que se falar mais em Administração pública, mas em Administrações Públicas⁸⁷, visto que Administração se compõe de várias atividades diferenciadas (como, por exemplo, atividades de governo, regulação ou disciplina de setores, prestação de serviços, atividades de arrecadação, atividades empresariais, entre outras), pelo que uma noção unitária, de síntese, da Administração pública torna-se inútil e, principalmente, impossível.

Massimo Severo Giannini destaca que, por outro lado, na experiência constitucional contemporânea, mais do que a regra da divisão de poderes na forma tripartida tradicional, vige a regra da independência, poder-se-ia dizer, autonomia, que, nas palavras do autor, “afeta não só aos órgãos constitucionais, cada um com seus próprios poderes, mas que pode afetar a todos ou a parte dos poderes públicos em suas relações recíprocas”⁸⁸.

Atualmente, o próprio Estado não funcionaria com este tipo de caracterização do princípio de separação de poderes e, por decorrência, de legalidade, visto que contemporaneamente muitos desafios interpelam a ação estatal em diversificados e complexos âmbitos. O Estado que busca ser verdadeiramente social, precisa lidar com conflitos de toda ordem, a iniciar pela grande exclusão social.

Fala-se em *repartição das funções* entre os diversos órgãos, pela dificuldade de estabelecer precisamente os limites de cada poder e estabelecer de modo exclusivo a órgãos distintos as diversas funções⁸⁹.

Esta excessiva reserva de lei não pode postular mais lugar na atual configuração do princípio de legalidade, visto que, se assim for praticada, levaria à inoperância estatal e

⁸⁶ CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo...*, p. 40.

⁸⁷ CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo...*, p. 40-41.

⁸⁸ GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo...*, p. 96.

⁸⁹ BARILE, Paolo; CHELI, Enzo; GRASSI, Stefano. *Istituzioni di Diritto Pubblico...*, p. 273.

entraria em conflito com o próprio princípio de divisão equilibrada de Poderes, com a consequência de “menosprezar a legitimação democrática dos outros órgãos do Estado”⁹⁰.

Insuficiência da lei como único parâmetro, eis a nota doutrinária que precisa caracterizar a atuação administrativa, sobretudo para superar concepções formalistas da interpretação jurídica. A este respeito, Tomás-Ramón Fernández diz que o processo administrativo é um verdadeiro âmbito de jurisdição e não possui outro limite senão o ordenamento jurídico, expressão que obviamente não se esgota na lei⁹¹.

O princípio de legalidade resta, hoje, bem compreendido se for considerado como mais um dos tantos importantes princípios que entram em jogo durante o processo de interpretação jurídica. Ao não ser critério único da atuação Administrativa, esta há que buscar outros critérios para fundamentar as suas atuações. Aqui se prescinde de tal abordagem, pelo que se remete para o último ponto deste trabalho, o qual abordará o Direito Fundamental à Boa Administração Pública, oportunidade em que se tratará de critérios para as decisões emanadas pela Administração Pública.

2.1.4 Considerações hermenêuticas sobre a discricionariedade

A partir da exposição preliminar sobre a interpretação jurídica, pode-se distintamente tecer alguns comentários a respeito das idéias aqui já desenvolvidas e preliminarmente criticadas, de discricionariedade e de vinculação, no intuito de atingir os objetivos deste trabalho, a saber, promover um diálogo entre estas categorias usuais no Direito Administrativo e a Hermenêutica, jurídica e filosófica. Para tanto, estão à disposição as idéias lançadas preliminarmente no capítulo inicial e outras que decorrerem do cotejo com o tema específico em análise.

Já se procurou mostrar, tempestivamente, que a discricionariedade envolve o âmbito de liberdade do administrador público. Esta liberdade muitas vezes aparece como consequência de uma expressa deliberação legislativa, ao se perceber uma atribuição de esfera de liberdade. Pode-se diferenciar situações em que a lei, por exemplo, expressamente atribua liberdade de agir ou, de outra forma, perceba-se a falta de regramento exaustivo e, de modo

⁹⁰ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental...*, p. 20. Escreve o autor que há a necessidade de ponderação de condições e circunstâncias concretas que não estão abertas para uma previsão legal mais densa.

⁹¹ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional...*, p. 91.

implícito, evidencie-se a necessária liberdade para se conseguir obter êxito na interpretação a ser levada a cabo.

Pelas considerações efetuadas, pode-se dizer que estes são casos considerados típicos de discricionariedade do administrador público. Entretanto, não esgotam a sua esfera de liberdade. Esta também ocorre a partir da interpretação sempre requerida de quem tenha por função transformar disposições em normas. Assim se dá porque a interpretação, não possuindo apenas um caráter cognoscitivo, mas volitivo, sempre envolve momentos de subjetividade (que é algo diferente de subjetivismo).

A subjetividade aparece, como já analisado, como um “momento” da interpretação jurídica e não pode ser afastada, sob o pretexto de se conferir objetividade a esta atividade. Os casos a serem interpretados se apresentam sempre com seus problemas e peculiaridades, também requerendo a intervenção subjetiva do intérprete. Fica claro que esta subjetividade nunca pode significar imunidade, o que lhe transformaria, assim, em subjetivismo.

Pela abordagem efetuada é possível dizer que toda subjetividade e liberdade de interpretação não são, em si, a própria discricionariedade, pois esta não se resume naquelas. Pode-se dizer, sim, que há uma íntima ligação entre estas, visto que a interpretação no seu momento subjetivo favorece a aparição de um momento de liberdade, independentemente de outros que o sistema lhe confira.

Com isto, pode-se dizer que a postura de erradicar os âmbitos de imunidade do poder, remanescentes no seio do direito administrativo, ainda que pareça legítima como finalidade, não pode se valer de meios que procurem limitar a liberdade no momento de interpretar, posto que é negar a própria natureza da aplicação do Direito.

Com isto, a atitude de reconduzir o máximo possível as esferas de liberdade do administrador público ao âmbito da legalidade administrativa já não conta com tanta força, posto que, ainda que as disposições sejam descritas exaustivamente, com vistas a melhor interpretação possível, não se pode prescindir da mediação hermenêutica.

A busca da melhor interpretação possível deve vir, então, por meios que respeitem a própria ontologia do compreender e, neste sentido, extrair procedimentos práticos que lhe

oportunizem a maior segurança possível. Para isto podem ajudar as contribuições da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, expostas no capítulo primeiro.

A exposição da hermenêutica filosófica gadameriana contribui para tratar discricionariedade e vinculação em vários aspectos, a começar pela idéia de que todo intérprete aborda um texto munido de suas pré-compreensões⁹² e de que não há como interpretar despido de pressupostos, isto é, aproximar-se de um texto como tábula rasa. As pré-compreensões contribuem para que o intérprete, ao abordar um texto a ser interpretado, desde já formule um projeto interpretativo, desde o seu conhecimento prévio, que possibilita a compreensão e de certa forma delinea o horizonte em que se interpreta.

Esta primeira noção do círculo hermenêutico⁹³ já possibilita antever que diante de um texto não há possibilidade de um ideal de objetividade, de certeza na interpretação, posto que impossível ignorar a consciência interpretante. Eis um ponto de centralidade na crítica à pretensão de vinculação plena.

A vinculação e a discricionariedade – esta entendida como a esfera de liberdade do intérprete – não podem, portanto, ser encaradas como noções fixas, como habitualmente se faz, quando certos doutrinadores remetem, invariavelmente, esta disciplina à idéia de subsunção legal.

Outro importante ponto de contato, em que ajuda recorrer à hermenêutica gadameriana, é o reconhecimento da história dos efeitos⁹⁴ de uma determinada obra, de um texto, enfim, de uma objetivação do espírito, bem como a recordação de que a interpretação é uma atividade historicamente influenciada. É possível, desde estas idéias, concordar que os limites do que é discricionário e do que é vinculado varia por razões históricas. Como se nota, a doutrina historicamente já tratou inúmeras vezes desta temática sem, entretanto, nunca chegar ao fim do debate. Isto ocorre porque as noções de discricionariedade e de vinculação estão constantemente sendo postas à prova, constantemente sendo fruto de diferentes e divergentes abordagens. Todas elas constituem a história dos efeitos da discricionariedade e da vinculação. Portanto, não há uma abordagem errada, todas cumprem um papel histórico, e julgá-las não pode ser algo senão que reconheça o papel que cada teorização cumpre historicamente.

⁹² As idéias referentes às pré-compreensões são expostas no item 1.2.1.

⁹³ Para as noções de círculo hermenêutico, veja no item 1.2.2.

⁹⁴ A história dos efeitos é objeto de explanação no item 1.2.4.

E é o reconhecimento histórico dos vários matizes teóricos da discricionariedade administrativa que permite o conhecimento dos efeitos desta. Possibilita também reconhecer que a abordagem que ora se faz do tema cumpre, sabidamente, uma função, uma angulação parcial e limitada do tema. Isto se dá no reconhecer-se histórico de toda e qualquer teoria, justamente para fugir dos pontos de vista que se presumem não históricos ou superiores à história.

Historicamente, também, pode-se dizer que a reconquista do problema hermenêutico, empreendida por Gadamer, permite aduzir que, ao ser do ponto de vista presente que se interpreta, a interpretação a que é chamado a dar o Administrador Público, sempre envolve uma aplicação e, portanto, uma atualização do sistema. Isto permite colocá-lo como vivificador ou positivador do Direito.

Positivar o Direito é tarefa do Administrador Público, entretanto, este não é o positivador derradeiro do Direito. A possibilidade de romper com conceituações unilateralistas da discricionariedade administrativa também passa pelo reconhecimento histórico de sua atividade e dos efeitos gerados na história por este tema. É que, na continuidade dos fatos, é o presente que sempre interpelará o intérprete-administrador a, mediando a tradição que se lhe apresenta, e o futuro a que se destina o produto de sua interpretação-atuação, pôr as questões que se apresentam relevantes e juridicamente problemáticas.

Estas idéias parecem momentaneamente suficientes para uma abordagem aberta da discricionariedade administrativa. Outras contribuições hermenêuticas se apresentam adicionalmente a estas, por ocasião da explanação do mérito administrativo e do controle dos atos administrativos e, oportunamente, dos conceitos jurídicos indeterminados.

2.2 Mérito administrativo e controle jurisdicional da atividade administrativa

2.2.1 Mérito do ato administrativo

Passada a análise das idéias de discricionariedade e vinculação do ato administrativo, neste momento ganha espaço a discussão que envolve o mérito do ato administrativo.

Após a incursão sobre a inicial idéia de que a discricionariedade envolve juízos subjetivos do intérprete, que, originalmente, foram considerados imunes a qualquer controle, – pelo que se investigou e se concluiu, pontualmente, que não existe uma total liberdade de atuação assim como não há que se falar em total vinculação do administrador público, principalmente levando-se em conta o critério de legalidade – convém, em separado, abordar o mérito do ato administrativo, tema este que continua de forma resistente na doutrina e jurisprudência sendo considerado como não atingido pelo controle jurisdicional.

Dentro da abordagem proposta, considerada a inexorável margem de liberdade do intérprete, ao propor a significação que, perante o caso concreto, corresponde à idéia jurídica dos textos que se lhe apresentam, considera-se o *mérito* do ato administrativo o juízo sobre o qual não há, ao menos de modo direto, que se questionar de sua legitimidade. Essa idéia mostra-se de acordo com a concepção apresentada de separação dos poderes, em que se impede a substituição da decisão do administrador público pela decisão do juiz revisor⁹⁵.

É conforme esta caracterização que a professora Germana de Oliveira Moraes qualifica o mérito como o núcleo da discricionariedade administrativa⁹⁶. A discricionariedade, a partir de uma ótica contemporânea, passa a ser amplamente sindicável, no sentido de, por força do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional dos atos administrativos, não se possuir nenhuma esfera da atuação administrativa que não possa ser judicialmente questionada. Entretanto, a partir da distinção da discricionariedade administrativa e do mérito, como seu núcleo, prossegue-se na identificação não da ampliação do controle jurisdicional dos atos administrativos, mas, não por acaso assim entendido, do aprofundamento da sindicabilidade judicial destes atos.

A idéia de aprofundamento, muito mais que ampliação, significa a identificação dos amplos deveres que o administrador público possui para o exercício da função que lhe é delegada pelo sistema, e, do ponto de vista interpretativo, o conhecimento dos importantes instrumentos que lhe permitam harmonizar a pluralidade de valores que são inerentes ao Direito. Aprofundar o controle, esta a tônica que deve permear as pesquisas em tema de

⁹⁵ Nestes termos, BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo...*, p. 105, para quem “o ato discricionário apresenta tanto o aspecto da legalidade quanto o do mérito. O ato vinculado apresenta apenas o da legalidade. O aspecto da legalidade é suscetível de revisão pelo Poder Judiciário. O do mérito não. Só à Administração cabe rever e corrigir o ato nesse aspecto, porque, sendo uma apreciação subjetiva sobre o momento de praticá-lo, não há determinação legal nesse sentido, e, portanto, não há como ser aferida essa atuação pelo Judiciário”.

⁹⁶ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 147.

controle jurisdicional da administração pública e a própria consciência dos controladores, sobre o qual convém tratar a seguir, sobretudo, por esta parecer, do ponto de vista metodológico, uma atitude que foge da dicotomia dos extremos do controle total e da imunidade na atuação.

2.2.2 Controle jurisdicional da atividade administrativa

A idéia de controle da administração pública é inerente ao Estado de Direito, visto que nas mãos desta se depositam muitas funções.

O controle jurisdicional assume, assim, uma posição de especialidade de controle, a saber, aquele que é de cunho precipuamente jurídico, de revisão dos atos administrativos na sua relação de pertinência com o ordenamento.

Todo o desenvolvimento da matéria até aqui esboçada, no presente capítulo – as noções de discricionariedade administrativa, vinculação, e mérito do ato administrativo, especialmente – possui uma relação direta e constante com o ideal que se queira concretizar em termos de controle jurisdicional da administração pública, visto que aqueles exames, invariavelmente, são desenvolvidos com o propósito de legitimar as posições que se situam entre os opostos do pleno controle ou da ausência deste.

Neste sentido, falar em controle jurisdicional da atividade administração é sempre uma tarefa que pressupõe uma compreensão, na melhor das vezes um desenvolvimento doutrinário explícito, das idéias que se possui a respeito destes temas preliminares e que atuam como pressupostos substantivos de qualquer juízo sobre o controle, saiba-se disto ou não.

Preliminarmente, foi revisto que a discricionariedade pura não existe, evidenciando-se que não há completa liberdade de atuação, por mais aparente que esta se apresente, posto que o sistema jurídico e a pluralidade de valores e princípios sempre estão a limitar uma tamanha esfera de atuação, que, por apelo a subjetivismos não universalizáveis, desdobra-se em arbitrariedade.

Por este motivo, não se pode falar em renúncia de controle jurisdicional. Adverte-se isto, sobretudo aos controladores, para que não se demitam, inadvertidamente, da missão de fiscalizar pelo simples motivo de que um ato se encontra doutrinariamente enquadrado dentro

de uma reserva de administração, pelo qual o juiz, por exemplo, está impedido de adentrar, sob pena de invadir a esfera de atuação do administrador público e, assim, incorrer em substituição indevida e ilegítima do órgão constitucionalmente competente para tal feito.

A par disto, a revisão da idéia de vinculação que se abordou, também requer, por outro lado, um freio nos impulsos daqueles que acreditam na solução de puro aumento do controle, de alargamento a ponto de acabar com qualquer esfera de liberdade do intérprete.

Se não há uma vinculação plena, que exaure o trabalho hermenêutico do agente administrativo, é preciso reconhecer que um igual controle pleno de todas as decisões deste se mostra um erro. Muito se fala, em termos de exemplo, no uso de números e cálculos matemáticos para demonstrar faticamente que há um controle pleno no manuseio de normas de direito tributário. Esta parece ser uma afirmação difícil de se objetar, tamanha a evidência do exemplo trazido ao diálogo. Convém lembrar, inclusive, que não se nega a forte vinculação que este dado enseja ao administrador público quando na iminência de proferir uma decisão administrativa. Entretanto, há que ser objetado que não só os números integram a valoração administrativa para a expedição de atos públicos. Há que se lembrar, ao menos, dois fatores que relativizam esta idéia de plena vinculação, a mostrar que o extremo não ocorre: a) a valoração de uma determinada atividade que perfaz a hipótese não é algo tão objetivo, na lógica do “tudo ou nada”, situação que permite dizer que a mediação hermenêutica é fundamental para o estabelecimento do ato; b) em segundo lugar, é de suma relevância reconhecer também que os atos administrativos tidos por plenamente vinculados, não podem vir à vida sem uma adequada ponderação normativa, visto que não há aplicação isolada do direito⁹⁷, devendo guardar sintonia e respeito aos demais princípios jurídicos que incidem sobre os fatos sob *judice*.

E, no acordo de que o mérito administrativo (ou do ato administrativo) é a esfera de liberdade inatingível pelo controle jurisdicional, cabe fazer algumas considerações que parecem pertinentes.

O controle exaustivo, sob pena de invadir a relativa independência ou autonomia do poder, pelo que suplantar avaliações defensáveis, inviabilizaria toda a atividade administrativa. Esta idéia se mostra adequada e acorde com a idéia das limitações de atuação e ingerência de cada poder.

⁹⁷ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito...*, p. 121.

Mas é preciso dizer que não existe um mérito *a priori*, reconhecido e delimitado através de um determinado método de interpretação, que revele temas e assuntos, em forma de lista, por exemplo, que configurem esta qualidade, por mais que se possam indicar situações e aspectos em que não cabe um controle jurisdicional. Isso seria, voltar ao *status* de imunidade prefigurado pelos revolucionários franceses que consideravam indesejada a intromissão dos juízes. É que na evolução histórica do Direito, como um todo, foi-se encontrando várias formas de resolver os conflitos de interesses e de limitar toda forma de poder que se mostre ilegítima, de modo a não depender isoladamente de juízos altamente subjetivos.

Assim, é que se pode falar em aprofundamento, a que se fez referência a pouco, do controle jurisdicional. Evidenciado ser inoportuno o controle de todo e qualquer juízo do mérito administrativo, passa-se a controlar ao menos o *demérito* do ato administrativo⁹⁸. Significa este controle que toda ação administrativa, em que pese não possa ser positivamente criticada, pode o ser de forma negativa.

Este posicionamento ao que se sabe não é novo na doutrina, em que pese não parecer muito difundido na doutrina brasileira que trata do mérito. É certo que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não esgotam o âmbito de eleição do administrador público⁹⁹, entretanto há que se reconhecer a forte atuação do princípio da proporcionalidade para a configuração de um controle como se requer mais aprofundado, pelo seu potencial revelador justamente do demérito aqui em comento.

Dentro desta ótica, falar em demérito é perpassar situações que habitualmente não são muito comentadas como a omissão do administrador público, situação esta tão merecedora de controle como a situação de ação deste. É a vedação de inoperância que está a refutar a omissão, identificando-a como um sinal do demérito da atividade administrativa.

⁹⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos...*, p. 217. Em sentido semelhante, com alguma variação, VIRGA, Pietro. *Diritto Amministrativo. Atti e ricorsi*. Vol. II. 6ª ed. agg. Milano: Griuffrè, 2001, p. 10, ao referir que “só excepcionalmente é consentido um controle sobre o mérito, isto é, sobre a oportunidade, sobre a conveniência e sobre a adequação do provimento adotado.

⁹⁹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública...*, p. 147.

2.2.3 Considerações hermenêuticas no cotejo do mérito e do controle jurisdicional

A palavra que possivelmente melhor traduz o sentimento de um jurista preocupado em tratar do mérito administrativo talvez seja desconforto, pela extrema dificuldade teórica de bem analisá-lo, o que põe o intérprete em uma zona de incertezas, em que não são fáceis construções doutrinárias que postulem universalização.

Expôs-se anteriormente o entendimento de que o mérito constitui o núcleo da discricionariedade administrativa, considerada a liberdade de atuação do administrador público. Já procedida uma crítica no sentido da impossibilidade de uma discricionariedade plena e de uma vinculação total, passa-se a analisar este último âmbito de liberdade, o mérito.

Costumeiramente, o mérito do ato administrativo, que corresponde às eleições de conveniência e oportunidade da Administração Pública, é considerado também a zona em que não há ou pode haver ingerência por parte de um controle externo (aqui, o jurisdicional), sob pena de desarmonia entre os poderes constitucionalmente reconhecidos.

O sentido positivo – de não controlar ativamente o mérito – desta concepção parece estar de acordo com as prerrogativas que goza a Administração em atuar livremente em determinadas situações. Entretanto, aqui se procura problematizar, a partir da apresentação que se fez, de um aporte doutrinário que prega a revisão do demérito da atuação administrativa e, conjuntamente, não a ampliação do controle jurisdicional, mas o seu – é a expressão, não por acaso utilizada – aprofundamento.

Para se sustentar estas idéias com argumentos num enfoque hermenêutico, pode-se recorrer aos já expostos relativos à inexorável parcela de liberdade que toda interpretação possui, para falar em mérito.

A primeira assertiva que conduz ao referido controle é a idéia de que a ausência de controle significa para a *praxis* jurídica uma efetiva imunidade. Por isso, não convém falar em renúncia ou ausência, pois a atitude que melhor acolhida merece ter é a de que o juiz ou tribunal devem ter um comportamento de auto-restrição, também este moderado.

Do ponto de vista interpretativo, o juiz não está sempre em condições de dizer, sem oposições, se a decisão que envolve o mérito administrativo está conforme ao Direito, visto que existe uma linha tênue que separa a certeza jurídica positiva – aquela que reconhece

ter-se agido dentro do Direito – e aquela de certeza jurídica negativa – aquela que se reconhece notoriamente destoante do Direito, antijurídica, portanto. Esta aproximação se faz difícil e a própria eleição destas zonas pode ser considerada discricionária. Por este motivo um controle positivo do mérito resta, ao menos por estes argumentos, fora do controle direto e imediato, mas cabe ao juiz ou Tribunal esta restrição, não se admitindo uma vedação no sentido de afastar do conhecimento do judiciário.

O controle do demérito se mostra possível a partir do cotejo das contribuições hermenêuticas apresentadas. A partir da constatação de que não há um método¹⁰⁰ que garanta a certeza objetiva da interpretação dada pelo administrador público, é possível procurar, pode-se dizer, pontos de objetividade, visto que a objetividade própria é um ideal que é, inclusive, questionado no âmbito da hermenêutica. Estes pontos dão certa margem de segurança ao intérprete. Gadamer, ao descrever o procedimento do círculo hermenêutico¹⁰¹, preenche bem a idéia de fuga do subjetivismo do intérprete e permite falar, contrastados texto e contexto, aqui, sistema e caso (não exclusivamente), no respeito da alteridade do texto, um dos pontos de objetividade.

Pode-se inferir, a partir da idéia de respeito à alteridade do texto¹⁰², que, assim como o texto não é pretexto para que só o intérprete fale, assim também, parafraseando Gadamer ao se referir ao respeito à alteridade do texto, o mérito não é pretexto para que apenas o administrador fale, e assim se produzam escolhas administrativas fora das possíveis significações que o texto e o caso lhe possibilitam, numa total zona de certeza negativa, de antijuridicidade.

É no contexto comunicativo em que se encontra o intérprete-administrador, que se lhe interpela o adequado uso da liberdade que lhe é reconhecida. Isto quer dizer que a moldura de possíveis significados, que se lhe abre, desde o conhecimento do texto e do caso, permite estabelecer zonas de certezas positivas e negativas. Mas não se pode crer que o sistema jurídico é indiferente às diferentes opções que se encontram, inclusive, dentro da moldura, dentro das interpretações possíveis. E também não há que se postular seja a escolha das opções tarefa de política do Direito, como o fez Hans Kelsen¹⁰³. Na escolha das alternativas

¹⁰⁰ Cf. assinalado no item 1.4.

¹⁰¹ Cf. item 1.2.2.

¹⁰² Cf. exposto no item 1.2.3

¹⁰³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 368.

também se vê a atuação do jurídico. O dever de motivar sempre aparece como decorrência da liberdade que possui o administrador. A este respeito remete-se para o capítulo final, em que se dá maior destaque a esta questão.

É de se lembrar que, embora estando atrelado ao mérito, em que aumenta a competência livre, o decisivo para a interpretação é a hierarquização axiológica que se realiza ao dar cabo à interpretação específica. Para bem fazê-la é preciso que o intérprete possua consciência da circularidade hermenêutica e que tenha abertura dialógica para revisar os precedentes na matéria em que atua, a ponto de fazer a transição entre a conservação e a inovação, entre a tradição e o apelo ao novo. Isto significa dizer que no direito, e, especialmente relativo ao mérito, não cabe uma exclusão a priori de controle, ainda que se admita que não cabe a substituição na hierarquização procedida pela Administração.

Identifica-se a necessidade de uma postura dialética e dialógica para tratar do mérito, quando, pressuposta a necessidade de motivação dos atos administrativos, não se aceitam fundamentos unicamente calcados na literalidade de textos legais, na indicação de artigos de leis e de códigos como fundamentadores únicos do processo hermenêutico, posto que já superada a idéia de método literal – e de qualquer outro método isoladamente considerado – como revelador de uma verdade.

2.3 O problema dos conceitos jurídicos indeterminados

2.3.1 Delimitação do problema

Estabelecidas, em parte, as bases que comunicam a aproximação hermenêutica e a discricionariedade administrativa, passa-se a uma tentativa de aplicação dos êxitos obtidos. Para esta finalidade, elege-se a problemática que envolve a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados na procura de validar, pela argumentação, as idéias apresentadas relativamente a um tema concreto. Esta abordagem se justifica pela sua repercussão doutrinária, em que pese esta não tenha um desenvolvimento muito difuso na doutrina brasileira¹⁰⁴, mas resta inegável a influência de algumas de suas orientações sobre juristas nacionais.

¹⁰⁴ Cf. Andreas Krell, ao se referir à realidade brasileira, explica que “a discussão sempre tem girado com mais intensidade em torno da *finalidade* do ato. Esta é a constatação que se faz da grande influência do Direito francês

Remanesce na doutrina – eis o problema sob análise – a polêmica a respeito da possível identificação entre discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados. O início do debate em torno dos conceitos indeterminados no Direito Administrativo surgiu na Áustria¹⁰⁵, e como seus precursores, Bernatzik e Tezner, representam as divergentes linhas de abordagem que o tema possui.

Este debate remonta ao ano de 1886, ocasião na qual Bernatzik¹⁰⁶ publicou a obra *Rechtsprechung um materielle Rechtskraft*, contra a ‘doutrina tradicional’, ao negar que a livre discricionariedade e a aplicação do direito se excluíssem como realidades opostas. Bernatzik entendia que conceitos abertos como “interesse público” deveriam ser preenchidos pelos órgãos administrativos especializados, sem a possibilidade de revisão pelos tribunais.

Bernatzik representa uma primeira manifestação doutrinária, da qual procede a *teoria da multivalência*¹⁰⁷. Esta teoria tem por objeto central a afirmação de que a aplicação do direito não é um processo de puro silogismo. No bojo desta teoria estão as idéias de que a aplicação dos conceitos indeterminados só poderia ser feita através de um complexo processo interpretativo em cadeia, designado por Bernatzik de ‘discricionariedade técnica’, e de que os conceitos indeterminados atribuem discricionariedade à autoridade administrativa.

Em contraposição ao marco da teoria da multivalência, surge a manifestação de Tezner¹⁰⁸. Conforme Andreas Krell, Tezner, “contrário a essa teoria, exigia um controle objetivo de *todos* os conceitos normativos – inclusive os vagos – das leis que regiam a relação entre a Administração e os cidadãos”¹⁰⁹. Com as manifestações de Tezner, surge então a doutrina dos “conceitos jurídicos indeterminados”, considerados não mais como expressão da

sobre o nacional, sobretudo com a adoção da teoria do desvio do poder ou *détournement de pouvoir*. E diz que no Brasil esta abordagem se justifica se levados em conta os fenômenos do nepotismo, do clientelismo, da corrupção e da falta de uma clara separação entre o espaço público e o privado, acrescentando “problema este que, até hoje, talvez seja o maior da Administração Pública”. KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental...*, p. 24-25.

¹⁰⁵ Germana de Oliveira Moraes escreve que “a evolução da doutrina dos conceitos indeterminados ocorreu na Alemanha, onde predominou, a princípio de modo quase unânime, a teoria da univocidade”. MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública...*, p. 72.

¹⁰⁶ Edmundo Bernatzik (1854-1919), jurista austríaco, publicou a obra *Rechtsprechung um materielle Rechtskraft (Jurisdição e coisa julgada material)*

¹⁰⁷ Cf. António de Sousa, a teoria da *multivalência* possuiu grande divulgação nos países do subsistema francês, dando como exemplo Portugal. Mas possui defensores em países germânicos, destacando-se Forsthoff na Alemanha e Martin Lendi, na Suíça. Cabe o mérito a teoria da *multivalência*, especialmente a Martin Lendi, pelo fato de sustentar que “a interpretação correcta de um conceito legal indeterminado se deixa ambicionar, mas não é susceptível de ser alcançada”. SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra Almedina 1994, p. 41-42.

¹⁰⁸ Friedrich Tezner é reconhecido como o defensor da doutrina tradicional, e, portanto, opositor das idéias da *teoria da multivalência*. Suas idéias formam o que se denomina de *teoria da univocidade*.

¹⁰⁹ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental...*, p. 29.

discricionarietà, “mas plenamente sindicáveis pelo Poder Judiciário mediante interpretação”¹¹⁰. Esta doutrina também é denominada de *teoria da univocidade*. Em 1888, contrariamente à idéia de discricionarietà a partir de conceitos jurídicos indeterminados, Tezner considerou a doutrina dos conceitos discricionários de “inimiga do Estado de Direito” e “cientificamente infundada”¹¹¹.

No bojo das idéias defendidas pela *teoria da univocidade*, consta que a primeira delas se baseia na divisão da norma em previsão (*Tatbestand*) e estatuição (*Rechtsfolge*). A segunda é a de que os conceitos indeterminados estão inseridos no *Tatbestand* legal, enquanto a discricionarietà está no *Rechtsfolge*. A terceira indica a subordinação de todos os conceitos indeterminados ao controle total e pleno pelos tribunais. A quarta reconhece uma “margem de apreciação” a favor da autoridade administrativa na aplicação destes conceitos indeterminados, situação em que o controle jurisdicional é limitado¹¹².

Neste passo, tem-se como um dos pontos de partida da teoria da univocidade a idéia atribuída a Bühler – sustentando-se nas idéias de Tezner – de que todos os conceitos vagos são jurídicos, pertencendo ao âmbito da vinculação legal¹¹³, sendo dever da autoridade administrativa considerar apenas o sentido legal e decidir se se verifica ou não o preenchimento da previsão contida no *Tatbestand*. A tarefa do intérprete, por via deste entendimento, situa-se no campo de alternativas excludentes, no modelo do “tudo ou nada”, isto é, ou há ou não há boa-fé, ou há improbidade administrativa ou não há.

A negação de que os conceitos indeterminados possam atribuir discricionarietà não é absoluta, havendo parte da doutrina da univocidade – pode-se dizer, uma terceira corrente doutrinária – que admite a relação possível entre estas. Para que esta relação se torne possível, a *vontade do legislador*¹¹⁴ é tomada como critério para saber em que situações este quis atribuir discricionarietà mediante a utilização de conceitos indeterminados. Em sintonia com este posicionamento, o legislador é quem confere discricionarietà através de uma permissão expressa, através da utilização de conceitos imprecisos e/ou vagos, com o que atribui deliberadamente uma prerrogativa de escolha à Administração Pública.

¹¹⁰ KRELL, Andreas J. *Discricionarietà administrativa e proteção ambiental...*, p. 30.

¹¹¹ SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo...*, p. 35.

¹¹² SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo...*, p. 36-37.

¹¹³ SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo...*, p. 37.

¹¹⁴ SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo...*, p. 41.

Segundo os defensores da teoria da multivalência, a Administração não deve ser tomada como mera aplicadora do direito, possuindo uma grande autonomia comparável à autonomia normativa¹¹⁵. Pela perspectiva da multivalência não se pode falar em uma única resposta correta, pois na interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados se admitem várias decisões certas e possíveis.

É preciso ter bem claro a significação que está por trás da terminologia “conceitos jurídicos indeterminados”. Uma má interpretação doutrinária pode levar à confusão quanto ao conteúdo desta expressão e das reais intenções que lhe circunscrevem, conforme é o que se depreende da advertência de António Francisco de Sousa¹¹⁶. É preciso então, frente à constatação do professor português, proceder em um acordo semântico.

Parece mais apropriado, pelo alcance que possui e maior referência dos autores em geral, falar em conceitos jurídicos indeterminados para se referir à doutrina que crê que, pela indeterminação dos termos jurídicos, se possa precisar, mediante interpretação, o conceito exato de um determinado conceito, através da aplicação normativa ao caso concreto.

Nesta linha de acordos semânticos, é de se observar a crítica feita por Eros Roberto Grau¹¹⁷, para quem não há que se falar em conceitos indeterminados. Para o jurista apenas as expressões são indeterminadas. Na verdade, a crítica procede, porém, não possui uma interferência de fundo na problemática, visto que se trata de um acordo semântico. Possivelmente, ao utilizarem a expressão conceitos jurídicos indeterminados, muitos autores estejam a pensar de igual modo a Eros Grau, ou seja, na indeterminação lingüística e não propriamente do conceito. Aqui se utiliza a expressão conceitos jurídicos indeterminados, com esta consciência, pela notoriedade que esta expressão conquistou nos âmbitos em que foi objeto de discussão.

¹¹⁵ Cf. António Sousa este o entendimento de Forsthoff. SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo...*, p. 42.

¹¹⁶ António Francisco de Souza alerta para a dubiedade que envolve a própria nomenclatura ‘conceitos indeterminados’, ao referir que no direito administrativo alemão, quando se fala em conceitos jurídicos indeterminados alude-se a idéia de total e pleno controle jurisdicional dos atos administrativos, concepção diversa da de Portugal, onde a expressão assume o significado oposto, no sentido de que conceitos indeterminados representam insindicabilidade judicial. SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo...*, p. 43.

¹¹⁷ GRAU, Eros Roberto. Poder Discricionário. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 93, jan./mar. 1990, p. 41-42. Contrariamente, ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionabilidade e controle jurisdicional...*, p. 20-21, para quem a imprecisão, fluidez ou indeterminação “residem no próprio conceito e não na palavra que os rotula. Há quem haja, surpreendentemente, afirmado que a imprecisão é da palavra e não do conceito, pretendendo que este é sempre certo, determinado. Pelo contrário, as palavras que os recobrem designam *com absoluta precisão* algo que é, em si mesmo, um objeto mentado cujos confins são imprecisos”.

Relata-se que, após a Segunda Guerra Mundial, ganhou força a teoria da univocidade, impondo-se à jurisprudência alemã. Naquele momento histórico de pós-guerra, nota-se um reforço do princípio de reserva de lei conjuntamente com a garantia constitucional de uma plena proteção judicial, fatores estes que contribuíram para que a doutrina e jurisprudência alemãs adotassem amplamente o entendimento de que o emprego de conceitos jurídicos indeterminados não atribuía discricionariedade¹¹⁸. Para tanto, consta como fato decisivo o sentimento de extrema desconfiança em relação à Administração Pública e, por outro lado, uma confiança sólida no judiciário, órgão este que se tornou o depositário da esperança da sociedade da jovem República Federal da Alemanha¹¹⁹.

Com estas concepções se entendia e acreditava que os tribunais poderiam decifrar as decisões administrativas pelos meios modernos de hermenêutica. Conforme informa Andreas Krell¹²⁰, na Alemanha esta doutrina apenas se tornou dominante na década de 50 do século XX.

Sob a influência doutrinária de Tezner é que, contemporaneamente, Eduardo García de Enterría, responsável pela introdução na vida jurídica espanhola do tema dos conceitos jurídicos indeterminados, considera que os conceitos jurídicos indeterminados são uma das formas que permitem a exclusão deste espaço de imunidade do poder, caracterizado pela subjetividade do administrador público, mediante a obtenção da única resposta correta, através da interpretação jurídica. Dentro desta concepção, a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados é relacionada como uma técnica¹²¹ de eliminação, dentre outras, dos espaços de liberdade da Administração Pública.

¹¹⁸ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental...*, p. 30.

¹¹⁹ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental...*, p. 30. António Francisco de Sousa descreve que com o fim da 2ª Guerra Mundial se cria, na Alemanha Federal, uma adesão quase sem reservas à teoria da univocidade, perdurando pelos anos 40, 50 e 60 um dualismo: *discricionariedade* não controlável pela via jurisdicional e *conceitos indeterminados* subordinados ao controle jurisdicional pleno. Dentro deste panorama histórico, a discricionariedade somente existiam como “discricionariedade de atuação”, volitiva, compreendida a partir do elemento volitivo expressado na estatuição da norma *Rechtsfolge*. Não se considerava como discricionariedade a discricionariedade de cognição, em relação aos fatos e sua constatação, vislumbrada na hipótese da norma *Tatbestand*. SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo...*, p. 45.

¹²⁰ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental...*, p. 30.

¹²¹ Conforme Eduardo García de Enterría os conceitos jurídicos indeterminados, também chamados de normas flexíveis, são circunstanciais a toda técnica jurídica e não constituem particularidade do Direito público (p. 37-38). O autor espanhol destaca como erro histórico e de duras conseqüências para as garantias jurídicas a confusão consistente em se ter considerado e confundido a presença de conceitos indeterminados nas normas que a Administração tem de aplicar com a existência de poderes discricionários nas mãos desta (39-40). Considera a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados como um processo vinculado, isto é, não admitindo mais que uma solução justa, é um processo de aplicação e interpretação da lei, de subsunção nas suas categorias de uma

Na doutrina nacional, referindo-se à relação entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, Germana de Oliveira Moraes escreve que “embora as noções de discricionariedade e de conceitos jurídicos indeterminados sejam inconfundíveis, guardam entre si alguns pontos de interseção”¹²². Para a autora, discricionariedade e conceitos verdadeiramente indeterminados são “técnicas legislativas que traduzem a abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação”¹²³. Recorde-se que, anteriormente, considerou-se a discricionariedade como resultante também da abertura das normas, visto serem estas o resultado da interpretação, mas também da abertura do sistema jurídico, a reclamar uma postura hermenêutica igualmente de abertura dialógica e dialética.

Em que pese muitas outras considerações possam contribuir para a exposição da problemática em torno dos conceitos jurídicos indeterminados, estas são suficientes para a abordagem hermenêutica que se procura estabelecer.

2.3.2 O problema da única resposta correta

A abordagem crítica do tema dos conceitos jurídicos indeterminados será feita em duas etapas. A primeira se circunscreve à análise do problema da única resposta (ou solução) correta (ou justa). A segunda é mais abrangente e procura lidar com a generalidade dos posicionamentos e argumentos que envolvem a indeterminação dos conceitos jurídicos e a discricionariedade administrativa.

Ater-se, separadamente, ao problema da única resposta correta é uma empreitada que contribui de forma decisiva e singular não só para a questão da discricionariedade, mas de uma forma geral para o todo do Direito. A abordagem hermenêutica aqui proposta tem por base justamente uma resposta negativa a respeito da existência da única solução correta ou

hipótese dada. (42-43) Para o autor este processo não é um processo de eleição entre alternativas igualmente justas, ou de decisão entre indiferentes jurídicos em virtude de critérios extrajurídicos, como é próprio das faculdades discricionárias. ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lucha contra las inmunidades del poder*.

¹²² MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública...*, p. 76.

¹²³ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública...*, p. 77. A autora admite uma diferenciação entre duas categorias de conceitos indeterminados: os vinculados e os não vinculados. Os conceitos vinculados são aqueles que conduzem à única solução correta. Os conceitos não vinculados podem ser discricionários ou não (p. 70). Considera como pertencente à categoria dos conceitos indeterminados não vinculados e discricionários aqueles que “além de compreenderem uma complementação do tipo aberto, encerram um *conflito axiológico*, uma ponderação valorativa dos interesses concorrentes, à luz do interesse público privilegiado pela norma jurídica”. Destoa, este pensamento, do aqui exposto, ao passo que a concepção hermenêutica que se pretendeu imprimir, reconhece sempre um momento axiológico, na hierarquização tópico-sistemática.

justa¹²⁴. A essência da doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados prega que a “indeterminação do enunciado não se traduz na indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma ‘unidade de solução justa’ em cada caso, à qual se chega mediante uma atividade de cognição, portanto, e não de volição”¹²⁵.

A aplicação jurídica aqui aparece como atividade em que, frente às circunstâncias concretas, não se admite mais que uma solução, pelo que se diz “ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa fé ou não há, ou o preço é justo ou não o é; ou faltou probidade ou não faltou”¹²⁶, consumados na expressão latina *tertium non datur*.

No intuito de deixar mais clara a idéia que perpassa a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, pode-se dizer que está baseada no seguinte raciocínio: parte da premissa que constata existirem conceitos indeterminados utilizados nas formulações legais e que precisam ser “interpretados” na busca da unidade de solução justa. Depois, contempla a premissa de que a solução para os conceitos jurídicos indeterminados, ou para a imprecisão da linguagem, é um caso de aplicação e interpretação. A conclusão lógica que pode sobressair daí é a possibilidade “legítima” de o juiz poder fiscalizar a aplicação feita pelo administrador público, verificando nesta sua atividade se se alcançou a única resposta correta.

Vale lembrar que a interpretação que se dá, conforme Hans Kelsen, a partir da leitura dos textos legais, abre uma gama de possibilidades, ou seja, uma moldura¹²⁷ que se preenche com as alternativas, os projetos interpretativos. Todas as possibilidades que se encontram dentro desta moldura são significações possíveis do texto. Pelo contrário, todas as possibilidades que se encontram fora desta moldura, por sua vez, são significações que não encontram relação com o texto. Entretanto, não existe de antemão este conteúdo interno da

¹²⁴ Esta polêmica é reconhecida por Maria Sylvia Di Pietro, que sintetiza o problema dos conceitos jurídicos indeterminados, dizendo poder se falar em “duas grandes correntes: a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração, porque diante deles, a Administração tem que fazer um 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”. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 227.

¹²⁵ Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho Administrativo...*, p. 457. Para que não se compreenda errado, advertem os autores que esta “unidade de solução justa” não significa uma única conduta capaz de merecer a qualificação referida pelo conceito. É no decidir o caso concreto, segundo se depreende, que o intérprete chega a esta “unidade de solução”.

¹²⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho Administrativo...*, p. 457.

¹²⁷ Hans Kelsen escreve que “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 deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito...*, p. 366.

moldura e também o conteúdo externo. Porém, para os cultores da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, ainda que haja uma diversidade de soluções num primeiro momento, esta indeterminação se encerra com a referência ao caso concreto, o que permite chegar, numa dada interpretação, a conhecer o significado único a regular o caso em exame.

É preciso destacar que a escolha legítima possui limites, que o próprio sistema fornece, mas não uma unidade de solução justa. Reconhece-se também que a abertura do sistema está a sempre permitir novos projetos interpretativos, o que não se pode reconhecer como defeito, mas como possibilidade de evolução qualitativa nas sucessivas interpretações. Novamente, ao não se aceitar a lógica do tudo ou nada, revela-se a improcedência de uma única resposta, visto que não se labora unicamente com juízos dedutivos relacionando fatos objetivos.

A possibilidade de novos projetos interpretativos contribui para a lembrança de que na comunidade dos intérpretes do Direito não agem as mesmas pré-compreensões, o que evidencia que a subjetividade do intérprete não pode ser dispensada. A mediação hermenêutica que este faz, ao partir de diferentes pressupostos, não resulta sempre na mesma e idêntica resposta jurídica.

A historicidade se manifesta, portanto, neste reconhecimento de que ao longo do tempo diferentes significações e concreções se sobrepõem à interpretação de semelhantes casos concretos. E se pode perguntar se alguma destas concretizações tenha sido errada, ou, pelo menos, indevida? Ao que tudo indica não são concretizações erradas, porque todas, provavelmente, são respostas que levam em conta a contextualidade e a situação hermenêutica de seu tempo, e, por isso, a superação sucessiva que ocorre demonstra que sempre se pode tentar outras significações.

Os objetivos desta teorização dos conceitos jurídicos indeterminados parecem legítimos, no sentido de que se passa a construir tais idéias contrariamente à idéia de discricionariedade ilimitada e de arbitrariedade. Neste passo, não parece haver nenhum autor que pregue, contemporaneamente, algo no sentido de uma discricionariedade livre. A doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados procura solucionar este problema erradicando a idéia de discricionariedade do âmbito da interpretação jurídica ou reconduzindo-a, na melhor das hipóteses, à estrita legalidade, conferida intencionalmente pela lei – ao se indicar como

critério a vontade do legislador – e este parece o seu maior erro. Por este motivo se mostra frutífera a sua análise para os fins deste trabalho.

Conforme a revisão crítica da discricionariedade administrativa aqui proposta, não há que se falar mais em uma discricionariedade livre. Este ponto é pacífico e já se torna lugar comum na doutrina, em que pese no discurso político ainda ser objeto de defesa de alguns políticos para justificar uma suposta imunidade frente a condutas ilegítimas.

A doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados trabalha com uma idéia antiga de discricionariedade, por isso, defasada, ligada tão somente à subjetividade do intérprete aplicador de normas jurídicas. Eis, portanto, um erro de diagnóstico. A partir deste ponto de vista, a interpretação aparece como atividade subestimada nas suas tarefas. Andreas Krell escreve que, já em 1970, Peter Häberle havia criticado a “concepção demasiadamente estreita de interpretação e a idéia da possibilidade de apenas uma solução correta”¹²⁸. Prega-se que o juiz pode encontrar a única resposta correta através da interpretação, esta considerada uma atividade meramente cognitiva. Eis um ponto que merece análise. A separação entre cognição e volição, não merece guarida quando se fala do fenômeno hermenêutico. Já se procurou demonstrar que este processo envolve a realização de um projeto que não dispensa a subjetividade do intérprete e, por isso, o aspecto volitivo, partindo o intérprete de suas pré-compreensões para daí projetar as perguntas que a sua *situação hermenêutica* lhe proporciona.

Nesta linha, também é temerário continuar sustentando a idéia de aplicação jurídica como o procedimento da subsunção jurídica, aos moldes da lógica formal. Conforme exposto, o decisivo juridicamente não é a aplicação deste tipo de procedimento, ainda que ele participe do procedimento interpretativo. O que possui peso decisivo é a “colocação” das premissas ou a hierarquização axiológica, na visão da interpretação tópico-sistemática. Neste passo a mediação do intérprete é determinante para o êxito da aplicação jurídica. Se se considerar estas idéias, não há como aceitar a única solução justa, pois a lógica jurídica não coincide no seu todo e no mais decisivo com a lógica formal. Eis algumas, possivelmente as principais, considerações a indicar a inviabilidade de se trabalhar em sede hermenêutica com a possibilidade uma única solução possível.

¹²⁸ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental...*, p. 42.

2.3.3 Síntese crítica e contribuições hermenêuticas a respeito da possível identificação entre discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados

Após a crítica da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, especificamente no problema da única resposta correta, que parece ser o maior trunfo desta linha de abordagem, passa-se a cuidar de outros aspectos. Poder-se-ia cumprir o objetivo de mostrar a inconsistência desta teoria apenas com o momento precedente, em que se desmereceu o argumento da unidade de solução justa. Entretanto, outros aspectos estão a merecer a devida atenção, para que, no sentido de uma contribuição, já se antecipem argumentos para que não prospere em solo brasileiro.

Como se fez referência, a teoria em questão se baseia na divisão da norma em previsão (*Tatbestand*) e estatuição (*Rechtsfolge*). Essa pressuposição merece ser ao menos atenuada, pois é comum, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, encontrar-se disposições que não são formuladas de tal modo. Muitas disposições, inclusive de peso constitucional, são formuladas de modo finalístico, a indicar metas, objetivos e finalidades a serem alcançadas pela Administração Pública. Nem todas as leis possuem uma hipótese e nem todas possuem, da mesma forma, uma consequência bem definida. Neste contexto é possível afirmar que há uma pluralidade de estruturação das disposições normativas, que estão a indicar os diferentes modos que o jurídico está a se inserir no contexto social.

Outra objeção a ser feita se refere à idéia de que os conceitos indeterminados estariam inseridos no *Tatbestand* legal, enquanto a discricionariedade estaria no *Rechtsfolge*. Ao que parece, a discricionariedade não se deixa dogmatizar de tal modo. Como se fez referência, a discricionariedade, considerada a liberdade de atuação do intérprete, também aparece no reconhecimento e valoração que este faz da situação fática, a avaliação do caso, que pressupõe uma hierarquização, ainda que primitiva a ser depois testada. Por sua vez, os conceitos indeterminados não são “privilegio” da hipótese, mas a indeterminação da linguagem está a abranger toda a disposição normativa.

Conforme salientado por Riccardo Guastini, a linguagem utilizada no discurso das fontes é a natural¹²⁹, indeterminada em sua ontologia. Não existe uma linguagem própria do Direito, que permita dizer um significado próprio, um significado jurídico. Esta pretensão não dá conta do fenômeno jurídico em suas necessidades. O autor refere que os documentos

¹²⁹ GUASTINI, Riccardo. Problemas de interpretación. In *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 7, oct. 1997, p. 121.

normativos são formulados não em uma linguagem artificial, mas em uma linguagem natural, que não está sujeita a regras semânticas e sintáticas bem definidas. Por isso o significado dos enunciados é fatalmente indeterminado.

Por conseqüência destas considerações, não convém falar em controle total e pleno pelos tribunais da atribuição de sentido que a Administração Pública fez dos conceitos jurídicos indeterminados. Este é o erro de um dos extremos que se fez referência e se quer evitar.

Por meio desta crítica é possível notar que não se resolve em termos de vinculação legal a indeterminação dos textos jurídicos, visto que inexistente o “sentido legal” dos conceitos utilizados. Nem sempre o juiz ou Tribunal, a quem se deseja “controlador pleno e ilimitado”, segundo a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, está em condições de dizer com certeza se a interpretação dada se insere dentre as previstas no texto legal. Por vezes, há que se contentar com a interpretação dada pelas autoridades administrativas, reservando-se sempre o direito de, a partir da motivação dada, verificar, ao menos, se a conduta administrativa não está totalmente à margem das possíveis soluções a que remete a indeterminação.

Perante a indeterminação lingüística é que também cabe ao judiciário o papel de *administrador negativo*¹³⁰, isto é, este não está em condições de dizer do acerto da atribuição de significado efetuado pelo administrador público, mas certamente o erro ou, como se aludiu, o demérito, ser-lhe-á possível julgar. E é através das diversas técnicas de identificação de vícios dos atos administrativos que o controlador se pauta, para intervir conforme a necessidade que o caso apresente.

Considerando a perspectiva do caso problemático, pode-se considerar também que os diferentes intérpretes jurídicos nunca chegarão a um acordo preciso e último quanto à eleição das premissas que valem para a derradeira subsunção jurídica. Ressalte-se, quanto ao aspecto lingüístico, que a idéia que o intérprete possui sobre a significação dos termos empregados nas disposições jurídicas é um dentre outros critérios a serem sopesados para a obtenção da melhor decisão possível, ou seja, da maior adequação alcançável.

Destacando-se, também, a doutrina que acredita haver uma possível relação entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, convém lembrar que existem

¹³⁰ Cf. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito...*, p. 241; ou, do mesmo autor, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais...*, p. 225-226.

situações em que a indeterminação levará a Administração Pública a decidir com boa margem de liberdade, visto que a indeterminação também passa por variações graduais. O que não se pode, porém, é identificar a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados, eis o erro da teoria da multivalência.

Um aspecto do problema, que está a merecer destaque pelo seu uso, é o de que se deve procurar na vontade do legislador as situações em que este concede discricionariedade ao administrador. Já se procurou demonstrar que não se pode trabalhar com a idéia da vontade do legislador para solucionar os problemas jurídicos. Primeiro, porque o legislador é uma figura impessoal, isto é, as leis são fruto de decisões coletivas das casas legislativas, em que uma pessoa propõe um projeto de lei, que normalmente recebe posteriores emendas e sofre sucessivas discussões. Segundo, porque o intérprete do Direito não faz arqueologia do texto. Com pretensões originalistas não conseguirá dar conta das necessidades decorrentes dos problemas que o caso concreto está a exigir solução.

Não se perca de vista, novamente, que é o presente que requer soluções. É a partir deste marco temporal que o intérprete deve resolver os problemas hermenêuticos. Para tanto, não há um método revelador da verdade, senão a interpretação não apresentaria maiores problemas, o mundo não seria complexo e até mesmo crianças resolveriam os casos difíceis. Não se processa assim a inteligência humana e o conhecimento do jurídico.

A verdade revelada por um texto é sempre parcial sem a relação com a aplicação presente do sentido deste. Revelar o sentido inicial, como o exemplo de trazer à colação o sentido que se depreende das exposições de motivos de um texto, são válidas na medida em que a estes textos não se dê o sentido todo do texto. O autor, lembre-se, é um dado ocasional¹³¹, visto que o texto ganha vida própria.

Todas essas considerações contribuem para dizer que o intérprete jurídico não deve propor o sentido histórico ou literal que a lei apresenta, mas o sentido jurídico, que é o sentido presente, sentido normativo, do texto, em relação ao caso concreto. Esta é uma idéia que impede falar em discricionariedade a partir de conceitos jurídicos indeterminados por deliberação do legislador.

Há que se destacar, ainda, e em bom tempo, que a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados não trabalha com a utilização dos princípios, não faz referência à

¹³¹ GADAMER, Hans-Goerg. *Verdade e Método...*, p. 392.

Constituição, nem à fundamentalidade de certos direitos que representam o núcleo do sistema jurídico. Há, também aqui, uma supervalorização do princípio de legalidade, o que desabona esta teoria.

Acrescente-se a toda esta exposição, o fato já refletido de a discricionariedade – aqui considerada referente ao âmbito da liberdade do intérprete para a consecução da melhor resposta – estar compreendida no quadro de variações de grau, assim como se colocou referentemente à própria idéia de vinculação.

Por tais motivos, pode-se dizer a respeito dos conceitos jurídicos indeterminados que eles representam, salvo melhor juízo, uma característica intrínseca do sistema jurídico, a saber, a sua abertura através da linguagem, que nunca conduz a respostas unívocas. Esta univocidade e o desenvolvimento doutrinário da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, ao apartar a imprecisão da linguagem do fenômeno da discricionariedade, representa um modo falaz de combater o subjetivismo interpretativo e despótico.

É possível identificar a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados com o que Riccardo Guastini denominou de uma das três teorias sobre interpretação jurídica, a chamada teoria *cognitiva* ou *formalista*. Por meio desta teoria se sustenta que a interpretação é uma atividade do tipo cognoscitivo: interpretar é averiguar (empiricamente) o significado objetivo dos textos normativos e/ou a intenção subjetiva de seus autores (tipicamente: as autoridades legislativas)¹³².

A par desta identificação da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados com a teoria cognitiva da interpretação, pode-se acrescentar que este modo de ver está calcado em suposições falaciosas, ou na crença de que as palavras incorporam um significado “próprio” ou na crença de que as autoridades normativas tenham uma vontade unívoca e reconhecível como os indivíduos. Considera-se, por conseguinte, que a meta da interpretação seja simplesmente “descobrir” esse significado objetivo ou essa vontade subjetiva, preexistentes¹³³.

¹³² GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas...*, p. 139.

¹³³ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas...*, p. 139. Conforme o autor do caráter cognoscitivo da interpretação jurídica e da completude e coerência do direito não resta nenhum espaço para a discricionariedade judicial. Esta é a principal forma de conceber a interpretação jurídica que o presente texto visa a combater, uma interpretação objetivista, que não leva em conta o fenômeno da compreensão, conforme exposto no primeiro capítulo.

Em suma, não convém abordar a discricionariedade a partir dos conceitos indeterminados, sobretudo para negar o momento de subjetividade do intérprete no momento da interpretação. A visão aqui desenvolvida de interpretação considera que a indeterminação da linguagem se manifesta de diferentes modos, e não é o único fator a favorecer a compreensão a partir da subjetividade do intérprete, senão, mais um dentre outros fatores. A determinação do conteúdo dos enunciados das fontes, parafraseando Guastini, é atividade da interpretação, que não leva em conta apenas os textos, mas tem de, na circularidade hermenêutica, pôr-se de acordo também com o contexto, a partir do projeto inicial que o intérprete faz munido com suas pré-compreensões. Não se pode prescindir destes momentos, sob pena de proceder a cortes dicotômicos que não encontram confirmação no fenômeno da interpretação.

A resposta que este problema reclama, segundo os ditames hermenêuticos anteriormente desenvolvidos, parece não dar vitória a nenhum dos lados. Erram tanto as teorias da multivalência quanto da univocidade.

Os doutrinadores da multivalência erram em identificar os conceitos indeterminados como conceitos discricionários, dado a impressão de ausência de controle, e, portanto, de limites jurídicos. Por sua vez, também não acertam os doutrinadores da univocidade por subjugar a natureza da interpretação jurídica e por uma visão acentuadamente fechada e formalista do próprio Direito.

Da hermenêutica que se procurou delinear é possível dizer que está a legitimar uma liberdade de valoração dos conceitos jurídicos (ou expressões, na linha crítica de Eros Grau) por parte do intérprete-administrador, mas não se pode dizer que estes sejam discricionários, visto que existem outras fontes de liberdade de atuação da Administração Pública que não só as decorrentes da linguagem.

2.4 Direitos fundamentais

As sucessivas considerações referentes à discricionariedade efetuadas até o presente momento evidenciam que não é possível continuar abordando este tema apenas com a antiga dicotomia discricionário/vinculado. Este momento histórico requer novos rumos, outros planos, novas problematizações para a discricionariedade administrativa. É o que se pretende, a partir deste enfoque hermenêutico que se procura traçar.

Com isto, a abordagem deste tema pode e deve receber novas influências, como a que se pretende relacionar, isto é, aquela fornecida pelo estudo conjunto dos Direitos Fundamentais. É uma abordagem, pode-se dizer, recente e que não mereceu, salvo melhor juízo, a devida atenção por parte da doutrina. Neste sentido, procede-se a uma tentativa de fazer participar deste estudo elementos da doutrina que cuida dos direitos fundamentais e da discricionariedade¹³⁴.

Esta tentativa se mostra conveniente a partir do reconhecimento da insuficiência do princípio de legalidade como parâmetro de legitimidade da ação estatal, e da conseguinte transposição de toda discussão para a seara da constitucionalidade, do respeito da Constituição, situação que afigura a troca de paradigma, da legalidade pela juridicidade¹³⁵.

A juridicidade que, pode-se dizer, não é uma obra de um só princípio, de uma só voz, a ditar os rumos da atuação devida, mas identifica-se como uma obra em que se imbricam diversificados princípios, diferentes vozes, numa dialogicidade polifônica¹³⁶.

2.4.1 Direitos fundamentais como parâmetros para a discricionariedade administrativa

Os direitos fundamentais, segundo pensamento corrente, têm por conseqüência incorporar ao ordenamento jurídico uma relevante dimensão moral¹³⁷. Esta constatação

¹³⁴ Cf. a seguinte ementa, é possível ter um exemplo da boa idéia de se aproximar discricionariedade e direitos fundamentais: Apelação Cível – Estatuto da Criança e do Adolescente – Direito à Educação – Município de Canoas – Obrigação de Fazer – Vaga em Creche – Alegação de Oferta Irregular – Direito Fundamental Social - Direito Público Subjetivo - Responsabilidade Expressamente Definida em Lei – Previsão Orçamentária – Tese de Incapacidade Material Impertinente – Multa Afastada em Face do Cumprimento da Liminar pelo Ente Federado. 1) A educação básica a ser fornecida pelo Estado é um direito de toda e qualquer criança, sem distinção de sua condição econômica. É dever do poder público municipal assegurar ao menor atendimento em creche, nos termos do inciso IV do art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente e do inciso IV do art. 208 da Constituição Federal, porquanto se trata de direito fundamental social. 2) Tratando-se, a educação, de um direito social que figura entre os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal e, portanto, obrigação estatal, despiciendas as alegações de ausência de verbas ou de falta previsão orçamentária específica para o cumprimento, dado que o direito invocado não pode se sujeitar à discricionariedade do administrador. 3) Afasta-se a multa fixada para o caso de descumprimento da ordem judicial de fornecimento de vaga em creche municipal, porquanto já cumprida. (TJRS – AC 70017717802 – 8ª Câmara Cível – Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade – J. 11.12.2006, In *Interesse Público*, n. 40, nov./dez. 2006, p. 385.)

¹³⁵ MORAES, Germana de Oliveira; GARCIA, Natália Fontenele. Controle jurisdicional da Atividade Tributária. In *Interesse Público*, n. 26, 2004. Refere Paulo Bonavides, que “os direitos fundamentais constituem a base material da nova legitimidade – legitimidade que se deslocou da lei para aqueles direitos, e que doravante é, ou tende a ser, no Direito Constitucional contemporâneo, a fonte e a superintendência normativa de toda a Constituição”. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 38.

¹³⁶ FREITAS, Juarez. *Direito e lógica uma visão aberta...*, p. 80.

¹³⁷ SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.) *Jurisdição e direitos fundamentais*: anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 29. Uma abordagem dialética dos direitos fundamentais, ao se reconhecer uma parcela de eticidade na concepção de tais direitos, torna-se fundamental, enquanto trabalha com uma idéia de moralidade objetiva. No

caminha junto às críticas elaboradas ao formalismo e objetivismo jurídico, na medida em que formulam uma doutrina jurídica, marcada fortemente pela exclusão do componente axiológico do Direito. É preciso distinguir as coisas. A dimensão ética do Direito não significa a pregação de uma doutrina moral particular, mas o simples reconhecimento de um traço ontológico seu.

Normalmente, parece haver um constante conflito entre os direitos fundamentais, a serem assegurados e promovidos pelo Estado, e o interesse público, diretriz também a pautar a conduta do agente público. A ótica a ser aqui propugnada não antevê uma imediata e necessária rivalidade entre estes dois conceitos, mas uma noção de interação, no sentido de que a promoção de direitos fundamentais constitui verdadeiro interesse público¹³⁸. Interação, é bem verdade, que ocasionalmente origina tensão entre os interesses do Estado e interesses particulares, mas que no geral, se complementam.

É na convivência com os valores do Estado contemporâneo que os órgãos públicos devem pautar as suas atividades nos direitos fundamentais, pois se consubstanciam nas linhas guias do ordenamento jurídico. Sem esta perspectiva, tratar da legitimidade da ação estatal é chegar a lugares comuns já superados.

Com isto ganha peso a idéia de que a efetividade dos direitos fundamentais demanda a formulação e implementação de políticas públicas pelo Estado Social¹³⁹, e não

campo da moral, esta visão se dá na crítica que Hegel efetua ao formalismo kantiano, com o seu imperativo categórico, problemática estudada e exposta em livro pelo professor Thadeu Weber. Em resumo, a abordagem realizada nesta obra, destaca na crítica de Hegel a insuficiência do imperativo categórico como princípio supremo da moralidade, uma vez que prescinde da necessária referência a conteúdos determinados. Esta crítica revela, também, que Kant não se aprofunda ao nível da eticidade (ou moralidade objetiva), permanecendo, com o seu princípio supremo, ao nível da moralidade (ou moralidade subjetiva). Conforme o autor, a “tríade Direito, moralidade e eticidade, decompõe o formalismo e dá um caráter social e histórico ao ‘dever-ser’”. A esta problemática filosófica, portanto, recorre-se com o fito de propor uma análise superadora do formalismo no âmbito do Direito, uma vez que a própria idéia de direitos fundamentais e, também, de princípio da proporcionalidade, parecem indicar um caminho que percorre, na aplicação de princípios, os resultados e as conseqüências das ações estatais. Quando se aludiu ao controle do demérito e, agora, se acrescentam os direitos fundamentais como parâmetro da ação estatal (de modo especial quando qualificada como discricionária), quis-se mostrar, em analogia com esta abordagem, que a conduta do administrador público há de ser vista por um prisma objetivo, isto é, a apreciação do mérito do ato, ainda que se considere parcela intransponível pelo judiciário, há que reconhecer elementos tais como o resultado e as conseqüências, que se mostram, neste ponto, critérios para o julgamento da juridicidade dos atos administrativos. Aqui, ganha atualidade a crítica de Hegel ao formalismo kantiano, em que pese, a conciliação proposta pelo professor Weber, mostrando a complementaridade das abordagens filosóficas dos dois autores. WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, p. 94 e ss.

¹³⁸ SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos..., p. 52.

¹³⁹ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In *Interesse Público*, n. 16, 2002, p. 55-58, o Estado Social é “aquela espécie de Estado Dirigente em que os Poderes Públicos não se contentam em produzir leis ou normas gerais, mas guiam efetivamente a coletividade para o alcance de metas predeterminadas”, Estado no qual a política, considerada como atividade, engloba

meras práticas absenteístas¹⁴⁰. Efetivar os direitos fundamentais é tarefa que o administrador público bem realiza com uma mínima consciência hermenêutica.

É preciso que o administrador público reconheça-se como intérprete do Direito, como positivador do ordenamento, porém, não como o último a fazê-lo. Esta consciência que se lhe pede, do ponto de vista metodológico, requer, também, o conhecimento de que a atuação da Administração Pública lida continuamente com a hierarquização de valores¹⁴¹, que se manifestam de modo prático nas implicações entre os diferentes direitos fundamentais dos administrados.

Para tanto, parece oportuno dizer que além de não se apoiarem em raciocínios formalistas do Direito, as diversas escolhas que a Administração realiza cotidianamente devem primar pelo caráter tópico e sistemático da interpretação jurídica, a saber, devem, acompanhar a evolução histórica de cada direito fundamental implicado a partir de suas decisões e reconhecer na jurisprudência padrões de condutas quanto à delimitação dos direitos fundamentais. Isto não implica dizer um seguimento indiscriminado dos direitos fundamentais tal qual plasmados nos acórdãos dos Tribunais, mas a consideração destes na formação do conhecimento prático jurídico administrativo.

Diz-se comumente no meio jurídico que os direitos são aquilo que os tribunais dizem que são. Esta visão parece ser parcialmente adequada, ao passo que também os tribunais não são proprietários da verdade jurídica, que não se deixa apreender definitivamente por nenhum jurista, órgão administrativo ou tribunal. Lembre-se a idéia de que ninguém julga de um ponto acima da história, sem que seja fruto e sofra os efeitos desta.

Vale dizer, que a história dos direitos (de cada direito) fundamentais é a história da contínua tensão que estes possuem entre si, acompanhada das sucessivas conquistas e reconhecimentos que gozam nas decisões dos tribunais, legitimados democraticamente para a função de controladores dos parâmetros jurídicos da atuação estatal em seus diferentes serviços e funções. Note-se, porém, que os controladores também não criam o Direito a partir do zero, senão que encontram no sistema jurídico parâmetros para a adequada resolução das

normas e atos, em vista de um fim, ocorrendo situações em que uma lei, um ato é declarado inconstitucional, sem que a política em si o seja.

¹⁴⁰ SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos..., p. 53.

¹⁴¹ Para o tema da hierarquização de valores (axiológica), ver o item 2.5.

interpretações a que estão funcionalmente obrigados a realizar: as regras, os princípios e valores.

Postas estas idéias gerais, conclui-se parcialmente pela possibilidade de, contemporaneamente, os direitos fundamentais servirem de parâmetro para a contínua delimitação da liberdade da Administração Pública na fruição de seus poderes. Feitas estas considerações preliminares é preciso averiguar melhor o sentido e a forma de vinculação dos direitos fundamentais, com especial referência à Administração Pública.

2.4.2 Vinculatividade dos órgãos públicos

No ordenamento jurídico pátrio, poder-se-ia dizer, há uma vinculação entre a proclamação dos direitos fundamentais, representados pelas disposições expressas, e a Administração Pública¹⁴². Esta vinculação não resta evidente, sendo fruto de interpretação, pois a Constituição se limitou a proclamar a imediata aplicabilidade destes direitos, sem uma expressa menção à vinculação das entidades públicas e privadas.

É pacífica na doutrina a vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais. Diversamente, as dúvidas e compreensões díspares se instauram quanto à forma e alcance da vinculação¹⁴³.

A posição que parece mais defensável atualmente é a de que todos os direitos e garantias são direta e imediatamente vinculantes¹⁴⁴. Deste posicionamento derivam não só a vinculatividade dos poderes estatais, mas o reconhecimento de que os direitos fundamentais não são simples declarações políticas, possuindo sim um *status* jurídico, o que lhes permite figurar como parâmetro da atuação da Administração Pública, não excluindo a vinculação que exercem sobre os outros órgãos estatais.

Conferir aos direitos fundamentais essa qualificação jurídica significa não endossar o entendimento que vê nos direitos sociais, por exemplo, simples desejos ou

¹⁴² Cf. LORENZO, Wambert Gomes Di. Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial. In *Direito & Justiça*, ano XXVII, v. 31, n. 1, p. 195, o princípio da tutela é um direito fundamental, e se insurge em face do mérito ou da discricionariedade.

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 386.

¹⁴⁴ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 438. Ver, também, DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais. In SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.) *Jurisdição e direitos fundamentais*: anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 84.

programas políticos. A designação de um direito a ser promovido pelo Estado como programa político, não lhe retira a dimensão jurídica.

Justamente, uma das características da fundamentalidade dos direitos assegurados constitucionalmente e tidos como conquistas históricas é a sua blindagem constitucional, blindagem jurídica, reforçada pela previsão da disposição do art. 60, §4º, IV, da Constituição¹⁴⁵, que impede a possibilidade de reforma constitucional que viole os direitos fundamentais. Ao torná-los cláusulas pétreas, lhes retira, ao menos no seu núcleo essencial, fora do comércio político, das contingentes tendências das massas manipuláveis e do sentimento de intolerância ao pluralismo social.

Os direitos fundamentais vinculam a Administração e atuam juridicamente, como verdadeiras regras de ouro, que preservam o Estado Democrático de Direito, inclusive, contra os seus próprios abismos, na medida em que não se reconhece regimes perfeitos, sobretudo pela atual supremacia dos interesses econômicos, decorrente do processo de mundialização¹⁴⁶ com o qual se vive. Sem se querer ir mais adiante neste tema, visto que não constitui objeto central do trabalho, é preciso recordar de que a democracia é uma expressão que pode ser compreendida em diferentes significações, a par de possuir características próprias. Mas o que se quer é, principalmente, destacar que está em constante processo de renovação e, sobretudo, de efetivação e implementação, na medida em que o próprio ser humano vai historicamente descobrindo e aperfeiçoando a sua dimensão política.

A partir do exposto, é possível avançar em parte dos problemas que a temática oferece, constatando-se que a ampla gama de direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, sugere que estes não vinculam com a mesma intensidade o poder público. Esta situação favorece uma certa liberdade de atuação do administrador, na medida em que este se

¹⁴⁵ O referido artigo da Constituição Federal, ao disciplinar as hipóteses em que se permite a sua própria modificação mediante a utilização de emendas, textualmente diz que: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais”.

¹⁴⁶ Neste contexto, vide artigo de MOLINARO, Carlos Alberto. Da Crítica à Crise do Direito Político (Pós)Moderno. In *Direito & Justiça*, v. 33, n. 2, dez. 2007, pp. 174. O autor descreve a crise em que se encontra a política (e a própria democracia, pode-se complementar), identificando a impossibilidade de um conceito uniforme desta, ressaltando, porém que hoje a política é encarada como o campo do conflito de interesses econômicos, atividade desenvolvida num espaço de tensão e conflito. Nota-se, com esta crítica, uma redução da política ao aspecto econômico. Neste sentido, propõe uma política que supere as pressões econômicas como únicos fluxos que dão as cartas do jogo. Esta recuperação, segundo o autor, passa pela recuperação de uma democracia radical, no sentido de se assumir coletivamente o destino da sociedade, o que passa pela criação de uma “cultura pública participativa”. O autor ainda cita como fatores da recuperação da política a necessidade de o Estado não se desprender dos instrumentos básicos para regular e de uma utopia, uma capacidade de pensar outros futuros, cenários, outros horizontes.

vê responsável pela efetivação de pautas políticas, postas pelos direitos fundamentais, a reclamarem, simultaneamente, aplicação.

Para ilustrar esta idéia, pense-se nos direitos sociais. Estes são considerados direitos com eficácia direta e imediata, vinculante aos poderes públicos. Porém, não se lhes pode atribuir, na prática, o mesmo peso de parâmetro e diretriz para a aplicação e interpretação jurídica pelo administrador público, sobretudo quando contraposto a um direito de defesa.

Eis um aspecto que possibilita falar da dimensão principiológica dos direitos fundamentais e da necessária maturidade hermenêutica do intérprete-administrador. Estas asserções de maior ou menor efetividade dos direitos, conforme o tipo de direito que se encontra em jogo, requer do administrador público uma adequada ponderação ou hierarquização axiológica, justamente com vistas à aplicação. Em consonância com estas idéias, a doutrina desenvolveu teorias a respeito das limitações porque devem passar os direitos fundamentais, que informam a busca da ótima solução para o caso concreto.

2.4.3 Limitações aos direitos fundamentais

Traçar um plano de exposição dos direitos fundamentais é tarefa que traz consigo uma exposição dos limites, na medida em que definir o âmbito de atuação passa pela exposição dos limites e âmbitos sobre os quais não há proteção jusfundamental. As limitações que se podem dizer admissíveis a estes direitos devem se inserir em um quadro articulado de procedimentos para que não se infrinja o seu núcleo ou conteúdo essencial.

Preliminarmente, é importante o enquadramento deste tipo de abordagem em que se trata dos limites aos direitos fundamentais. Segundo Dimitri Dimoulis, pode-se distinguir três tipos de abordagens dos direitos fundamentais. A primeira abordagem, indica o autor, é de tipo *retórica*¹⁴⁷, em que se evidencia uma atitude de exaltação da prevalência dos direitos e valores por ele expressos. Reside nesta abordagem o problema de indicar, de modo fundamentado, quais direitos são fundamentais e porque prevalecem em cada caso concreto e quais as formas de sua implementação. A segunda abordagem consubstancia-se como

¹⁴⁷ DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais..., p. 71-72.

*superficialmente democrática*¹⁴⁸. O autor propõe para esta a atitude de constatação da importância de se satisfazer simultaneamente todos os direitos proclamados constitucionalmente, e posterior auto-restrição no sentido de aguardar a solução do legislador ordinário. E a terceira abordagem categorizada é a de *natureza jurídico-conceitual*¹⁴⁹. Trata-se de uma abordagem que busca analisar os direitos fundamentais em sua configuração jurídica e oferecer instrumentos para resolver conflitos.

Examinar elementos de limitações aos direitos fundamentais, pelo que tudo indica, enquadra-se no perfil da abordagem de natureza jurídico-conceitual. Esta postura, que reconhece a dimensão jurídica dos direitos fundamentais é importante e traz consigo uma específica consequência, tanto para toda a sociedade quanto para a Administração Pública. Esta implica em passar da esfera da responsabilidade política para a jurídica. Neste passo, convém frisar que os parâmetros de averiguação da responsabilidade extracontratual do Estado ajudam e se entrecruzam entre os parâmetros de verificação da legitimidade das ações estatais, e, conjuntamente, dos limites legitimamente impostos ou não, aos direitos fundamentais.

É, portanto, reconhecendo a necessidade de ir além da mera proclamação dos direitos fundamentais, e também da importância da concretização e efetividade destes direitos, que se impõe falar nas limitações. Posto isto, são apresentadas duas espécies ou modos de limitações, as *limitações genéricas* e as *limitações casuísticas*¹⁵⁰.

Dentre as limitações genéricas, pode-se referir as limitações impostas por norma geral ou mesmo limitações constitucionalmente previstas, tais como o sistema de legalidade

¹⁴⁸ Cf. DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais..., p, esta concepção superficialmente democrática é postura que teve predominância na França por dois séculos e forte influência no pensamento constitucional mundial. Semelhante concepção despreza o valor jurídico do texto constitucional, declarando-o como manifestação política e tem por relevante juridicamente apenas a legislação infraconstitucional.

¹⁴⁹ Cf. DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais..., p. 72, ainda, esta terceira forma de abordar o tema dos direitos fundamentais, divide-se em três partes. Uma primeira, em que se definem conceitos básicos e se elaboram métodos de harmonização de direitos conflitantes, denominada *dogmática geral*; uma segunda, que analisa cada direito constitucionalmente garantido, individualmente considerado, ao modo de uma *dogmática especial*, e uma terceira forma de estudo, que aborda o problema das justificações filosófico-políticas dos direitos fundamentais, desempenhando um papel de uma *teoria dos direitos fundamentais*. Esta explanação parece estar conforme a visão aqui empreendida de direitos fundamentais e suas respectivas abordagens, entretanto, ressaltando-se o valor didático deste quadro, na medida em que a abordagem dos direitos fundamentais muitas vezes não possui estritamente uma separação rígida.

¹⁵⁰ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976...*, p. 277-278, “podem surgir os limites *em abstracto*, ao nível legislativo” e “surgem, seguramente, *nos casos concretos*, ao nível da aplicação do Direito”. DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais..., p. 88-91.

excepcional, da qual são exemplo o Estado de Sítio (art. 137, CF) e o Estado de Defesa (art. 136, CF), ou a previsão de legislação complementar para regulação de um direito constitucionalmente proclamado.

Porém, interessa aqui, especialmente, o tipo de limitação casuística – aquela que ocorre na resolução de casos concretos – diante da imensa realidade em que se encontram as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadores de serviço público, realidade de concretização do interesse público, concretização dos direitos constitucionalmente previstos e da legislação infraconstitucional. Diante desta situação, da necessidade de propor uma concordância prática frente à tensão em que se encontram os direitos fundamentais a serem concretizados, é que o administrador público tem como dois grandes aliados ou duas grandes ferramentas, a interpretação sistemática da Constituição e o princípio da proporcionalidade¹⁵¹.

Daí a importância do capítulo primeiro deste trabalho, que desenvolve um enfoque hermenêutico da discricionariedade administrativa. Neste momento, é possível uma melhor visualização da integração entre uma compreensão hermenêutica e de uma doutrina dos limites dos direitos fundamentais.

O valor do princípio da proporcionalidade como ferramenta para decidir sobre as limitações casuísticas é ponto a ser explicitado em seguida. Por ora convém firmar um pouco sobre os elementos da indicada interpretação sistemática da Constituição.

Uma primeira afirmação, já lugar comum, mas importante como preliminar afirmação no âmbito das limitações aos direitos fundamentais, é a de que os direitos não são absolutos¹⁵². Da necessidade de resolver casos concretos é que se admitem restrições aos referidos direitos, inclusive quando se ressalta o caráter principiológico destes.

Para contextualizar os aspecto interpretativo aqui a ser desenvolvido, pode-se dizer que a compreensão de interpretação desenvolvida no primeiro capítulo possui estreita relação com uma interpretação sistemática da Constituição.

Esta forma de empreender a interpretação jurídica vai ao encontro do que Gregorio Peces-Barba Martínez considera como uma das formas de aproximação do jurídico,

¹⁵¹ DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais..., p. 91.

¹⁵² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 275.

denominada de *sistemática aberta*. Este modo de conceber o jurídico relativiza a existência de uma única resposta correta, considera que o sistema jurídico está aberto, considera que a linguagem das normas é a natural, vaga e ambígua, e que o juiz não é a boca muda que pronuncia as palavras da lei, mas a completa e que razão e vontade estão presentes nesta forma de entender o jurídico¹⁵³.

Uma compreensão hermenêutica como esta dá margem a compreender-se viável a limitação dos direitos fundamentais. Pela via interpretativa, ao modo da interpretação sistemática, pode-se compreender que, considerando a não existência de uma única resposta correta para cada caso concreto, é necessário partir do pressuposto de que mais de uma (algumas) resposta pode ser encontrada dentro da moldura das regras jurídicas.

Tem-se também que as disposições jurídicas se apresentam invariavelmente em linguagem natural¹⁵⁴. Daí se pode inferir que, por construções doutrinárias, um direito fundamental, pronunciado na literalidade de idênticas expressões em diferentes ordenamentos, não possui o mesmo conteúdo ou não vincule exatamente no mesmo sentido, visto que a dimensão espacial dos direitos fundamentais também contribui para a hierarquização tópico-sistemática.

É preciso, ainda, ressaltar que a doutrina dos direitos fundamentais desenvolveu a idéia do limite dos limites dos direitos fundamentais. Esta necessidade é fruto de propor esquemas que possibilitem uma concordância prática ao se restringir direitos fundamentais. A partir deste tópico da doutrina dos direitos fundamentais se percebe que toda e qualquer restrição a um direito fundamental deve primar pela idéia de preservação máxima possível do direito a ser restringido. Sendo assim, fala-se em respeito à área de proteção dos direitos fundamentais, que não pode ser restringida sem limites.

Um dos critérios materiais que se levantam a favor da idéia de restrição limitada é o da dignidade da pessoa humana. Especial destaque ganha o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, que está à base da proteção de outros direitos fundamentais e serve também como justificação para a própria imposição de restrições aos direitos fundamentais¹⁵⁵. Tratando especificamente da restrição deste direito, Ingo Sarlet refere a

¹⁵³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Univ. Carlos III de Madrid, 1995, p. 574.

¹⁵⁴ GUASTINI, Riccardo. *Problemas de interpretación...*, p. 121-131.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed .rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 123-125.

possibilidade de um conflito entre as dignidades de pessoas diversas, situação que também impõe o estabelecimento de uma concordância prática, resolvida pela via de uma hierarquização ou ponderação dos bens em colisão, no caso da dignidade, do mesmo bem jurídico.

Outro importante critério que se desenvolveu está na idéia de proteção ao núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais¹⁵⁶. Segundo esta idéia, toda restrição aos direitos fundamentais, não podendo ser ilimitada, deve preservar um reduto último, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, sem o que não se estaria a preservar a proteção em comento, em total aniquilamento de um direito fundamental, o que é, para dar um exemplo, vedado constitucionalmente. Dentro desta temática se observam disparidades em relação ao que seria esta proteção, entretanto cabe ressaltar a importância que esta idéia tem ao fixar com inteligência a impossibilidade de restrição total de um direito fundamental.

Conforme Dimitri Dimoulis¹⁵⁷, o principal instrumento utilizado para avaliar a conformidade constitucional da intervenção na área de proteção de um direito fundamental é o princípio da proporcionalidade, princípio este amplamente estudado na Alemanha e recepcionado pela doutrina e jurisprudência brasileira. Deste princípio e de sua contribuição para o tema das restrições aos direitos fundamentais, trata-se a seguir, pela extrema influência e importância que este princípio traz consigo para a interpretação jurídica, visto muitas definições e doutrinas como a do respeito ao núcleo essencial reconduzirem a este princípio. Assim, Ingo Sarlet lembra que a violação do núcleo essencial sempre e em qualquer caso será desproporcional¹⁵⁸.

2.4.4 Princípio da proporcionalidade

Como nota preambular à exposição do princípio da proporcionalidade, também conhecido como proibição de excesso¹⁵⁹, convém ressaltar que, assim como não há direito absoluto, as restrições aos direitos fundamentais não são ilimitadas¹⁶⁰. E é neste contexto, em que a restrição dos direitos também é limitada, ao se manifestar a importância da interpretação

¹⁵⁶ O núcleo essencial dos direitos fundamentais não goza de garantia expressa na Constituição Federal, em que pese ser reconhecida doutrinariamente. SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana...*, p. 123-125.

¹⁵⁷ DIMOULIS, Dimitri. *Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais...*, p. 91.

¹⁵⁸ SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana...*, p. 123-125.

¹⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição...*, p. 267.

¹⁶⁰ DIMOULIS, Dimitri. *Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais...*, p. 91.

sistemática do Direito, que o princípio em questão aparece como grande aliado da compreensão hermenêutica aqui esboçada.

Amplamente estudado na Alemanha¹⁶¹, o princípio da proporcionalidade consagrou-se a partir das formulações jurisprudencial e doutrinária germânicas, primeiramente no campo do Direito Administrativo, mais especificamente nos lindes do poder de polícia¹⁶², evoluindo a ponto de ser objeto de estudo e aplicação em outros contextos jurídicos, de modo particular, no domínio do Direito Constitucional¹⁶³.

Importante relação entre discricionariedade e o princípio da proporcionalidade se dá em Canotilho, ao asseverar que “a administração deve observar sempre, nos casos concretos, as exigências da proibição do excesso, sobretudo e principalmente nos casos em que dispõem de espaços de discricionariedade ou de espaços de livre decisão”¹⁶⁴.

Reitera o jurista português, ainda, a idéia de que o princípio da proporcionalidade configura também proibição por “defeito ou por insuficiência”, situação evidenciada quando as autoridades, sobre as quais recai o dever de proteção, adotam medidas insuficientes para garantir os direitos fundamentais, restando violado o princípio¹⁶⁵.

Conforme constata o professor Paulo Bonavides, há uma identificação entre controle da proporcionalidade e controle da constitucionalidade, sendo que “fica assim erigido em barreira ao arbítrio, em freio à liberdade”¹⁶⁶. A esta consideração pode ser acrescentada a de que atualmente o controle da atividade administrativa se circunscreve invariavelmente no âmbito do controle de constitucionalidade¹⁶⁷.

¹⁶¹ DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais..., p. 91.

¹⁶² Sobre a origem no direito administrativo e sobre a influência das doutrina e jurisprudência alemã, Bonavides afirma: “os alemães chegaram tarde, caminhando do Direito Administrativo par ao Direito Constitucional, mas aqui se alojaram com tamanho ímpeto renovador e originalidade de posições doutrinárias que sem eles o princípio da proporcionalidade no direito continental europeu dificilmente teria logrado a dignidade de um princípio da Constituição, do Estado de Direito e da salvaguarda dos direitos fundamentais”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 407.

¹⁶³ MORAES, Germana de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Administração Pública...*, p. 82. A autora refere o contexto no qual o princípio da proporcionalidade consta fortemente embasado no âmbito da jurisprudência, ao afirmar: “ainda que seja hoje considerado um princípio de estatura constitucional, a jurisprudência continua a ser a fonte mais importante do princípio da proporcionalidade nos países europeus, sendo raros os ordenamentos jurídicos nos quais se tenha positivado, quer na Constituição, quer em leis administrativas”.

¹⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição...*, p. 272.

¹⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição...*, p. 273.

¹⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 400.

¹⁶⁷ MORAES, Germana de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Administração Pública...*, p. 84. Cf. a autora “a partir do momento em que o princípio da proporcionalidade passou a ter valor constitucional, generalizou-se a

Princípio que, nas palavras de Germana de Oliveira Moraes, tornou-se um “axioma do direito constitucional, corolário da constituição e cânone do estado de Direito, vocacionado a limitar toda atuação estatal, inclusive a administrativa, atentatória aos direitos fundamentais”¹⁶⁸.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade não consta no corpo do texto constitucional expressamente formulado. Foi recepcionado pela doutrina brasileira, que o reconhece como princípio que “flui do espírito que anima o §2º do art. 5º, o qual abrange a parte não escrita ou não expressa dos direitos e garantias”¹⁶⁹. Na jurisprudência veio a ser utilizado como técnica de controle dos atos administrativos ou de controle constitucional dos atos legislativos, sem referência explícita ao princípio. Mais recentemente, começou a ser mencionado explicitamente como critério para a interpretação e julgamento da constitucionalidade. Ressalta-se, inclusive, o fato de que no Brasil o princípio da proporcionalidade, em sua origem, foi consagrado no domínio do Direito Constitucional¹⁷⁰, diferentemente de suas origens tedescas.

Ao referir-se o valor do princípio da proporcionalidade como critério do juízo de constitucionalidade, imprescindível declinar que este se subdivide em três aspectos, três dimensões que dão sentido e conteúdo ao princípio. Falar em proporcionalidade é falar em *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*¹⁷¹.

Compreende-se que a medida que tende a limitar a efetividade dos direitos fundamentais será *adequada* quando, por sua natureza, for apropriada e idônea à obtenção do resultado almejado. Fala-se aqui, então, de aptidão da medida a ser implementada a atingir o resultado previsto. A *necessidade*, por seu turno, busca uma otimização, no sentido de que se um tipo de limitação aos direitos fundamentais pode ser obtido por mais de um meio, opte-se

ponto de abranger toda a atividade de administração, e não mais apenas a de polícia, e ainda toda a atividade do legislador”.

¹⁶⁸ MORAES, Germana de Oliveira; GARCIA, Natália Fontenele. Controle jurisdicional da Atividade Tributária..., p. 131. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 397.

¹⁶⁹ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 436. No mesmo sentido, MORAES, Germana de Oliveira Moraes. *O Controle Jurisdicional da Administração Pública...*, p. 134-135. Reza a disposição constitucional: § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹⁷⁰ MORAES, Germana de Oliveira Moraes. *O Controle Jurisdicional da Administração Pública...*, p.135.

¹⁷¹ Este é o tríplice teste ou três subprincípios ou, ainda, três máximas parciais, que conjugados formam o que contemporaneamente se entende por princípio da proporcionalidade. É uma referência constante nos autores que se ocupam deste princípio. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 396-398; MORAES, Germana de Oliveira *O Controle Jurisdicional da Administração Pública...*, p. 85; SARMENTO, Daniel. *Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos...*, p. 62.

sempre pelo meio menos gravoso, menos prejudicial à pessoa e à coletividade. E a *proporcionalidade em sentido estrito* é a relação de proporção entre meio e fim, ou seja, se as vantagens advindas da intervenção superam as desvantagens.

Percebe-se, portanto, sob a tríplice vertente que o princípio da proporcionalidade contribui decisivamente para o aprofundamento da sindicabilidade judicial dos atos administrativos¹⁷². Pelo que se escreveu, evidencia-se a necessidade de toda conduta do administrador público passar pelo “teste” de proporcionalidade.

2.4.5 Direito fundamental à boa administração pública

Para ajustar o discurso dos direitos fundamentais, da proporcionalidade e da discricionariedade administrativa, sob o enfoque hermenêutico inicialmente proposto, convém destacar a obra *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, em que o professor Juarez Freitas propõe uma nova abordagem, integrando diferentes enfoques sob a ótica da melhor atuação administrativa. Pode-se dizer que esta obra, que apresenta ponderações defensáveis, sintetiza uma gama de questões inerentes aos temas descritos, sob uma ótica à qual se ajustam as considerações hermenêuticas desenvolvidas no primeiro capítulo.

O direito fundamental à boa administração pública, nas palavras do autor, para que não se perca o sentido da exposição, pode ser assim sintetizado:

“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”¹⁷³.

¹⁷² A título exemplificativo, Fábio Konder Comparato expõe genericamente alguns tipos de atuação administrativa em que se procede contrariamente ao princípio da proporcionalidade. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In *Interesse Público*, n. 16, 2002, p. 60.

¹⁷³ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20. Não desenvolve, à sua época, este direito fundamental, mas já dá pistas da possibilidade desta abordagem Hely Lopes Meirelles, ao escrever que “mesmo quanto aos elementos discricionários do ato há limitações, impostas pelos princípios gerais do Direito e pelas regras da boa administração, que, em última análise, são preceitos de moralidade administrativa”L. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 120.

O direito fundamental à boa administração pública é conceito chave, do qual, pode-se dizer, derivam outros tantos direitos com caráter de fundamentalidade. Em termos semelhantes, o autor o considera “um lídimo plexo de direitos encartados nessa síntese, ou seja, o somatório de direitos subjetivos públicos”¹⁷⁴. É a partir daí que no conceito do autor se abrigam outros direitos: a) o direito à administração pública transparente; b) o direito à administração pública dialógica; c) o direito à administração pública imparcial; d) o direito à administração pública proba; e) o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada, f) o direito à administração pública eficiente e eficaz, além de econômica e teleologicamente responsável.

Todos estes direitos se consorciam, de modo não exclusivo, dentro do conceito do direito fundamental à boa administração pública, admitindo-se outros direitos, pois estes representam apenas “*standard* mínimo”. E a partir da introdução deste direito fundamental no direito brasileiro, direito síntese, permitem-se novas angulações sobre outros tantos pontos do Direito Administrativo.

A primeira nova angulação proposta é a renovada visão sobre o *dever de motivação dos atos administrativos*¹⁷⁵, como imprescindível etapa de toda e qualquer ação estatal. Ao vincular o administrador público, os direitos fundamentais se erguem como deveres para este, e lhe impõem, de modo reiterado, o dever de motivar os atos administrativos. Certa novidade, neste aspecto, está em constatar que os atos, considerados tradicionalmente discricionários, também precisam ser bem motivados, o que exclui a mera referência a disposições, seja de ordem constitucional seja de ordem infraconstitucional, porque as normas, como resultado da interpretação¹⁷⁶, não se admitindo também a subsunção mecânica, são produzidas num procedimento que envolve etapas cognitivas e volitivas.

É preciso uma mudança de atitude do administrador público, que leve em consideração uma nova ótica da discricionariedade e da vinculação administrativas, comprometido não em utilizar o termo “discricionariedade” como defesa e sinônimo de “imunidade”, mas que compreenda que as situações que envolvem maior discricionariedade para a escolha das várias opções que se lhe apresentam, e por este motivo, merecem maior e

¹⁷⁴ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa...*, p. 20.

¹⁷⁵ Na obra comentada o autor reconhece ser necessário introduzir a “era da motivação”, ao referir-se aos atos administrativos, embora reconheça que longe está de assegurada. FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa...*, p. 48.

¹⁷⁶ Neste sentido, Juarez Freitas fala que a rigor, só existe o *mediatamente normativo*, uma vez que ineliminável a mediação hermenêutica. FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa...*, p. 55.

melhor fundamentação. Esta é a relação que se instaura, no Estado de Direito contemporâneo, entre a liberdade de atuação da administração pública e o dever de motivar, especialmente se levado em conta que a atuação estatal envolve, muitas vezes, limitações aos direitos fundamentais.

Esta mudança de atitude indica que a motivação a ser dada pelo agente público não pode ser, simplesmente, aquela referente à coerência das premissas, conforme já explanado, a motivação interna. É preciso ver no direito a ser aplicado algo a mais que simples conexões lógicas ou relações entre formas, sim parte da vida que interpela a todos, e, aqui, especialmente, o administrador público a fazer escolhas satisfazendo de modo hierarquizado às necessidades coletivas. Para tanto, evidente que o administrador, inclusive em caso de omissão, faz escolhas, ou as deixa de fazer, a par de critérios extralógicos, diga-se, valorativos.

E é neste ponto que a motivação atinge o seu ponto central, e esta consciência indica a exposição certa desta valoração, isto é, a justificativa da escolha das premissas. Este é também um dos pontos emergentes do que o professor Juarez Freitas chama de era da motivação administrativa.

Esta idéia de motivação é que deve permear o comportamento do administrador, a começar pelas pessoas que lhe fazem consultoria, as procuradorias dos estados. Parece evidente que é o administrador que tem o poder de decisão, mas municiado de bons pareceres poderá encontrar bom suporte para uma adequada motivação. A referência ao trabalho a ser desenvolvido pelas procuradorias, conduz à lembrança de que estes órgãos possuem autonomia técnica, o que sugere orientar os administradores na prevenção de conflitos desnecessários, evitando a acumulação danosa de condenações, quando há evidente e irrecusável razão à parte contrária¹⁷⁷.

É de se recordar, também, que uma das ótimas implicações que uma boa motivação possui é a de que o administrador, ainda que se esteja na esfera do mérito do ato administrativo, vincula-se à motivação dada. Segundo a inicial abordagem hermenêutica e na tentativa de uma recíproca influência, pode-se dizer que a motivação deve encontrar

¹⁷⁷ Cf. LUGON, Luiz Carlos de Castro. *Ética da Administração Pública em Juízo*. Porto Alegre: (Dissertação de Mestrado) - PUCRS, Faculdade de Direito, 2006, p. 203-204. Acrescenta o autor que “a autoridade administrativa que age com espreque em parecer jurídico bem fundamentado resguarda-se de qualquer condenação posterior”.

correspondência na “coisa” em questão, ou seja, se referir ao “objeto”. Em termos de interpretação jurídica, diz-se que a motivação tem de encontrar respaldo no texto e nos fatos, eis, portanto, a “coisa” o “objeto” pelo que deve guiar-se o intérprete.

Assim é que se permite falar em Administração Pública transparente e, também, em controle aprofundado, visto que se afugenta a idéia de puro subjetivismo, inacessível, ao se tratar de interpretação pela administração pública, sobretudo quando em xeque a discricionariedade administrativa. Note-se que não se requer uma motivação plena com a finalidade de lhe substituir o critério. Esta seria uma medida simplista e atentatória à esfera autônoma administrativa. O que se requer é, na exteriorização da hierarquização procedida, possa-se precaver, por esta via, do comentado demérito.

O direito fundamental à boa administração pública, conforme exposto, repercute na releitura que se há de fazer da responsabilidade do Estado. Diz Juarez Freitas que “o exercício da discricionariedade administrativa pode resultar viciado por abusividade (arbitrariedade por excesso) ou por inoperância (arbitrariedade por omissão)”¹⁷⁸.

A reflexão se desenvolve no sentido de que ambos os casos referidos violam o princípio da proporcionalidade e que toda desproporção, tanto o excesso quanto a omissão, caracterizam violações ao princípio e, por isso, devem ser consideradas antijurídicas¹⁷⁹. Aqui ressurge novamente o valor do princípio da proporcionalidade.

Este princípio consegue fazer, junto com as idéias apresentadas de discricionariedade e hermenêutica, uma síntese frutífera. A conjugação destes temas permite: a) revelar que o controle dos atos administrativos é controle de constitucionalidade, visto a larga utilização do princípio da proporcionalidade em sede constitucional, b) superar a lógica formalista de tudo reconduzir a estrita legalidade, pois revela a vinculação jurídica também aos princípios, superado o paradigma do mero controle de legalidade pelo do controle de juridicidade, c) tratar do aprofundamento – não mero aumento, ou redução da discricionariedade – do controle da discricionariedade, antes compreendida no âmbito da atuação imune a ressalvas, d) dar respostas corretas em conformidade com os reclames jurídicos e sociais do tempo presente, visto que o princípio da proporcionalidade – e os outros princípios também – apresenta-se em uma fórmula que respeita a situação ou panorama

¹⁷⁸ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa...*, p. 62.

¹⁷⁹ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa...*, p. 62.

hermenêutico das diferentes comunidades dos intérpretes que constantemente dão vida ao Direito.

Para que não se perca o alcance e a extensão desta enunciação do direito fundamental à boa administração pública, é de se referir que este produz, ainda, uma releitura dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação dos atos administrativos e do poder de polícia administrativa.

A título ilustrativo, refere-se aqui que o instituto da autorização de serviço público normalmente é tido como um puro ato discricionário e precário¹⁸⁰. A releitura da discricionariedade, a partir do direito fundamental à boa administração pública, que requer sempre uma atuação proporcional da Administração Pública, está a indicar que não se trata de uma pura liberdade, como se faz pensar¹⁸¹. Tanto é assim que a lei 9.472, em seu artigo 144, trata deste tema, tornando necessário um procedimento prévio para o caso de extinção da autorização. Assim, no respeito à totalidade dos princípios que devem ser sopesados, é que também se encontra outro motivo a não mais considerar simplesmente a autorização de serviços públicos como um ato precário.

Outra influência a ser referida é a que o direito síntese, em estudo, exerce sobre a visão de convalidação dos atos administrativos. Partindo-se do artigo 55 da Lei do Processo Administrativo, percebe-se que, na sua literalidade, este trata de facultar, em caso de defeitos sanáveis, sem acarretarem lesão ao interesse público, nem prejuízo a terceiros, a convalidação dos atos administrativos pela própria Administração. A influência que o direito síntese exerce tem o condão de explicitar que, em determinadas situações, – a aparência de legalidade, a

¹⁸⁰ Veja-se a respeito do instituto da autorização o que diz Diogenes Gasparini, *in verbis*: “É o ato administrativo discricionário mediante o qual a Administração Pública outorga a alguém, que para isso se interesse, o direito de realizar certa atividade material que sem ela lhe seria vedada. Por ser discricionário, não está o Poder Público obrigado a agir conforme a solicitação que lhe fora feita, ainda que o interessado tenha atendido a todos os requisitos legais. São dessa natureza os atos que autorizam a captação de água de rio público. Os direitos outorgados por essa espécie de ato são, em tese, precários. Em face dessa característica, a ninguém é dado exigila da Administração Pública, conforme decisão do STJ, proferida por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança n. 72-DF (DJU, 7 ago. 1989) ou impedir sua revogação (RT, 655:176).” GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo...*, p. 81.

¹⁸¹ Na obra bem lembra o autor contribuições de importantes juristas que não deixam impune esta exposição dogmática da autorização de serviço público. Inicia lembrando que Fritz Fleiner considerou que “a autorização de polícia industrial confere ao seu titular um direito subjetivo público e privado, que não pode ser revogado arbitrariamente, e em cuja posse tem de ser protegido”. A seguir, lembra das considerações que Otto Mayer fez no sentido de que “a revogação da autorização de polícia é, em princípio livre” reiterando, “somente em princípio”. A estas considerações, junte-se a que lembra que, ainda de Otto Mayer, certas autorizações “têm natureza de atos administrativos constitutivos”. Corroborar a idéia de que as autorizações são atos administrativos constitutivos, Hartmut Maurer. Estas contribuições estão a indicar que a precariedade e a discricionariedade estão sob forte crítica na doutrina. Cf. FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa...*, p. 80-82.

passagem do tempo, o respeito aos princípios da boa-fé e da confiança legítima – não é possível simplesmente desfazer os efeitos do ato, tornando-se imperativo o dever de convalidar¹⁸² o ato administrativo.

E nesta apresentação das aplicações do direito fundamental à boa administração pública ganha destaque também a revisão sobre o poder de polícia administrativa. A seguinte explanação ganha relevo: “No Estado Democrático o *exercício do poder vincula e responsabiliza*, porque nele os direitos fundamentais não são singelas expressões de contrapartida dos atribuídos ao Poder Público: configuram autênticos direitos fundadores do Estado”¹⁸³. Esta é uma área de atuação do poder público que requer a observância da totalidade dos direitos fundamentais, associada à idéia de regulação de direitos, vinculada ao direito fundamental à boa administração pública, com o, novamente, destacado uso do princípio da proporcionalidade, o que impede leituras e motivações formalistas, que defendam verdadeiras mutilações aos direitos fundamentais, com remissões à lei, numa ótica de contenciosidade.

¹⁸² É claro, lembra o Juarez Freitas, que a má-fé é vício autônomo e insanável. (87) É de se notar que não basta o simples transcorrer do tempo para que este dever de convalidar ganhe vida. É preciso um concurso de circunstâncias que demonstrem o dever de convalidar. Isto ocorre, no viés hermenêutico, ao se considerar o direito administrativo uma rede de princípios e regras, que merecem, todos, a devida consideração no momento de interpretação efetivação dos direitos. Cf. FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa...*, p. 85-88.

¹⁸³ Ainda, conforme o autor, destaca-se, ao ser referir ao poder de polícia, que “urge compreender que a limitação não-onerosa do exercício dos direitos apenas se justifica como derivação do imperativo maior de respeito à totalidade dos direitos fundamentais”. Cf. FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa...*, p. 88.

CONCLUSÕES

Sumariza-se, a partir de agora, aquelas conclusões que se mostraram pertinentes ao longo das diferentes problematizações que se procurou traçar, com o objetivo maior de destacar o problema central da pesquisa, saber da possível influência entre hermenêutica jurídica e discricionariedade administrativa, sabendo-se sempre da constante imparcialidade e finitude de qualquer trabalho que se pretenda histórico. Para tanto, passa-se a revisitar, de modo conclusivo, a abordagem realizada.

A premissa que guiou o texto foi a de propor uma visão hermenêutica que fugisse o quanto possível de teorizações positivistas e formalistas. Para tanto, é preciso romper com algumas (ou várias) idéias que possuem fluxo corrente no discurso dos juristas. Há que se precisar que estas abordagens do jurídico não servem e não dão resposta adequada às necessárias dúvidas que o Direito apresenta. Não se corrobora com idéias que engessam e enclausuram o Direito dentro de limites jurídicos-conceituais bem definidos em uma dogmática fechada. Este tipo de abordagem do direito não prospera.

Transpondo esta premissa metodológica em atos concretos, é de se ressaltar a importância da distinção entre disposição e norma, sem a qual não se transcende a uma concepção formal da interpretação. A norma é norma porque fruto de interpretação jurídica, que se extrai de um único artigo de lei, ou de vários, por exemplo, e da interação que a disposição comporta com o mundo, mediação entre um texto plurissignificativo e outros elementos que compõem a esfera de aplicação da norma, mas que também agem no momento de sua própria definição. Assim, considerar norma uma disposição se revela um tendência formalista de interpretação.

Outro destaque interpretativo se dá à idéia de que a aplicação do direito é um ato que se reduza a um puro silogismo. Não é assim que se dá com o Direito. O silogismo participa em um determinado momento, aquele que ocorre na conjugação das premissas, estipulado, anteriormente, pela hierarquização axiológica, que contribui decisivamente para o que já é notado em muitos autores: não se aplica ao Direito uma visão mecanicista, de lógica conceitual-dedutivo para dizer do(s) fator(es) decisivo(s) em decisões jurídicas. Propositivamente, fala-se, então, da necessidade de uma concordância entre as premissas, de

uma justificação interna (momento em que pode atuar a dedução silogística), e de uma justificação externa (momento decisivo e hierarquizador).

O esclarecimento em questão contribui também para não se crer que interpretar é simplesmente conhecer ou reconhecer o significado objetivo dos textos jurídicos, mediante uma idéia metafísica de racionalidade e/ou a objetivação de espírito do legislador. Interpretar é transformar disposições em normas, no cotejo com a valoração dos fatos que se apresentam problemáticos, tendo como ponto inicial uma categorização de sentido e valor que postula posterior confirmação.

A categorização de sentido e de valor que o intérprete – este não é tábula rasa – realiza ao abordar um texto jurídico é feita em vista de um caso concreto, de uma idéia de aplicação a sua realidade própria. Esta categorização ou projeto interpretativo deve encontrar respaldo no texto e no contexto, eis o procedimento do círculo hermenêutico. No âmbito jurídico esta validação do projeto interpretativo se dá inicialmente reconhecendo a ação das pré-compreensões, a partir da postura de suspensão destas: o conhecimento dos precedentes judiciais, dos suportes doutrinários, das relações que se traçam entre diferentes direitos, dos textos legais, da Constituição, das possíveis conseqüências que resulta de dita interpretação. Estes são alguns elementos que contribuem para a revisão das pré-compreensões.

A verdade não é alcançável pela eleição de um método interpretativo, motivo pelo qual do intérprete sempre se requer contínua revisão da interpretação realizada, segundo o círculo hermenêutico, revisão que, teoricamente, vai ao infinito, posto que se compreende este procedimento a possibilidade positiva do conhecer mais originário, situação que conduz a um melhor conhecimento das possíveis fontes de pré-compreensões. Permite-se, assim, legitimar as mudanças de compreensão pelas quais a jurisprudência.

No discurso das fontes, o texto surge como a “coisa” ou o objeto a ser respeitado em sua alteridade, atitude que distancia a crítica de excessivo subjetivismo do intérprete.

Toda interpretação deve considerar a história em sua elaboração, isto é, incluir a historicidade no próprio pensar o compreender. Apenas assim se poderá falar em distância temporal como fator positivo para o conhecer e influência da história dos efeitos na compreensão. Desta forma as pré-compreensões se tornam, paulatinamente, mais evidentes e o intérprete vai ganhando novos horizontes.

Um dos pontos fundamentais para uma abordagem hermenêutica, relacionada a qualquer tema, é a de que a compreensão sempre tem em vista uma aplicação daquilo que se está a compreender. A interpretação é um processo unitário, eis ponto que merece especial destaque.

Aproximando a hermenêutica filosófica da hermenêutica jurídica, é possível dizer que o Direito oferece uma boa ilustração da compreensão como processo unitário. Pois, é sempre em vista de um caso concreto que se faz uma interpretação de uma lei, ainda que hipoteticamente. O Direito, portanto, apresenta a idéia de aplicação de forma bem explícita.

O caso concreto, a ser resolvido pelo intérprete, pode apresentar situações antes não antevistas pelo conhecimento isolado das disposições, situação em que se evidencia a produtividade do caso concreto e se reconhece à interpretação jurídica a dimensão de uma atividade prática, exercida no campo da prudência, em que não basta o conhecimento conceitual-abstrato.

O “método” (ou postura) a ser adotado pelo intérprete na busca de verdades deve ser essencialmente dialética, de recusa de verdades acabadas, de permanência flutuante da tradição e outras formas de autoridade, todas fontes de pré-compreensões. Esta postura propõe a abdicação das próprias posições quando, na argumentação, resultarem em aporias, o que se requer com uma idéia de racionalidade intersubjetiva, historicamente condicionada, mas, também, historicamente aberta. Para tanto, em respeito a esta postura dialética e dialógica, está a pluralidade de métodos a contribuir para uma pesquisa aberta a sucessivas revisões.

Considerando o Direito como rede (totalidade) axiológica e hierarquizada topicamente de regras, princípios e valores, é possível notar que é justamente a hierarquização ou balanceamento axiológico – não se trata de método, mas de metracritério – o momento decisivo em que se elege o(s) ponto(s) que prevalecerá(ão) numa dada interpretação, por isso a ênfase à justificação externa, em que se expõe o motivo da eleição das premissas.

Assim, toda ponderação ou hierarquização normativa, ao dar cabo de um problema concreto, em que se dá ênfase a um ou alguns princípios, regras ou valores, atualiza o sistema inteiro, eis que interpretar uma regra ou um princípio é interpretar o sistema inteiro, aplicação da totalidade do Direito.

Expostas estas considerações, de acordo com a concepção jurídica do sistema, isto é, do Direito, importante afirmar a interpretação jurídica como atividade eminentemente prática, exercida no campo da prudência. Com estas idéias, ganha destaque a mediação do intérprete jurídico, indispensável à concretização jurídica.

A adequada visão hermenêutica, supera a visão formalista, leva em conta a atuação das pré-compreensões do intérprete, não se deixa confundir a interpretação e os métodos interpretativos. Tudo isto, contribui para assertiva de que é na hierarquização axiológica que reside o decisivo em termos jurídicos, e, com isto, permite uma correta abordagem da discricionariedade administrativa, não mais considerada a inevitável zona de imunidade do aplicador do Direito, numa visão fatalista.

As considerações hermenêuticas realizadas até então permitem uma nova visão da discricionariedade administrativa. Discricionariedade e vinculação são duas realidades que integram os atos administrativos. A discricionariedade não é o espaço imune ao controle jurisdicional. Também, o controle jurisdicional não pode significar sempre revisão judicial da escolha administrativa, sob pena de substituição indevida. A vinculação não é só vinculação à legalidade, posto que não só de regras se forma o sistema jurídico, mas vinculação ao sistema, totalidade princípios, regras e valores. Eis a superação da vinculação somente à lei, numa supervalorização do princípio de legalidade.

A discricionariedade administrativa aparece, então, como liberdade de atuação do agente público, competência¹⁸⁴ (não mera faculdade) em razão de uma função exercida, atribuída em razão de diferentes fatores. Surge em razão da interpretação jurídica, mas sem com esta coincidir, pois o administrador público não trabalha com a lógica do tudo ou nada nem no campo das regras, como o discurso comum parece acreditar. Pode advir da resolução da plurissignificação dos termos utilizados na linguagem das fontes, mas também com esta atividade não se identifica, visto que a identificação de um termo como vago e/ou ambíguo é já uma decisão interpretativa e perante o caso concreto diminuem o grau de vagueza e ambigüidade. Pode, também, ser fruto de uma deliberação parlamentar, ao expressamente indicar esta liberdade de atuação. Não se pode, porém limitar a discricionariedade a estes eventos, eis que o Direito se aplica e apresenta multiforme, de modo que não se deixa apreender por definições irrevogáveis.

¹⁸⁴ Considera uma faculdade DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 41.

Esta idéia de discricionariedade encontra limites, não se confundindo com arbitrariedade. O parâmetro de partida pode ser a referência à lei, porém não pode ser o único, pois isto implicaria a utilização de um único critério. Outros critérios tais como a referência aos princípios fundamentais do sistema, à necessária motivação, à consideração ao sistema como totalidade, são alguns e os mais importantes critérios com que tratar do controle jurisdicional. O princípio de legalidade, nesta ótica, ocupa um lugar importante. Porém, não superior aos outros princípios fundamentais e não se identifica com a idéia de legitimidade. Para tanto, não convém mais tratar dos atos administrativos como lícitos ou ilícitos, pois o paradigma da legalidade se encontra superado pelo paradigma da juridicidade de qualquer ato.

Não há vinculação plena e não há discricionariedade ilimitada, porque, do ponto de vista hermenêutico, não prospera um ideal de objetividade. É preciso pensar estes dois conceitos a partir da idéia de uma permanência flutuante. Não podem, portanto, ser encaradas como noções fixas, como habitualmente se faz, quando certos doutrinadores remetem, invariavelmente, esta disciplina à idéia de subsunção legal.

O mérito do ato administrativo tem de continuar, direta e imediatamente, livre de controle jurisdicional. Como núcleo da discricionariedade administrativa, há de se reconhecer a valoração feita pelos órgãos de administração, desde que não se encontrem de modo explícito fora da moldura que se abre a partir do conhecimento da norma e do caso. Este é o demérito. Por definição, desproporcional.

O controle jurisdicional da administração pública é fundamental para a concretização do Estado Democrático de Direito. Sobretudo, quando maior a idéia de discricionariedade, em que uma vinculação direta e aparente do administrador se torna menor, aí se manifesta ou deve manifestar com maior intensidade o controle da liberdade.

Mesmo em todo ato, normalmente considerado vinculado, não há que se falar em controle pleno, pois também no âmbito das regras, tidas como razões definitivas, não se trata do emprego de uma lógica do tudo ou nada. O conflito de regras esconde uma colisão de princípios, e para estabelecer uma concordância prática entre estes é preciso um balanceamento e uma ponderação valorativa.

Por se negar o êxito de um método a priori para a solução de problemas jurídicos, também se nega a existência de um mérito do ato administrativo, de um determinado tema

imune a controle. É na prudente averiguação do caso concreto que estes lindes se desvendam e se mostra a conveniência e a oportunidade, pois estes são frutos da decisão do intérprete.

Pelo demérito ser fruto também da decisão do intérprete, não existir a priori, é preciso uma atitude de bom assessoramento jurídico por parte dos órgãos encarregados pela consultoria jurídica da Administração Pública e, pelo lado dos controladores, uma atitude de auto-restrição nas situações de duvidosa presença do mérito administrativo, uma atitude de moderação e de constante revisão de como este conceito ocorre na prática jurídica. Por isso, não se pode a priori excluir do controle uma determinada decisão administrativa ou, irrestritamente, negar a presença de juízos valorativos porque presente ou não a qualificação de mérito administrativo. Renova-se a necessidade de uma postura dialética e dialógica para tratar discricionariedade, vinculação e mérito do ato administrativo.

Não prospera a problematização em torno da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, nem a presença de discricionariedade administrativa somente na parte da estatuição (*Rechtsfolge*) das disposições normativas. As normas nem sempre se apresentam na fórmula de previsão e estatuição. Esta teoria é mais um meio de reconduzir o problema da liberdade inerente à interpretação aos lindes da legalidade. Não pode, entretanto, identificar-se discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, pois a indeterminação é fruto da presença e uso da linguagem pelo Direito. Pode-se atribuir liberdade ao administrador público para valorar a indeterminação dos termos plurissignificativos, mas não dizer que existem conceitos discricionários, este o erro de partida da teoria da multivalência. E esta liberdade possui limites e parâmetros para, assim como o mérito administrativo, auferir-se os casos em que a valoração não correspondeu adequadamente a esta liberdade.

Tudo leva a crer que não há uma única resposta correta ou justa em se tratando de interpretação jurídica. Mesmo não se considerando que as alternativas interpretativas não são indiferentes no plano concreto, não se chega à unidade porque as alternativas e a definição das respostas é fruto da avaliação do intérprete, parcial e condicionada em si. No plano concreto, muitas vezes, podem-se diminuir algumas hipóteses interpretativas, mas, de igual modo, outras tantas podem vir a integrar a ponderação normativa. Não se chega à unidade de solução justa porque nem no plano das regras se trabalha com juízos em que se dá ou não se dá a *fattispecie*. O estudo do fenômeno da compreensão que se empreendeu está a mostrar, pense-se, que é imprescindível a mediação hermenêutica do administrador público e a historicidade que envolve esta atividade, impede uma solução única, com pretensões de definitividade.

A linguagem utilizada no discurso das fontes não é a “jurídica”, não há o sentido legal, é a natural, indeterminada em si. O contexto social é um dos fatores que também permite reconhecer as possíveis significações que figuram dentro da moldura da disposição. O sentido jurídico atual, que se requer como resultado da interpretação, significa, propriamente, uma decisão entre um sentido dentre os (requer-se o melhor) encontrados pela interpretação jurídica.

Tratando-se de fugir da idéia de arbitrariedade, para falar da discricionariedade administrativa, há que se inserir o respeito aos direitos fundamentais como critério material para saber da juridicidade dos atos administrativos.

Ao abordar este tema, deve-se ter presente que, também em sede de interpretação jurídico-administrativa, é preciso realizar o máximo possível os direitos fundamentais, que vinculam a todos os órgãos do Estado, de modo particular, à Administração Pública, que não pode considerar a proclamação constitucional de direitos e garantias fundamentais como meros programas políticos, que não vinculam juridicamente.

Os direitos fundamentais vinculam de modo jurídico, tanto que a injustificada falta de proteção e promoção destes direitos implica a responsabilidade jurídica do Estado. Os diferentes direitos, entretanto, não vinculam de igual modo e na mesma direção, podendo-se utilizar a distinção entre direitos de defesa, direitos à prestação ou sociais e direitos políticos, não olvidando dos direitos difusos ou direitos da coletividade.

A inevitável limitação dos direitos fundamentais – porque não é possível ao Estado, através de seus diversos órgãos, proteger e promover plenamente a todos os direitos fundamentais e sempre – que diz com a discricionariedade administrativa, é a limitação casuística, que ocorre no momento em que se interpela ao administrador público que faça escolhas. Ao proceder a este tipo de limitação, o administrador público precisa reconhecer que é necessário proceder à concordância prática entre os direitos conflitantes.

Novamente, a hierarquização axiológica contribui para que se resolva este problema de conflito dos direitos. Considerando o caráter principiológico destes direitos, é preciso proceder a um balanceamento que limite o menos possível todos os direitos em jogo e que nunca o faça de modo irrestrito, sempre preservando o núcleo essencial dos direitos, inicialmente contrastantes.

A dignidade da pessoa humana avulta em importância, pois está sempre presente como critério material na ponderação dos princípios, está à base da proteção de outros direitos fundamentais. Partindo-se desta idéia e da necessária menor restrição possível dos direitos fundamentais, chega-se ao princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso e omissão.

Este princípio atua como critério chave para toda limitação de direitos fundamentais. Constitui-se em teste de legitimidade. Flui do espírito que anima a Constituição Federal, dividindo-se em três sub-princípios ou máximas parciais, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Este princípio contribui para o controle do demérito do ato administrativo e contribui decisivamente para o aprofundamento da sindicabilidade judicial. O controle, a partir da atuação deste princípio, se torna mais substantivo, eleva o controle antes de legalidade ao controle de juridicidade ou constitucionalidade, e está à base da proposta do direito fundamental à boa administração pública.

O direito fundamental à boa administração pública 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” (cf. item 2.4.5).

Este direito síntese está a indicar a repercussão da compreensão hermenêutica principialista e da interpretação sistemática do direito no campo da Administração Pública, por sintetizar - não exaustivamente, pois é “standard” mínimo – as principais idéias que contribuem para o controle jurídico do agir administrativo. É conceito chave, juntamente com o dever de proporcionalidade, para a consolidação do proclamado Estado Democrático de Direito.

O direito fundamental à boa administração pública repercute no citado aprofundamento do controle da atuação administrativa, na vedação de abusividade e omissão ou insuficiência dos órgãos administrativos. Influencia também: uma releitura do instituto da autorização de serviço público, habitualmente tido por precário; releitura da convalidação dos atos administrativos, situação em que nem toda declaração de nulidade resulta no desfazimento de todos os atos; releitura da responsabilidade extracontratual do Estado, porque todo ato desproporcional implicará a responsabilização jurídica deste; releitura do poder de

polícia administrativa, em que se destaca a origem do princípio de proporcionalidade e âmbito de atuação em que continua de grande valia. Estas releituras, principalmente, são fruto da atuação de outros princípios, como, por exemplo, o da confiança e o princípio da boa-fé, que também devem ser respeitados.

A partir do desenvolvimento deste direito fundamental, a motivação que se requer para o aprofundamento do controle jurisdicional é aquela de fundo, substantivamente efetuada e calcada nos fatos e no Direito, com exposição da valoração determinante que proporcionou o encontro das premissas.

A conjugação dos direitos fundamentais, do princípio da proporcionalidade e do direito fundamental à boa administração pública, dá um passo importante para o controle da discricionariedade administrativa legítima, critérios estes adotados no marco interpretativo exposto, em que é fundamental o papel desempenhado pelo intérprete-administrador, ao dar vida, atuação e atualização ao sistema jurídico. Eis a perspectiva dialógica que anima o texto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARILE, Paolo; CHELI, Enzo; GRASSI, Stefano. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 10ª ed. Padova: Cedam, 2005.

BARZOTTO, Luis Fernando. O Direito ou o Justo. O direito como objeto da Ética no pensamento clássico. In *Anuário do programa de pós-graduação em Direito*. São Leopoldo, Unisinos, 2000, pp. 159-184.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BERTI, Giorgio. *Interpretazione costituzionale*. Padova: Cedam, 2004.

BETTI, Emilio. *Teoria Generale della interpretazione*. Vol. I. Milano: Griuffrè, 1990.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Teoria do Estado*. 4ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo*. Madrid: INAP, 1994.

CASSESE, Sabino; FIORENTINO, Luigi; SANDULLI, Aldo. *Casi e Materiali di Diritto Amministrativo*. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 2001

CIRNE LIMA, Carlos Roberto. *Dialética para principiantes*. 3ª ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In *Interesse Público*, n. 16, 2002, pp. 49-63.

DAROCA, Eva Desdentado. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*. Madrid: Civitas, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Discricionariade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais. In SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.) *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 71-98.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 2004.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho Administrativo*. 7ª ed. Vol I. Madrid: Civitas, 2000

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional*. Lima: Palestra Editores, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Direito e lógica uma visão aberta. In: *Véritas*, vol. 33, n. 129, mar. 1988, pp. 77-80.

_____. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Repensando a contribuição de Hans Kelsen à Teoria Geral do Direito. In: *Véritas*, v. 38, n. 151, set. 1993, pp. 441-449.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Vol I. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 1997.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo*. Trad. Luis Ortega. Vol. I. Madrid: MAP, 1991.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros Roberto. Poder Discricionário. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 93, jan./mar. 1990.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. Problemas de interpretación. In *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 7, oct. 1997, pp. 121-131.

_____. Teoria e ideologia da interpretação constitucional. Trad. Henrique Moreira Leites. In *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 40, nov./dez. 2006, p. 217-256.

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade Técnica e Agências Reguladoras. Uma abordagem em sede Doutrinária e Pretoriana. In OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.) *Direito Administrativo*. Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LORENZO, Wambert Gomes Di. Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial. In *Direito & Justiça*, ano XXVII, v. 31, n. 1, pp. 173-198.

LUGON, Luiz Carlos de Castro. *Ética da Administração Pública em Juízo*. Porto Alegre: (Dissertação de Mestrado) - PUCRS, Faculdade de Direito, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOLINARO, Carlos Alberto. Da Crítica à Crise do Direito Político (Pós)Moderno. In *Direito & Justiça*, v. 33, n. 2, dez. 2007, pp. 171-185.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAES, Germana de Oliveira; GARCIA, Natália Fontenele. Controle jurisdicional da Atividade Tributária. In *Interesse Público*, n. 26, 2004, pp. 127-136.

PALMER, Richard E.. *Hermenêutica*. Lisboa: 70, 1986.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Univ. Carlos III de Madrid, 1995.

PESSÔA, Leonel Cesarino. A Teoria da Interpretação Jurídica de Emilio Betti. Dos Métodos Interpretativos à Teoria Hermenêutica. In *Revista trimestral de direito civil*. Vol. 6, abr./jun. 2001, pp. 51-78.

REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Vol. 6. São Paulo: Paulus, 2006.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Il pensiero occidentale dalle origini ad oggi*. Corso di filosofia per I licei classici e científicos. vol. 3. 23ª ed. amp. agg. Brescia: La Scuola, 2005.

SANCHIS, Luis Prieto. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.) *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra Almedina 1994.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. A propósito da teoria dos direitos fundamentais. In MAUÉS, Antonio G. Moreira; SCAFF, Fernando Facury; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de (Coords.). *Direitos fundamentais & relações sociais no mundo contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2005, pp. 255-266.

VIRGA, Pietro. *Diritto Amministrativo*. Atti e ricorsi. Vol. II. 6ª ed. agg. Milano: Griuffrè, 2001.

WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2004.

_____. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1988.

ZANINI, Rita Dostal. *Hermenêutica filosófica e hermenêutica jurídica: uma aproximação a partir dos conceitos de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: (Dissertação de Mestrado) - PUCRS, Faculdade de Direito, 2006.